

-Théorie du droit et de la pensée juridique contemporaine-

[28/01/2009]

Certains textes sont à connaître d'autres pas. Ceux sur lesquels le professeur insiste doivent être connus. Ce sera une question transversale. De réflexion. A cours ouvert mais très difficile.

Levi Strauss a eu 100 ans : « triste tropique ». Olivier De Schutter n'aime pas la théorie du droit. Elle est utile mais trompeuse par son caractère statique. On va lier cela à des questions contemporaines. A des questions de sociétés, rôle de l'Etat etc. Etat providence et rôle de l'Etat : perspectives conceptuelle théorique et historique. On avance en trois parties. Le cours est construit en trois parties.

I – anatomie de la pensée libérale

II – L'idée de l'Etat providence aux Etats-Unis

III – L'idée de l'Etat providence en Europe

I – Anatomie de la pensée libérale

I – La structure de la pensée libérale

- Régulation par le contrat ou par la loi

Ne pas confondre avec l'Etat de nature et la société totalitaire. L'Etat de nature n'est pas un Etat, c'est une société qui n'a pas de droit. La société de marché n'est ni un état totalitaire ni un état de nature. Elle peut prendre des états différents. Une société de marché est une société **auto régulée**. La société de marché constitue un système où la vie économique est commentée et régulée par les seuls marchés. La régulation dans l'économie de marché pur s'opère par les prix, eux-mêmes résultats de l'offre et de la demande, sans que l'Etat n'intervienne dans cette autorégulation.

Dans les rapports de marché, y compris pour la fixation des prix, l'Etat et le droit sont omni présents. On ne peut avoir d'échanges contractuels sans avoir de droit : droit des contrats, droit des obligations, droit de la propriété. La distinction n'est pas un état sans ou avec droit, c'est uniquement dans la société de nature qu'on se passe de droit. La distinction importante est la manière dont une société définit sa trajectoire historique. Il y a possibilité que cette trajectoire résulte des mécanismes de l'économie de marché. Le rôle de l'Etat est de faciliter ces mécanismes et constater ensuite comment la société se conduit. L'autre possibilité est la société administrée ou téléguidée. Il y a une fin qui est définie pour la société et cette définition de la trajectoire que la société va prendre est

opérée de l'extérieur par l'Etat dépositaire de l'intérêt général. Il va déterminer quel est la trajectoire historique que doit suivre la société et ne pas se baser uniquement sur la société de marché. Une société libérale dirigée par le jeu de la liberté contractuelle (case bleue) avec la société de nature. Une société sans droit est erronée et dangereuse. Cette image d'un marché auto régulé est une image fausse et il est très facile que les adversaires du libéralisme économique brossent une caricature. Cette confusion masque le rôle du droit, de l'idéologie juridique. Les juristes ont une importante responsabilité dans ce qu'on peut appeler une application de l'obligation de choisir une trajectoire historique.

Le consommateur est protégé contre un abus de pouvoir des agents économiques plus puissants, le travailleur est protégé contre les employeurs, les contrats doivent répondre à certaines caractéristiques pour être valables. Il y a au sein même de la société une graduation possible.

On s'approche de la société téléguidée pourtant il y a une césure qui s'opère. On la situe dans la manière dont l'Etat définit ce qu'est l'intérêt général. C'est-à-dire ce que l'Etat fait, détermine les mesures qu'il adopte.

Est-ce que l'intérêt général est de garantir le bon fonctionnement du marché, en restant spectateur, ou alors est-ce que l'état met en avant une définition de l'intérêt général plus normative, indépendante de la garantie des bons fonctionnements des mécanismes du marché ?

On appelle la société administrée une société autonome lorsqu'elle définit sa propre loi, sa propre trajectoire et sa propre histoire. Elle n'est pas un simple spectateur. Elle ne choisit pas dans quelle direction elle va avancer. Dans la société libérale, il y a une hétéronomie car elle est définie par le jeu du marché. Dans la société libérale autonome, la légitimité de l'Etat se construit sur un projet qu'il essaye de mener à bien en essayant de diriger la société vers une destination déterminée.

Les termes de gouvernement et de gouvernance font appel à cette distinction. Gouvernance : société autoritaire, dirigée par le centre et étouffe la liberté individuelle. L'Etat doit accompagner l'évolution des règles de marché. Il faut garantir la compétitivité de l'économie.

Rôle de l'économie politique comme science, quelle est la place qu'elle occupe ?

Au point de départ de l'apport de l'économie politique à ce débat est qu'elle nous rassure. Elle démontre qu'une société est gouvernable à partir de la liberté individuelle. Les agents économiques ont la liberté de se déterminer eux-mêmes.

L'économie politique a voulu dégager des lois. Des lois au sens physique, elles gouvernent les phénomènes naturels. Le marché est une machine fragile qui ne

peut être influencée dans telle ou telle direction car cela fausserait les mécanismes naturels. Elle a permis de définir un rôle de l'état qui consiste à avoir pour projet de créer les conditions d'un marché efficace. Elle permet de dire que nous ne faisons pas de choix politiques, nous aménageons des conditions qui permettent au marché de fonctionner le mieux possible.

On examine une matière donnée (droit de la responsabilité civile, droit des contrats) et on définit le système de règles comme un système cohérent et unifié. On fait comme si le droit n'était pas contradictoire et logique alors qu'au fonds ce n'est pas le cas. On postule la cohérence interne du droit alors qu'on devrait nous apprendre les contradictions, ce qui permet de modifier le droit. On nous apprend à rationaliser les matériaux juridiques. On part du postulat qu'il y a une seule et bonne réponse alors que bien souvent ce n'est pas le cas.

La science juridique a été responsable de cela par rapport aux juristes. Elle repose sur cette idée fausse mais prégnante qu'il y a une seule et bonne réponse pour une question juridique.

La science juridique donne donc l'impression d'inévitabilité dans les mécanismes sociaux dont nous sommes les témoins. Elle est en quelque sorte rendue apolitique par l'approche qui est constitutive de cette démarche.

Elle a un rôle discutable de plus parce qu'elle s'est coupée des réalités. Elle ne se pose jamais des questions de l'impact sur le réel. Toutes les dimensions cliniques font défaut à la science du droit. Cette position est difficile à défendre.

Une règle est toujours faite de :

- conditions d'application de la règle
- définition des situations où la règle va s'appliquer
- un dispositif
- solution que la règle prescrit

Dans ce cas s'impose la règle. Elle comprend aussi la raison d'être de son éviction. La fin qu'elle poursuit, l'objectif pour lequel elle a été adoptée. Elle toujours fondée sur la présomption de la causalité. On pense qu'elle va permettre d'atteindre tel résultat. On raisonne sur des règles mais on ne s'interroge jamais sur son effectivité, si elles ont bien contribué aux fins pour lesquelles elles ont été édictées.

Arguments donnés lorsqu'on s'interroge sur le degré de régulation sur la liberté contractuelle :

On peut intervenir pour limiter les inégalités : par ailleurs la liberté contractuelle est fondée sur le fait que chacun doit être reconnu dans sa liberté de choix et on ne doit pas intervenir pour protéger la partie faible car tout deux ont

la pleine capacité juridique et donc sont libres et égaux. On oppose l'égalité formelle et l'égalité réelle.

Philosophie politique ; liberté contractuelle = possibilité de choisir (emploi, manière de vivre, manière dont on investit dans le marché ou pas). C'est l'auto-détermination de l'individu. On n'impose pas les valeurs à suivre de l'extérieur. Par ailleurs, l'individu s'il est libre, va être amené à s'auto corriger en permanence car s'il fait les mauvais choix. (Perte d'emploi, perte de parts de marché). Il va apprendre en permanence grâce au retour du marché. Contre argument : tout le monde n'est pas capable de s'auto corriger. Cette idée d'auto-détermination est une idée chimérique car l'individu est toujours soumis à des contraintes ; qui résultent des circonstances. La société a la responsabilité de rendre les choix plus libres.

Argument que les économistes mettent en avant : idée que laisser aux individus la liberté de choisir quelle vie mener conduit à une allocation efficiente des ressources. S'il y a trop de médecins et bien ils vont plutôt choisir une autre profession parce qu'ils seront sensibles aux conditions du marché. Le laisser libre lui permet de suivre les signaux du marché. La société engendre que l'offre et la demande s'équilibrent (//main invisible chez Smith). Contre argument : les mécanismes du marché aboutissent à des conditions sur optimales.

Opposition entre société de marché de la liberté contractuelle et société de marché téléguidée

La société administrée est autonome car l'exercice démocratique a un sens plus complet que dans une société qui permet simplement l'épanouissement des rapports de marché. La démocratie est plus complète. La société est davantage maîtresse d'elle-même. Dans l'autonomie, on suppose que l'Etat est capable de proposer une définition justifiable de l'intérêt général hors il est extrêmement difficile de s'accorder sur ce qu'est une bonne définition de l'intérêt général. On ne peut pas dériver l'intérêt général. La définition de l'intérêt général est toujours contestable et contestée. L'auto-détermination démocratique permet que l'Etat ne soit pas colonisé par des intérêts particuliers.

- Dissociation de l'espace économique et du pouvoir politique

On parle ici de la situation où on a un espace économique unifié et un pouvoir politique fragmenté. Comme l'union européenne. Les Etats ne sont maîtres que d'un territoire déterminé et doivent gérer cette mobilité économique. C'est un phénomène qui se répand notamment dans les différentes régions du monde où se constituent des zones de libre échange.

Cette dissociation n'est pas nouvelle. Depuis l'émergence de la société capitaliste, on a eu un système de marchand qui collabore avec un système politique. Rapport de dépendance mutuelle entre les deux. Les agents économiques ont besoin de l'Etat pour garantir la justice. Le monde marchand a besoin de la souveraineté politique. De l'autre côté, le prince, le gouvernant a toujours eu besoin des marchands pour financer ses besoins pour faire la guerre, garantir sa bureaucratie, pour le financement politique. Il a besoin de recourir à l'impôt et à la fluctuation, l'économique. Chacun trouve son intérêt. L'espace économique ne correspond pas au territoire sur lequel s'exerce la souveraineté politique. Les agents économiques qui disposent d'une liberté dans cette espace peuvent dire qu'ils partent s'ils n'obtiennent pas ce qu'ils veulent. L'action étatique s'exerce sur un territoire déterminé.

Lien = au fond, dans les deux questions, il y a un débat entre l'intérêt d'un règlement des questions par les mécanismes du marché et la nécessité au contraire d'aller au-delà de ces mécanismes, de les domestiquer. Dans ce problème, la dimension de marché se situe dans la dérégulation compétitive. Mise en concurrence. On met des Etats en concurrence. On force chaque Etat à se conformer.

Autodétermination démocratique qui s'oppose à l'autocratie et au monarchisme absolu. Le peuple devient maître de son destin. La révolution française est le transfert du pouvoir souverain à l'assemblée constituante et législative (au peuple).

Le libéralisme est l'affirmation de libertés économiques. Les individus ne doivent pas pratiquer l'emploi imposé par la naissance, ils sont libres de choisir leur activité économique. L'autodétermination démocratique doit être limitée par les libertés économiques.

Droits de l'homme : ils jouent un rôle ambigu. D'un côté c'est l'affirmation de la liberté de l'individu contre l'Etat (autonomie privée). D'un autre côté, ils fournissent à l'Etat une certaine définition de l'intérêt général. Il y a quand même un paradoxe à vouloir légitimer un rôle accru de l'Etat par le fait qu'il rend possible le respect des droits de l'homme. Prendre appui sur les droits de l'homme c'est un renoncement. N'est-ce pas une autre forme de l'hétéronomie ?

Marcel Gauchet dit que le problème du retour vers les droits de l'homme est que le problème devient apolitique. Ils renoncent à être acteurs de leur propre histoire. En 2000, il publie dans le débat que les droits de l'homme sont une politique. Les droits de l'homme sont devenus la référence de la politique. Elle se résume à ceux-ci. Cela engendre l'appauvrissement du débat démocratique.

Arguments qui sont échangés dans ce débat sur le rapport entre liberté économique et pouvoir politique

Difficulté pour le pouvoir politique de définir l'intérêt général.

- Négocier le rôle de l'Etat (pas vu)

[29/01/2009]

II - La logique du libéralisme politique

- Trois modèles du contrat social
 - o Hobbes (1588-1679) : fondateur de la science politique. Il donne pour la première fois un fondement scientifique. Il a eu un modèle méthodologique, la physique de Galilée. Il le rencontre en 1636 lors d'un voyage sur le continent européen. Il voulait parler de l'Etat à base des outils de la physique. Comment passer de la physique à la science politique ? La thèse de Galilée est que l'état naturel des corps est le mouvement. Les corps ne sont pas naturellement inertes. Il faut une combinaison des forces qui s'impriment sur les corps. Si un corps suit une trajectoire, lorsque le corps est abandonné à lui-même il continue d'avoir le même mouvement. Ce qui est important c'est la conception que Galilée se faisait du mouvement. Le phénomène physique est expliqué par la résultante des forces. Une certaine direction est imprégnée à un corps et si une autre pression s'exerce sur ce même corps alors le corps se déplace en fonction du résultat combiné de ces deux forces. C'est un déclic pour Hobbes. Comment fonder une science de l'Etat sur des bases aussi rigoureusement scientifiques. Il va y apporter progressivement des réponses. Ouvrage majeur, le **Léviathan de 1681**. Cette méthode consiste à examiner les phénomènes observables et remonter aux sources de ce phénomène pour savoir ce qui a causé tel ou tel résultat. Pour l'Etat, il faut examiner ce qui est le point de départ des forces qui s'imprègnent sur les hommes et ce qui les amènent à se comporter de telle ou telle manière dans la société. Pour construire à partir de l'individu, l'Etat politique. Quand on voit une pierre se déplacer, on doit se demander ce qui la motive. L'individu est motivé par ses désirs, ses appétits et ses aversions (ce qu'il veut éviter). On va essayer d'acquiescer ce que l'on désire et

limiter sa souffrance, éviter ce qui la cause. Comment à partir d'un individu mut par le désir de bonheur pour construire un état politique ? Puisque les hommes vivent en société et qu'ils veulent augmenter leurs biens et que les autres sont des obstacles dans la réalisation des objectifs de chacun. Cela engendre le conflit. Les autres sont des obstacles à la réalisation de mes projets. Dans une société instituée, on va régler ces conflits en fonction du prix. En période de guerre, le militaire a un prix plus élevé que le magistrat. En période de paix, le juge est plus influant. Au fond, la bourse des valeurs des hommes évoluent et fluctuent. Chaque homme a un prix et on peut en déterminer la valeur en fonction de l'opinion. ce critère est lié à l'émergence de la société capitaliste, libérale. Les différences de valeurs entre les hommes est le résultat d'un mécanisme aveugle. La valeur varie avec le temps. Cela permet de définir Hobbes comme le premier penseur de la société capitaliste naissante. Il est souvent compris comme le défenseur de l'absolutisme monarchique. C'est incorrect parce qu'il a une vision autoritaire de la politique MAIS il n'accordait pas de préférence à la monarchie ou à une assemblée. Hobbes dans le Commonwealth, dit que pour éviter que les individus soient continuellement en conflit, chacun donne une partie de ses droits à un souverain pour essayer d'avoir une meilleure sécurité. Hobbes justifie l'exercice d'un pouvoir politique autoritaire.

Quand on examine de plus près les fonctions qu'Hobbes veut voir confier au souverain c'est conserver la paix mais aussi de créer des conditions propices au développement de l'activité économique. Toutes les fonctions de l'Etat sont subordonnées à cette fin. Conception de l'impôt chez Hobbes est que l'impôt est nécessaire, c'est le salaire que l'on paie au souverain pour la préservation de la paix mais quand il se demande comment le calculer, il dit que ce sont les riches qui ont le plus intérêt à ce que l'Etat soit fort et donc il est en faveur d'un impôt progressif et fait payer les riches davantage que les pauvres. Mais les riches qui dépensent toute leur fortune dans des achats luxueux payent autant que ceux qui ne dépensent rien et qui ont une vie économique plus modeste. Il recommande alors qu'on taxe en fonction des signes extérieurs de richesse. Il veut inciter à l'épargne en taxant moins ceux qui épargne que ceux qui dépensent. Lorsqu'il parle de la charité publique et l'assistance aux pauvres, il dit qu'il est normal que l'Etat aide ceux qui ne sont pas capables de travailler. Ils ne sauraient survivre de la seule charité privée. Dans la fonction d'assistance publique de l'Etat comment le rendre plus prospère ?

Il dessine un Etat qui ne pourrait pas être autrement. Il ne laisse pas le choix. Le message qu'il donne est que si on a à choisir de s'unifier en un Etat alors c'est nécessairement l'Etat que je décris que vous allez choisir. Il ne serait pas rationnel de faire un autre choix. C'est une science politique physicalisée et qui propose une figure de l'Etat différente des figures parmi les autres car c'est la seule valable rationnellement. C'est un Etat au service de l'économie plutôt d'avoir un projet politique propre.

- Locke (1632-1704) : ces auteurs sont proches. Il a publié en **1690** son texte majeur en deux textes, **les deux traités du gouvernement civil**. Ce sont des textes qu'il a travaillé en 1687 et 1688, la révolution a eu lieu et la dynastie des Stuart est renversée. Il est le théoricien de la Glorieuse révolution. Ces textes ont été écrits indépendamment du contexte politique. Il examine dans un chapitre 5 nommé de la Propriété dans son deuxième traité. La question observée est celle de savoir quelle est la justification de la propriété privée. Dieu nous a donné la nature comme un bien commun, dès lors comment justifier le droit de la propriété. Il va s'interroger sur les limites de l'appropriation par chacun des fruits de son travail. Si on s'approprie plus que ce que l'on peut consommer alors on prive autrui de la possibilité de consommer ces biens. Les fruits en plus vont pourrir et seront perdus pour tous. Donc il faudrait imposer une limite à l'appropriation privée.

On s'approprie ce que l'on produit mais pas au-delà de ce que l'on peut consommer. La monnaie, la thésaurisation permet de faire subsister la propriété. La monnaie comme moyen de paiement accepté de tous permet de surmonter cette première limite. La propriété privée est justifiée par une fin sociale, la conservation de tous et si on en abuse de manière à devenir contraire à la réalisation de cette fin alors il faut imposer une autre limite. Certains auteurs ont élus Locke comme au fond une sorte de premier socialiste parce que la propriété doit être régulée par les besoins. James Tully considère de loin qu'elle soit sans limite, la propriété chez Locke doit être vue en termes instrumentaux. C'est vrai qu'il y a des références à Locke qui sont assez nombreuses.

Cette lecture socialiste de Locke ne paraît pas convaincante car Locke disait que même si on pouvait profiter de son travail, lorsqu'un domestique s'est mis au service d'un maître, il a renoncé à s'approprier les fruits de son travail. Il lui paraissait aller de soi que le domestique ne dispose pas de la propriété.

Chez Locke, le rapport des hommes aux choses précèdent le rapport des hommes entre eux. C'est une fois cette propriété établie que l'on songe à créer l'Etat. C'est un droit naturel que l'Etat doit respecter. Chez Locke, l'Etat est institué en vue d'une fin précise qui est de garantir le droit naturel de chacun à la propriété des fruits de son travail. Une fois que l'Etat est là pour arbitrer les conflits et la propriété ; que vaut encore cette propriété. Une fois qu'on crée l'Etat, la propriété n'a pas d'autre assiette que celle que l'Etat définit. Pour dire les choses autrement, on n'a pas de droit de propriété lorsque celui-ci n'est pas reconnu par l'Etat. Une explication à cette ambiguïté est qu'il y a une distinction à faire entre la société politique que l'on institue et l'activité du législateur. Le législateur dans la définition qu'il donne de la propriété n'a pas d'autres choix que d'en constater l'existence. Deux raisons : justification du droit de propriété : c'est la récompense juste du travail mais d'un autre côté attention la propriété n'est légitime que parce qu'elle répond au besoin de conservation de tous, elle est une question de survie.

La propriété doit donc être régulée. Propriété comme droit naturel et comme instituée par les lois de l'Etat.

- Rousseau (1712-1778) : il a été rendu célèbre à 37 ans avec un texte qui s'appelle discours sur les sciences et les arts. Réponse à une question proposée à une question de Dijon. Quelques années plus tard, Rousseau répond à une deuxième question de l'Académie de Dijon, 1753, elle met au prix la question suivante : quelle est l'origine de l'inégalité parmi les hommes et est-elle autorisée par la loi naturelle. Essai sur le discours de l'origine et le fondement de l'inégalité parmi les hommes. Rousseau dit que l'inégalité n'a rien de naturel. Ces différences ne sont pas dans la nature et sont le résultat de la société. Les inégalités sont le fruit d'un processus historique, processus d'expropriation des plus pauvres par les riches. Pour R, l'inégalité a sa source dans les rapports de marché. R écrit son discours en 1753, à cette époque, la société française est encore d'ancien régime, monarchie absolue pourtant n'est plus une société féodale mais encore d'ancien régime. Peu à peu le marché prend de l'importance. En 1789, révolution française, ascension de la classe bourgeoise qui prend les commandes de l'Etat. R écrit à un moment où déjà les conseillers sont conscients de la nécessité de promouvoir le marché. Attention, le développement des rapports de marché selon R n'est pas une bonne chose. Cette société de marché est coercitive. R part de l'idée que les philosophes qui raisonnent à partir de l'Etat de nature se

trompent, car l'Etat de nature n'existe pas, on y a pas accès. On ne peut savoir comment c'était parce que c'était il y a longtemps et il n'a sans doute jamais existé. En imaginant que la société de nature est la guerre de tous contre tous, c'est projeté ce qui est le résultat de la socialisation, de la centralisation. Les théoriciens de la société de nature peignaient déjà l'homme civil. R va dire qu'en fait dans l'Etat de nature, chacun est auto suffisant, on n'a pas besoin des autres, pas besoin de dominer les autres. Ce sont des maladies de la société moderne. L'Etat de nature est un Etat de paix. Les hommes sont naturellement beaux mais sont pervertis par la société. La maxime qui devrait nous guider serait de faire le bien avec le moins de mal à autrui qu'il est possible. Rechercher son bien en faisant le moindre mal est une recommandation banale et conforme aux exigences de la société capitaliste. Il n'y a pas de raisons rationnelles de vouloir le mal d'autrui. Il dit en plus que nous ne devons pas vouloir à tout prix rechercher notre propre intérêt. Même si on ne poursuit que son propre bien, on cause quand même dommage à autrui et donc on doit éviter de rechercher son propre bien. Ex : échange contractuel. Quand on passe un contrat, chacun recherche son propre bien sans vouloir rechercher le mal à autrui. Si la situation de chacun ne s'améliore pas alors il n'y aurait pas intérêt à avoir un contrat. Chacun a voulu des termes de l'échange qui lui sont le plus favorable. Je préfère céder deux pommes contre deux oranges plutôt que trois ou quatre. Il est faux de penser qu'en recherchant son intérêt on n'affecte pas autrui. Une société fondée sur le commerce, l'échange est une société dans laquelle, en recherchant son intérêt chacun cherche à ce que la situation de l'autre soit la plus défavorable possible. Nous sommes dans des rapports de dépendance mutuelle. R voit bien que la servitude découle de l'absence de choix véritables. La société marchande est une société où les rapports sont généralisés. R refuse de considérer que les résultats de ces rapports sont justes simplement parce que l'échange est régi par le marché. Ex : échange entre boulanger et cordonnier dépend de la valeur relative des deux biens. Exemple, 10 pains pour acheter une paire de chaussure. Si les cordonniers deviennent rares, ils vont produire moins de chaussure et le prix va augmenter, il faudra peut être alors 20 pains. ROUSSEAU refuse de considérer que les résultats de ces rapports sont justes simplement parce que les termes du contrat sont dictés par un mécanisme aveugle : les règles du marché. Le contrat entre le cordonnier et le boulanger est dicté par les valeurs marchandes : il faut 10 pains pour sa paire de chaussure. Si maintenant les cordonniers sont très rares, le cours de la chaussure va monter par rapport au pain et il faudra peut être 20 pains pour avoir les chaussures. La quantité de travail que le boulanger doit mettre pour obtenir les chaussures est donc plus ou moins grande. Mécanisme de l'offre et la demande. Ce n'est pas

parce que ce mécanisme n'est manipulé par personne et est aveugle, que la solution est nécessairement juste. ROUSSEAU dénonce l'injustice des rapports sociaux où chacun tente d'obtenir d'autrui les termes les plus favorables dans l'échange, alors que les valeurs respectives des biens échangés sont déterminées par les règles du marché.

La critique est radicale par ROUSSEAU. Il refuse d'idéaliser les rapports de marché et ne pense pas qu'il y ait de véritable émancipation de l'individu. Auparavant, on exerçait sa force, maintenant on l'utilise par la contrainte via l'échange.

R constate qu'en fait dans un Etat, les citoyens ont des soucis de la volonté générale mais ils ont aussi une série d'intérêt particulier parce qu'ils appartiennent à telle région, telle profession sociale, un tel n'est pas seulement citoyen de l'Etat français, il est aussi cordonnier qui le conduit à entretenir des loyautés concurrentes. R craint cette concurrence que ces intérêts particuliers font à l'intérêt général. Comment amener les citoyens à se rapporter à la volonté générale ? Il dit qu'il faut abolir les inégalités entre les citoyens. Il va dire qu'il faut limiter les oppositions entre les professions. Eviter que les agriculteurs soient toujours discriminés. Il faut éduquer les enfants par des moyens d'éducation civique. Il ira jusqu'à dire qu'il faut retirer les enfants à leur famille pour faire une éducation qui les rendra de parfait citoyen. On fait primer l'intérêt général. Voilà une théorie du marché qui se combine avec une théorie de l'Etat, de la volonté générale. La concurrence des uns contre les autres est généralisée, mode de conflit des rapports sociaux. Les conflits entre les différents groupes vont se multiplier et il deviendra difficile de se rapporter à l'intérêt général. Que peut faire l'Etat ?

L'Etat doit pour R, tenter de réduire les différences, éviter les compétitions, éviter la monétarisation de l'économie. A défaut de quoi il sera impossible de proposer un modèle de volonté générale auquel chacun pourra se rapporter. Comment alors définir l'intérêt général si ce n'est pas par le bon fonctionnement des mécanismes de marché ? Il n'a pas vraiment de réponse convaincante. Celle qu'il a est de dire, c'est vrai on ne peut dégager la volonté générale en rejoignant tout le monde. Dans ce cas, on doit donc accepter que le souverain, l'assemblée législative cherche à déterminer l'intérêt général. Personne n'est détenteur de l'intérêt général. On ne peut procéder que par essai et erreur de manière expérimentale. Caractéristique de la question qui est de comment fonder la légitimité de l'Etat. R dit que c'est dangereux parce que l'Etat doit avoir un projet politique et c'est difficile à définir.

Quel est le rôle des droits de l'homme ? Ils ont joué un rôle très différent dans la révolution française d'une part et la révolution américaine d'autre part. Ils correspondent à la vision de R pour la France et à la Vision de Locke pour les USA. En France, il faut légitimer l'action de l'assemblée constituante et il devait justifier le renforcement du pouvoir politique. Les droits de l'homme ont permis de justifier le mandat d'abolir la société de l'ancien régime. Les droits de l'homme sont non pas un obstacle imposé au législateur mais la source du pouvoir absolu que le législateur a pu exercer. Il a fallu 200 ans avant que la France se dote d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Aux USA, les droits de l'homme ont été utilisés dans le sens inverse. Non pas pour légitimer l'Etat mais pour s'opposer à celui-ci. Le législateur dans le système constitutionnel américain reçoit un pouvoir. Le système américain est un système qui annule le pouvoir politique.

[04/02/2009]

III – La logique du libéralisme économique

Bernard de Mandeville (1670-1733) : la fable des abeilles 1713, 1723. Il décrit comment une ruche se développe à partir de la recherche de son propre intérêt par chacun. Il compare avec une autre ruche qui aurait pour but que chacun se consacre à autrui. Le miel sera produit dans des meilleures quantités dans la ruche égoïste. La société à tout à gagner. Mandeville apparaît comme un auteur de paradoxe. En réalité, ce qu'il annonce c'est l'idée que l'harmonie sociale, l'intérêt général peut résulter de l'intérêt que chacun recherche particulièrement. Certains économistes vont trouver matière à réfléchir. (Voir extrait). L'appât du gain est source de productivité. Les marchands sont incités à rechercher le gain le plus grand ainsi chacun bénéficie de l'effort de l'autre.

1 – La naissance de l'idée de système économique : Smith et Mandeville

Smith dit que c'est un auteur scandaleux et immoral. Pourtant dans le secteur de l'économie, il n'a pas tout à fait tort. Les vices privés peuvent servir de biens publics. Il commence à écrire dans la seconde partie du 18^{ème} siècle. Il donne des cours de philosophie morale, ouvrage : **la théorie des sentiments moraux**. Il s'interroge sur ce qui permet de poser des jugements sur la moralité de telle ou telle action. Nous sommes tous capables d'évaluer la moralité de telle ou telle action car on peut observer le spectateur impartial (celui qui parvient de se retirer de la scène dans laquelle il est acteur pour observer les autres et porter une observation objective impartiale). Smith enseigne un cours de théorie du droit à l'Université de Glasgow qui fait transition entre la philosophie morale et la richesse des nations. Ces cours de théorie ne sont pas écrits par lui mais ce sont des notes d'étudiants retrouvés en 1796 et 1858 qui sont disponibles. Au fond, on voit de manière synthétique les développements de Smith qui se développent et qui contribuent à la richesse des nations. Il part de l'idée que le rôle du gouvernement est de protéger les prérogatives de l'individu. Ce sont trois biens

que l'individu a et que l'Etat doit protéger : les droits de la personnalité (liberté de commercer, d'échanger, de vendre, la liberté des personnes) – la réputation – la propriété (les biens matériels). L'Etat est institué en vue de protéger les trois types de prérogatives dans le chef de l'individu. Ce qui intéresse c'est le contenu de ces prérogatives et pourquoi elles doivent être protégées selon lui.

Le droit de commercer = le droit pour chacun de faire ce qu'il veut avec ses biens et sa personne, ce qu'il veut avec ce qui est à lui du moment qu'il ne porte pas atteinte aux intérêts d'autrui. L'Etat doit protéger le droit de propriété parce qu'il est évident que l'on a de l'empathie sans que cette personne puisse rechercher la protection de l'Etat. On doit reconnaître que la propriété de chacun mérite d'être protégée. La personne menacée doit pouvoir faire appel à l'Etat pour protéger sa propriété. Il dit que la protection du droit de propriété est d'abord instituée pour les plus riches. Les lois et le gouvernement sont mis sur pied par les riches pour opprimer les plus pauvres et préserver les inégalités existantes. Le droit de propriété est institué pour les riches pour les protéger de l'atteinte qui pourrait être portée par les pauvres. Le point de départ est fondé dans la philosophie morale (différent de Locke qui place ce départ avec Dieu).

Smith va construire un raisonnement qui va l'amener à défendre l'idée d'un système économique auto régulé. On part du départ, en disant que les libertés économiques sont protégées (chacun peut faire ce qu'il souhaite avec ce qui est sien). Chacun donc va faire des choix qui sont fonction de l'échange et du marché. On va tenter d'obtenir un revenu.

Va s'installer une division du travail. Smith constate autour de lui (début de la révolution industrielle en Angleterre) que dans la société industrielle naissante chacun est spécialisé dans des secteurs fragmentés. Cela implique qu'au fonds la productivité de tous va augmenter car on est plus efficace si on se spécialise dans un domaine. La parcellisation des tâches dans la société industrielle est une source de gain de la productivité car chacun va s'interroger sur la meilleure manière d'accomplir les tâches dans lesquelles on est spécialisé. La production globale va augmenter de manière substantielle de manière telle que dans cette société, même les plus pauvres seront mieux logés, nourris et vêtus que les princes dans les sociétés sauvages. Ces libertés économiques vont permettre d'augmenter le gâteau disponible pour le répartir entre les membres de la société.

Smith va présenter la non intervention de l'Etat dans l'économie comme le meilleur rapport = le travail que l'on consent afin d'obtenir un revenu, ce travail a un prix naturel qui lui est attaché. Ce prix naturel, c'est le revenu qui compense l'investissement que l'on a fait. Il se peut qu'il y ait trop d'avocats dans une société déterminée et donc les honoraires vont être très bas et les avocats même ayant consentis de grands efforts ne seront pas récompensés. Le prix du marché est trop bas par rapport au juste prix accordé au conseil juridique. La solution de Smith serait dans un tel cas de figure, de changer de profession. Progressivement

l'offre va diminuer et va rejoindre la demande jusqu'à ce que le prix soit suffisamment rémunérateur. A l'inverse, lorsque les prix sont trop élevés et qu'il y a trop peu d'avocats, cela va inciter des étudiants à étudier le droit. Les prix trop élevés vont diminuer. Il y a une tendance naturelle pour que les prix du marché s'alignent sur les justes prix de chaque service, profession. Si on laisse faire le marché, il y aura une tendance spontanée à devenir juste et rétablir le juste prix. Le marché débouche sur des conséquences économiquement souhaitables mais aussi sur des conséquences moralement défendables car chacun est rémunéré pour les efforts fournis.

2 – La calculabilité universelle

Certaine manière pour le marché de se développer où l'Etat laisse les prix se fixer librement et intervient pour le bon fonctionnement du marché. Les mécanismes ont un certain nombre d'impact sur la manière dont la société se constitue. Dans la société capitaliste qui naît à la fin du 18^{ème} siècle et début 19^{ème} siècle on a un processus pour lesquels les détenteurs d'un capital essaient d'obtenir plus de capital en revendant. L'argent A sert à acheter de la marchandise M et revend pour obtenir un bénéfice A' et il résulte un solde A' – A. l'argent n'est pas un moyen pour acheter de la marchandise, elle devient un moyen. La fin est l'argent.

La terre, le travail, les marchandises au sens strict sont comparables en fonction de cette question : Qu'est ce que ça va rapporter si j'investis dans telle ou telle marchandise. C'est une calculabilité universelle qui s'installe à travers cette société capitaliste. Ce qui permet de mieux comprendre le mécanisme est de se souvenir des trois causes. On peut mettre en avant trois phénomènes :

- Privatisation des terres : pendant longtemps, les terres n'étaient pas une propriété privée. Un bon nombre était une propriété communale sur lesquelles on pouvait cultiver certaines productions mais ces terres étaient propriété collective. C'est vers le milieu du 18^{ème} siècle en France qu'on commence à privatiser les terres. Ce qui a obligé les terres qui cultivaient à devenir des travailleurs qui exploitaient la terre d'autrui comme étant salarié
- Le démantèlement des corps de métier qui jusqu'alors et pendant tout l'ancien régime réservait l'exercice de certaines professions à ceux ou celles qui avaient été formé par des maitres et de réservaient l'accès à cette profession. Mécanisme de cooptation. Ils se réservaient un certain pouvoir en étant détenteur d'un monopole sur la fabrication de telle ou telle marchandise. On détruit ces corporations au 18^{ème} siècle. Loi le Chapelier qui interdit toute corporation et aboutit à une société atomisée.
- La mécanisation du travail : Le travail manuel suppose des outils sophistiqués et suppose un capital pour acquérir ces machines.

Ces trois causes engendrent la naissance d'un nouveau prolétariat urbain. Défense du travailleur sur les moyens qu'il a pour mettre en œuvre son travail.

Deux sources de dépendance :

- Interdiction des coalitions d'ouvriers (par ailleurs rien n'interdit aux employeurs de se concerter pour limiter les salaires = source d'inégalité)
- Différence entre le travailleur qui vend sa force de travail et le détenteur du capital qui met ses moyens à disposition du travailleur. Celui qui n'a pas le capital doit trouver un emploi le plus vite possible pour faire vivre sa famille tandis que celui qui a le capital peut se permettre d'attendre = inégalité.
- On peut ajouter une troisième qui est que lorsqu'un travailleur produit en utilisant les moyens de production, la valeur qui est produite est la propriété du détenteur du capital et non pas du travailleur.

Ce qui est marchandisé devient toujours plus important. Il y a un nombre de plus en plus important de services qui font l'objet de marchandisation. Tout devient prétexte à marchandisation et à profit. Ex : chez nous, soins que l'on donne aux jeunes enfants.

Adam SMITH met en avant les deux sources de ces dépendances du travailleur urbain :

- l'interdiction de coalition ouvrières et d'autre part le fait que rien n'interdit les employeurs de se concerter pour fixer des bas salaires tous ensemble.
- La différence entre le détenteur du capital et le travailleur est que le détenteur peut patienter, il n'est pas pressé de conclure, alors que très souvent le travailleur doit trouver un emploi au plus vite à défaut de quoi il ne pourra pas faire vivre sa famille.

A ces deux sources, on peut en ajouter une troisième (selon le professeur) : la valeur qui est produite et qui résulte du travail n'est pas la propriété du travailleur, ça appartient à l'employeur. C'est la conséquence des deux premières. MARX parlait de « l'appropriation de la plus-value par le capital ».

Encore trois conséquences de ce mécanisme A-M-A' :

- 1) Ce qui est marchandisé devient de plus en plus important. Il y a un nombre croissant de services et d'activités qui font l'objet de cette marchandisation. Tout devient prétexte à profit et investissement. Prenons l'exemple courant qu'on paie des personnes pour s'occuper de nos enfants. Auparavant ça n'existait pas. De même, un coiffeur n'a pas toujours existé. Avant c'était fait en famille ou chez les voisins. Avant, les soins de santé peu sophistiqués étaient gratuits. Aujourd'hui, toutes ces activités ont été marchandisées.
- 2) Des économistes considèrent que la croissance économique est en partie due à cela, vu qu'on intègre toujours des nouveaux éléments dans cette marchandisation sans limite. Gary BECKER parle de la marchandisation de phénomènes comme l'adoption, le don d'organe, etc. Ce sont des phénomènes encore saufs, mais menacés d'une marchandisation dans une société qui transforme tout en marchandise car le capital a besoin de s'investir et fructifier à l'infini.
- 3) La fonction disciplinaire du capitalisme. Il y a une obligation pour tous les agents économiques de ne pas commettre d'erreur car ils prennent des risques. On risque son

capital en investissant son argent dans telle ou telle entreprise, marchandise, actions, services, etc. Et donc le capitaliste paye cash les erreurs qu'il commet. Ça légitime le tout, car le détenteur du capital prend des risques de perdre sa mise s'il fait de mauvais choix. Cette idée que le capitalisme est un price-taker (dépendant de l'évolution des cours et marchandises dans lesquelles il a investi) légitime grandement cette pensée. Les détenteurs du capital sont en réalité suffisamment puissants dans bien des cas pour fabriquer cette demande, à laquelle ils prétendent ensuite réagir (manipulation des goûts des consommateurs). Les capitalistes sont disciplinés dans le régime de la société capitaliste. Fonction disciplinaire du capitalisme à l'égard aussi bien du détenteur du capital que du travailleur incité à développer une « mentalité acquisitive ».

Les travailleurs cherchent à obtenir le salaire le plus élevé possible. Pour que le système fonctionne, il faudrait que ces personnes veuillent acquérir le salaire le plus possible, on parle de mentalité acquisitive. Hors, en fait, cette mentalité acquisitive ne va pas de soi. Certains travailleurs n'ont pas développé cette mentalité capitaliste et gardaient une mentalité traditionaliste. En agriculture, il y a une période très courte pendant laquelle la récolte doit être faite sinon risque de pourrir. Ils travaillent donc un énorme nombre d'heure pendant cette période. Comment pourraient-ils le faire davantage ? Si on leur offrait plus d'argent pour leur travail, on pense qu'ils iraient plus vite et récolteraient plus. Pourtant, ce n'est pas le cas. Ils n'avaient pas besoin de travailler davantage, ils préféreraient réduire leur temps de travail alors qu'on leur propose un salaire élevé. Ils souhaitent juste le bien de leur famille, ils ne sont pas capitalistes dans l'âme. L'homme ne désire pas par nature gagner de plus en plus d'argent, il désire vivre selon son habitude et gagner autant d'argent nécessaire juste pour cela. C'est une vraie résistance obstinée. Ces travailleurs agricoles n'ont pas encore acquis cette mentalité acquisitive censée être universelle dans ce capitalisme. Si on ne développe pas dans le chef des travailleurs cette mentalité acquisitive, le capitalisme fonctionne mal.

Il y eut un débat en Angleterre en 1835 sur les incitants qui doivent être présents pour que cette fonction disciplinaire puisse s'exercer : du Speenhamland (Poor Law 1795) au Poor Law Amendment Act (1834) – critiques de Thomas MALTHUS et Jeremy BENTHAM.

On compensait le manque de salaire par une sorte d'aide sociale pour garantir que les enfants aient de quoi se nourrir. Ça s'est rependu à partir de 1795 car une loi généralisait ce système dans toute l'Angleterre et garantissait aux pauvres un revenu minimum en fonction de leurs besoins. Problème : ne vont-ils pas être encouragés à l'oisiveté ? Dès 1795, des voix s'élèvent et estiment qu'on va à la ruine, qu'on incite à la paresse et que c'est contraire à l'idée selon laquelle on doit être sanctionné pour ses erreurs et sa paresse. Parmi les opposants les plus audibles à cette loi sur les pauvres de 1795, il y a Thomas Malthus et Jeremy Bentham. Malthus sort « essai sur les principes de population » et met en avant l'idée que la population croît de manière géométrique, en passant de deux à quatre, à huit à seize à 32... alors que la production agricole croît seulement de manière arithmétique : de 2 à 4 à 6 à 8 à 10... sans suivre la croissance de la population. Dès lors, il estime qu'on va tout droit vers des famines.

Par ailleurs, il estime que cette loi incite les pauvres à avoir beaucoup d'enfants. Or il pense que justement, s'ils ne savent pas nourrir leurs enfants, autant ne pas en avoir. Il est contre cette loi. Bentham quant à lui, estimait que le système économique devait être conçu de manière telle que chacun reçoit les sanctions et récompenses devant être attachées à sa conduite. Les entrepreneurs qui inventent, prennent des risques, inventent, etc. doivent être récompensés en gagnant plus. Les fainéants doivent gagner moins. Et donc correction permanente des individus pour ne pas être sanctionnés.

En 1834, en définitive, cette loi est abolie. On l'a limitée aux indigents incapables de travailler. Tous les pauvres capables de travailler étaient obligés de travailler pour obtenir un soutien public.

Se met en place, hormis ce débat, une société qui veut créer un système économique qui permette à chacun de progressivement s'améliorer et apprendre sur la manière d'agir à travers

un système d'incitants de sanctions et de récompenses. On peut penser que cette société est autorégulée car si ce mécanisme de sanctions et récompenses fonctionne, il n'y a plus de raison de donner des ordres d'en haut (lois).

Avec le temps, tous les membres de la société auront été éduqués à faire des choix éclairés. Et donc invités au progrès général de la collectivité.

D'un autre côté, cette société autorégulée ne peut pas se passer de l'Etat. L'Etat a un rôle important actif à jouer dans l'éducation des citoyens. Tant au niveau du savoir (mieux formés donc meilleur travail) que du niveau moral et civique (être réfléchi, faire des choix qui puissent être approuvés dans cette société capitaliste naissante, etc.) Si l'Etat n'éduque pas les citoyens, il est considéré comme défaillant.

L'économie politique intervient aussi. Son rôle est triple :

- 1) à mesure que cette mentalité acquisitive se développe (vouloir toujours gagner plus), la démarche de l'économie politique – qui postule qu'un agent économique, l'homo economicus, est toujours rationnel et maximise son profit égoïste – devient de plus en plus plausible. Ce qui était une fiction devient peu à peu une réalité avec les progrès de la société capitaliste.
- 2) Ce que montre l'économie politique est que cette société capitaliste, bien qu'elle repose sur les choix que peuvent faire les individus, est malgré tout une société gouvernable. La liberté individuelle n'implique pas nécessairement l'anarchie et le désordre car cette liberté est guidée par l'éducation que peu à peu les individus reçoivent et qui leurs permettent de faire des choix éclairés et rationnels. Si chacun fait les bons choix (changer de métier quand trop d'offre), la société sera harmonieuse. Possibilité de gouverner au départ de la reconnaissance de la liberté individuelle
- 3) L'économie politique légitime les choix individuels motivés par l'appât du gain. Pendant des siècles, l'attitude égoïste du bourgeois a été dénoncée par les moralistes. C'était réprouvé moralement, on interdisait le prêt à intérêt, etc. Par la suite, ça devient l'attitude recommandable. Une société prospère ne fonctionne pas sur l'altruisme, mais sur la base de la recherche de chacun de son intérêt égoïste. L'action mue par l'intérêt égoïste est légitimée.

C'est très largement la société dans laquelle nous sommes aujourd'hui. Cette idée que l'Etat ne doit pas interférer avec les signaux des prix pratiqués sur le marché. Le théoricien le plus influent sur cette question est Ronald COASE (1910-...). Il a eu le prix Nobel en 1991 pour deux textes : The structure of the Firm (1937) et The problem of the social cost (1961). Ces deux textes ont été repris dans un ouvrage : The firm, the market, the law publié en 1988. Traduit dans l'ouvrage : le coût du droit, Paris, 2000.

On part d'un exemple pour expliquer la logique de sa pensée.

Firme A : pollue mais bénéficie 800

Habitants en B : dommage 1000

Principe du pollueur-payeur ou outil de la négociation

Une firme A cause un dommage à des habitants situés en B évalués à 1000. Imaginons que la société fasse un bénéfice de 800 chaque mois, mais que chaque mois elle provoque cette population 1000 de dommage.

On a le réflexe spontané de dire que celui qui a causé un dommage en raison de son activité, doit compenser ce dommage. C'est le principe du pollueur payeur. Si cette firme doit payer 1000 pour dédommager les habitants de la pollution qu'elle crée, l'ensemble de ses profits ne suffira pas ($1000 > 800$) et donc elle devra fermer car pas assez rentable si elle doit payer la pollution qu'elle cause.

Cette solution ne satisfait pas COASE. Il estime que ce principe du pollueur payeur est « bien » mais pas optimal. Admettons que la firme favorise la prospérité économique de la région, doit-on se contenter de dire qu'elle doit fermer si ses revenus sont inférieurs au dommage qu'elle doit rembourser ?

Il faut aller plus loin. Imaginons qu'elle trouve une technique qui coûte 600 qui permette d'éviter que le dommage – empêcher la pollution – de 1000 soit causé. A ce moment là, ça change déjà, mais Coase estime que ça n'est pas encore la solution parfaite.

Imaginons que les habitants ont une solution qui coûte 300 pour se protéger.

Quelle est la solution la meilleure ? Les habitants en B prennent certaines mesures pour un coût de 300, et la firme verse à ces habitants pour les compenser de cet investissement une certaine somme – entre 300 et 600 - qui évite à la firme par conséquent de devoir payer 1000.

Il va s'entamer une négociation pour trouver cette compensation : $600 > x > 300$.

Tout le monde est gagnant.

Maintenant on va raisonner en partant de l'hypothèse que le droit ne régit pas l'hypothèse du pollueur payeur et ne protège pas les gens pollués. Ils vont payer 300 pour se protéger par eux-mêmes. On aboutit à une solution, dans chaque cas, où les habitants en B prennent des mesures pour se protéger. La seule différence est que dans le premier cas l'entreprise paye, dans le deuxième c'est les habitants qui paient. Mais c'est dans chaque cas la solution la plus efficiente qui prime.

Cela aboutit à l'enseignement du théorème de COASE : si les coûts de transactions sont nuls, l'attribution initiale des droits, combinée avec la libre négociation entre les parties, est sans effet sur l'allocation efficiente des ressources.

Peu importe le système juridique, peu importe comment les droits et obligations sont régis, pourvu qu'on les laisse négocier librement, ils vont découvrir la solution la plus efficiente du point de vue économique, celle qui favorise la croissance économique. Ceci vaut si les coûts de transaction sont nuls (ou réduits).

Il n'est pas possible de bien faire fonctionner un système capitaliste si on ne développe pas cette tendance acquisitive. Ce débat assure la transformation des mentalités. Ce débat sur les incitants qui doivent être présents pour que cette fonction disciplinaire puisse s'exercer s'est développée en 1795. Développement du Speelhamland. On avait des tables qui permettaient de calculer la quantité d'argent dont disposait le ménage pour savoir quelle quantité devait recevoir les enfants. On complétait le salaire du chef de famille pour garantir que chacun des enfants puissent avoir à manger. Si un salaire ou une assistance leur est garantie ils ne seront plus encouragés à travailler plus. Cela conduirait la société à la ruine et insisterait à la paresse et qui se rait contraire à l'idée que dans la société libérale on doit être sanctionné pour ses erreurs et sa paresse. Parmi les opposants, il y a

Thomas Malthus et Jérémy Bentham : essai sur les principes de population. La population croît de manière géométrique en passant de 2 à 4 à 8 à 16 à 32 alors que la production agricole croît de manière arithmétique sans suivre l'évolution de la population. On passe de 2 à 4 à 8 à 32 etc. Malthus disait que la loi sur les pauvres est une loi dangereuse. Malthus estimait qu'il fallait qu'on responsabilise les pauvres. Si on n'a pas d'argent pour nourrir les enfants alors il faut éviter d'en avoir.

Bentham, fondateur de l'utilitarisme et qui en tant qu'économiste, estimait que le système économique devait être conçu de manière telle que chacun reçoive les sanctions et les récompenses qui doivent s'attacher à sa conduite. Ceux qui déploient une grande énergie sont mieux récompensés et mieux payés que ceux

qui sont paresseux. Cette loi de 1795 a été critiquée par de nombreux économistes. En 1834, cette loi a été abolie. On a en réalité limité cette loi aux indigents incapables de travailler. Ceux qui savaient travailler, devaient travailler. Se met en place une société qui veut créer un système économique qui permet à chacun de s'améliorer. On peut penser qu'une telle société est une société auto régulée. Plus besoin d'imposer par décret des obligations aux membres de la société, ceux-ci feront le bon choix parce qu'ils seront incités à le faire par les récompenses qui leur seront accordées. Cette société auto régulée ne peut se passer de l'Etat parce qu'il a un rôle important à jouer dans l'éducation des citoyens : diffusion du savoir et dans l'éducation morale et civique. Il faut se comporter de manière rationnelle et réfléchie. Il faut faire les choix qui peuvent être approuvés dans le cadre de cette société capitaliste naissante.

Les auteurs qui écrivent au début du 19^{ème} siècle, encouragent cette auto discipline de chacun, apprentissage de chacun de son rôle à travers l'éducation morale et civique dispensée par l'Etat.

Deux premiers cours chevreuil en plus :

Théorie du droit et pensée juridique contemporaine

Examen à cours ouvert: questions de réflexion transversales et personnelles.

But: étudier l'état et son rôle en 3 parties

Quelle est notre société, bâtie à partir du 19^{ème} siècle? Les économistes et les philosophes l'ont bâtie. USA/EU contextes. Manière dont l'état providence s'est construit et déconstruit/critiqué (via le néo libéralisme) dans ces deux continents.

Première partie: anatomie de la pensée libérale

I. Structure du libéralisme politique

1) Régulation par le contrat ou par la loi

On peut organiser les rapports sociaux par le marché, c'est-à-dire par les rapports noués par le mécanisme de l'échange contractuel. Ensuite, il y a l'organisation des rapports sociaux par l'intervention de l'Etat, la collectivité publique. Ne pas confondre avec l'état de nature et une société totalitaire.

Etat de nature est un état qui n'a pas de droit, ce n'est pas un état; c'est une société de nature. La société totalitaire est celle qui abolit l'individualité de l'individu.

POLANI décrit la société de marché comme constituant un système où la vie économique est commandée par les seuls marchés. La tâche d'assurer l'ordre dans la production des biens et la régulations des biens est confiée et s'opère par les prix, eux mêmes résultats de l'offre et de la demande, sans que l'état intervienne dans cette régulation. Dans les rapports de marché, y compris pour la fixation des prix, l'Etat est en fait omniprésent, ainsi que le droit. Il n'est pas concevable d'avoir des échanges contractuels sans un droit auquel on s'adosse: un droit des contrats, des obligations, des responsabilités... Ce terme d'autorégulation est trompeur si il veut faire croire qu'on peut se passer de droit dans une société de marché. C'est seulement dans la société de nature qu'on se passe de droit.

Il y a d'un côté la possibilité que de cette trajectoire résultent des mécanismes de l'économie de marché. Le rôle de l'état est alors de simplement faciliter ces mécanismes et leurs permettre de s'épanouir et ensuite de constater dans quelle direction la société se conduit. La société administrée, ou téléguidée (à la fois parce qu'il y a une fin définie par la société, et aussi parce que c'est au péril de l'extérieur, par l'état dépositaire de l'intérêt général qui va décider dans

quelle direction amener la société, en fonction de paramètres difficiles à définir et souvent contestés, mais qui ne sont pas ceux du simple fonctionnement de l'économie de marché).

Il est extrêmement important de ne pas confondre une société libérale régulée par le jeu de la liberté contractuelle, avec la société de nature, sans droit. C'est dangereux d'opérer cette confusion. Si on parle de libéralisme économique comme un principe dirigé et autorégulé, il est faux. Les adversaires du libéralisme économique en dressent une caricature.

Les juristes ont une grande responsabilité dans l'obligation que nous avons de choisir notre trajectoire historique. Le rôle du marché est à la fois d'accompagnement et de légitimation.

Ex: le consommateur est protégé contre des agents économiques plus puissants. Le travailleur est protégé contre l'employeur. Les contrats doivent répondre à certaines conditions pour avoir force de loi. Au sein même de la société de marché régulée par le jeu de la liberté contractuelle (...).

Est-ce que l'intérêt général est garantir le bon fonctionnement du marché, en restant spectateur, ou alors est-ce que l'état met en avant une définition de l'intérêt général plus normative, indépendante de la garantie des bons fonctionnements des mécanismes du marché?

On appelle une société administrée/téleguidée, une société **autonome** c'est-à-dire qu'elle se fixe ses propres normes, elle n'est pas simplement spectateur de l'évolution historique qu'elle accompagne. On peut appeler la société régulée par le jeu de la liberté contractuelle **hétéronome** car elle ne choisit pas la direction dans laquelle elle va avancer.

Cela nous amène à la **question de la légitimité**. D'une part on se légitime par la bonne marche des affaires, d'autre part on se légitime sur autre chose : un projet qu'on cherche à conduire à bien, en amenant la société dans une direction déterminée.

Etat de nature – *Société de marché (libérale)* – Société totalitaire

Régulée par le jeu de la liberté contractuelle (hétéronome) - administrée voire téleguidée (autonomie)

Au point de départ de l'apport de l'économie politique à ce débat, il y a au fond que l'économie politique nous rassure car elle prétend démontrer qu'une société est gouvernable à partir de l'autonomie individuelle. L'économie politique vient à la rescousse de la société libérale pour prévoir les comportements et qualifier les individus comme ceux qui cherchent la maximisation de leur profit et donc de leurs choix personnels. La nature humaine se trouve appauvrie, ou réduite, à cette économie qui rend prévisibles les comportements individuels. Il suffit de prévisions statistiques sur un ensemble d'individus pour gouverner la société. Il n'est pas nécessaire de prévoir quel tel ou tel individu va faire x choix. C'est ça que l'économie politique a permis d'apporter.

L'économie politique, comme science, a permis de définir un rôle de l'état (économique) qui consiste à avoir comme projet de créer les conditions d'un marché efficace. Donc on ne fait pas de choix politique ou idéologique, on se contente de permettre au marché de fonctionner au mieux possible.

De même la science juridique joue cette fonction de légitimation pour deux raisons : le rôle consiste à examiner une matière donnée (droit des contrats par exemple) et à définir le système de règles comme un système cohérent et unifié. On nous apprend à faire comme si le droit n'était pas contradictoire, mais logique. On nous apprend à postuler la cohérence interne du droit. Au lieu de nous apprendre ce qui nous permet de construire le droit. Ça veut dire qu'on part du postulat qu'à toute question juridique qui nous est posée, il y a une et une seule bonne réponse (alors que c'est faux). Les avocats demandent au juge d'utiliser « leur » bonne réponse pour trancher. La science juridique donne cette impression d'inévitabilité dans les rapports sociaux, elle est rendue apolitique par cette approche constitutive qui fait de cette science juridique une science. Elle est dogmatique, elle se concentre sur des principes sans se soucier de leur applicabilité. Une règle juridique quelconque est toujours faite d'une condition d'application de la règle, d'un dispositif (la solution que la règle prescrit). Quand sont réunies ces conditions, s'impose cette solution. Mais la raison d'être de l'édiction de la règle doit être là aussi ! Une règle

est toujours fondée sur la présomption d'un lien de causalité. On prescrit tel comportement car on pense qu'on va atteindre tel résultat. Trop souvent, on raisonne sur des règles qu'on combine en un système logique, mais quant à l'effectivité de la règle, ça demeure très largement à l'abri de notre réflexion. On va voir que dans certaines écoles théoriques du droit, il y a des règles qui sont réfutables par la réalité (...)

ETAT DE NATURE – SOCIETE DE MARCHE (libéralisme) – SOCIETE TOTALITAIRE
Régulée par le jeu de la liberté contractuelle (hétéronomie)
Ou administrée – téléguidée (autonomie)

Arguments ?

Certains diront que pour être égaux, il faut réguler. D'autres diront (opposés) que chacun doit être reconnu dans sa liberté de choix et qu'on n'a pas à intervenir de façon paternaliste car les deux parties au contrat ont la pleine capacité juridique car libres et égaux. Par ailleurs, la liberté contractuelle, c'est la possibilité pour chacun de choisir ce qu'il va acheter, là où il va vivre. Il y a une autodétermination de l'individu, il choisit ses valeurs. En plus, l'individu, s'il est libre, va choisir à s'auto corriger en permanence car s'il fait des mauvais choix, il va être sanctionné automatiquement par le marché et incité à s'améliorer en permanence.

Cette idée d'une autodétermination de l'individu, qui serait capable de faire des choix, est une idée chimérique (sans réalité). Les choix de l'individu sont les choix des circonstances dans lesquelles ils sont plongés. Les individus ne choisissent pas des jobs à bas salaire par choix, mais plutôt sont fonction du cadre de leur vie. La société sert juste à rendre ces choix plus autonomes, mais ce n'est pas pour autant qu'ils le font. L'état doit dès lors aider l'individu à comprendre les conséquences de ses choix.

Un dernier argument, en faveur de la liberté contractuelle, est le suivant : les économistes le mettent en avant : idée que laisser aux individus la liberté de choisir quelle profession exercer, quel produit vendre sur le marché, etc. conduit à une allocation efficiente des ressources. S'il y a trop de médecins, ils vont choisir une autre profession car sensibles aux conditions du marché (salaire plus bas car trop de médecins) et donc société où la demande et l'offre de chaque produit s'équilibre.

Idée de la main invisible chez SMITH, idée que la négociation doit aider à trouver la solution la plus efficiente. Le contre argument ici est ce qu'on appelle les *market failures* – défaillances de marché.

En économie, une défaillance du marché est un cas dans lequel le marché échoue dans l'allocation optimale des ressources économiques et des biens et services. On en parlera par exemple à propos d'un monopole (ou d'un cartel), d'une situation où coexistent chômage et pénurie de main d'œuvre (logement vide et personnes sans logements, etc.), ou encore en présence d'une pollution suicidaire.

C'est une notion éminemment politique et donc matière à controverse, dans la mesure où elle sert à justifier des interventions politiques visant à corriger, voire à supprimer, le marché.

La société administrée peut être dite autonome au sens où elle choisit son destin. Un argument en faveur d'une société administrée est que la démocratie est plus complète, la société est davantage maîtresse d'elle même.

Deux postulats : quand on dit que dans la société administrée l'auto détermination démocratique est plus réelle, concrétisée, on suppose d'abord que l'état peut définir l'intérêt général, qu'il est capable d'en proposer une définition justifiable, or il est très dur de définir l'intérêt général, chacun en a son idée. Ce n'est pas une valeur en soi, difficulté qui a hanté JJ-Rousseau. Deuxième difficulté, et deuxième postulat implicite, est que l'état n'est pas colonisé par des intérêts particuliers, il n'est pas capturé par des factions. Or, une des craintes qui a hanté les théoriciens des démocraties libérales est la capture de l'état d'individus qui oublient l'intérêt général et ne pensent qu'à eux. Quand on élit un gouvernement, il y a une ambiguïté car on lui demande de respecter la volonté de l'électeur, mais à la fois qu'il respecte l'intérêt général. C'est pourquoi les cours constitutionnelles existent.

Cette régulation par le contrat, ou par la loi, est le premier débat auquel on va s'intéresser

2) dissociation de l'espace économique et du pouvoir politique

Le 2^{ème} débat concerne la dissociation de l'espace économique et du pouvoir politique. On a un espace économique concentré, mais un pouvoir politique fragmenté (exemple de l'UE, où chaque Etat a un pouvoir seulement dans son territoire, alors que l'économie a un pouvoir sur toute l'UE). Le prince a besoin de recourir à l'impôt et l'activité économique (de préférence florissante). On a toujours vu le prince et le monde marchand négociant, ils négocient les termes d'un compromis où chacun trouve son intérêt. Mais problème : les agents économiques qui bénéficient d'une indépendance peuvent menacer le souverain d'aller ailleurs exercer leur liberté. C'est du au fait que l'action étatique s'exerce sur un territoire déterminé, et pas au delà, et à la fois à la déterritorialisation de la liberté économique qui s'entend dans des circuits d'échange internationaux. Cette mobilité des agents économiques leur donne la possibilité d'obtenir de l'Etat des concessions et un régime plus favorable. C'est un phénomène tout à fait important.

Il y a un lien entre ce second problème, et la régulation par la loi. Ce lien est qu'au fond, dans les deux questions, il y a un débat entre l'intérêt des règlements de questions par l'économie du marché et la nécessité d'aller au delà de ces mécanismes et les domestiquer. Dans la dissociation de l'espace économique et politique, la dimension de marché se situe dans la dimension de régulation compétitive, qui forcera les Etats à offrir un traitement des plus favorables aux agents économiques pour les attirer à eux. On met donc les Etats en concurrence, à partir d'une liberté de circulation économique. On trouve au fond ce qu'on croit être le cœur des dilemmes qu'affronte le libéralisme contemporain. D'abord il y a l'autodétermination démocratique, qui s'oppose à l'autocratie ou l'absolutisme, c'est à dire que le peuple fait des choix collectifs. La révolution française n'est rien d'autre que cela. Transfert du pouvoir du Roi au peuple. Le libéralisme est l'affirmation de la liberté économique, les individus ne sont plus obligés de pratiquer la profession que leur impose leur naissance, les castes et corporations ne sont plus contraignantes. Cette émancipation économique de l'individu est tout à fait centrale. On rompt avec la société féodale de castes, et avec l'absolutisme du Roi. Néanmoins une tension se crée car la collectivité ne peut pas choisir son destin historique si elle doit passer des actes avec les agents économiques libres d'aller ailleurs pour de meilleures conditions. Dès lors l'économie a son influence. Ceci explique le rôle très ambigu voire ambidextre des droits de l'homme dans ces discussions. C'est en effet l'affirmation de la liberté de l'individu face à l'Etat, on empêche l'Etat de s'immiscer dans la vie privée de l'individu, mais en même temps, les droits de l'homme peuvent servir aux partisans d'un rôle plus important de l'Etat légitime car il va promouvoir les droits de l'homme dans sa politique. C'est paradoxal de légitimer un rôle de l'état par le fait qu'il promeuve les droits de l'homme. Est-ce que ça n'est pas au fond une autre hétéronomie ? Se laisser guider par l'idéal que constituent les droits de l'homme ? Les sociétés démocratiques renoncent à créer leurs propres arguments, les droits de l'homme ne sont pas une politique, c'est un poids dans le discours politique. Néanmoins, les droits de l'homme sont évolutifs, et effectivement, les droits de l'homme deviennent la référence de la politique. Et cela appauvrit l'idée démocratique que constitue cette référence.

Enfin, on peut parler des arguments échangés dans ce débat dans le rapport entre liberté économique et pouvoir politique. Un des fils conducteur du cours est la difficulté du souverain du pouvoir politique de définir l'intérêt général quand il est dépendant de l'action des agents économiques.

Certains disent qu'il est bien qu'il y ait une dissociation de ces deux espaces car ca oblige l'Etat à aider les agents économiques à choisir le lieu où ils vont s'implanter en fonction des différentes conditions. D'autres disent, en sens contraire, qu'il y a un déséquilibre entre les agents économiques et les agents politiques car ils menacent de quitter le territoire (chantage à la délocalisation) et ceci interdit à l'Etat de définir l'intérêt général indépendamment des agents

économiques sur son territoire. Il y a un déséquilibre au sein même de l'Etat de facteurs immobiles que sont les travailleurs, et les facteurs mobiles que sont les capitaux.

Cours 2 :

Différentes conceptions qu'on avait de l'Etat et ses rapports avec le marché (= cours 1).

On va prendre appui sur les textes fondateurs de notre ordre politique. Les auteurs qui sont habituellement lus à travers d'autres outils d'analyse que ceux utilisés ici. On va chercher la manière donc ces auteurs ont défini notre compréhension de ce que doit être une société libérale. On va suivre un parcours très subjectif dans leur travail et du rôle de l'Etat dans le marché.

Thomas HOBBS (1588-1679)

C'est le premier à vouloir avoir donné un fondement scientifique à la science politique. Il a eu la physique de GALILEE en tête quand il a fait naître ses intuitions. Il pensait qu'on pouvait mettre en œuvre la politique de façon scientifique. Passer de la physique à la science politique et parler de l'Etat. GALILEE a publié en 1632 un ouvrage qui dit que l'état naturel des corps est le mouvement. Que les corps ne sont pas naturellement inertes, et que les phénomènes physiques résultent de la combinaison physique des forces qui s'impriment sur les corps. Si rien n'empêche le mouvement de se construire, le corps va continuer de se déplacer suivant la force qui lui a été imprimée. Le phénomène physique est expliqué par GALILEE par ce qu'on appelle la résultante des forces. La pierre va tomber en fonction du résultat combiné des forces qui s'exercent sur elle. Cette thèse opère un déclic pour HOBBS. Il se demande comment fonder une science politique sur des bases aussi rigoureusement scientifiques.

Son ouvrage majeur est « Le Léviathan » en 1651. Il y applique la méthode de GALILEE. Cette méthode consiste à examiner les phénomènes observables et remonter aux sources de ce phénomène à partir de la décomposition de ce qui a pu causer tel ou tel résultat. Il faut examiner ce qui est le point de départ des forces qui s'imprègnent sur les hommes et qui les conduisent à se comporter en société et en Etat. Méthode *résolutive-compositive* : on va décomposer ce qu'on voit dans la politique et essayer de l'expliquer à partir des points de départ de la construction de l'Etat (les atomes sont les hommes). A partir de l'individu, on construit l'Etat. Au lieu de partir du tout, on part d'une partie du tout : l'individu. Il s'interroge sur ce qui peut motiver l'individu à agir.

Ce qui motive l'individu est très banal, HOBBS parle d'appétit et désirs, et ses aversions (contrepartie des appétits de l'individu). Le bonheur = acquérir ce qu'on désire, éviter ce qui cause de la souffrance.

HOBBS se pose la question suivante : puisque les hommes vivent en société et sont mus par un désir d'augmenter leurs gains et limiter leurs pertes, ce qui fait obstacle à ce que l'individu puisse poursuivre (les contre forces qui s'opposent à lui sont en fait les autres humains) ses objectifs sont les autres. D'où le conflit. Les autres dans la société que dessine HOBBS sont des obstacles. Cela se règle dans une société non pas par la force, mais **en fonction du prix que chaque individu a aux yeux d'autrui**.

En effet, HOBBS estime que chacun a un prix selon une offre et une demande. En période de guerre, par exemple, le militaire a un prix beaucoup plus important (respect, influence, capacité à imposer sa volonté) qu'un magistrat. En temps de paix c'est l'inverse. La bourse des hommes varie en fonction des circonstances. Qui a tel moment attachera plus d'importance aux économistes, tantôt aux juristes, ... aura une influence.

Ce critère de valeur que l'opinion attribue à chaque homme est un critère tout à fait lié à l'émergence de la société libérale et capitaliste. On ne part pas de l'idée que tous les hommes sont inégaux. Tous les hommes sont égaux, mais les différences de valeurs est le résultat d'un mécanisme aveugle, de marché, une évaluation par tous de la valeur de chacun – c'est un critère très démocratique car personne ne peut influencer cette « bourse ». HOBBS décrit une société où les rapports sociaux sont déterminés par les opinions d'autrui. Les forces d'autrui pourront donc dans certains cas nuire à l'objectif qu'on poursuit.

On peut définir HOBBS dès lors comme le premier penseur de la société capitaliste naissante. HOBBS est toujours compris et évoqué comme le défenseur de l'absolutisme monarchique. C'est incorrect, même si il défend une autorité forte, il n'exprimait aucune préférence pour l'autorité du monarque ou pour une Assemblée. De plus, cet Etat tout puissant auquel son nom est associé, est en fait un Etat libéral au service des rapports de marché. Ce détail est tout à fait central. HOBBS, dans le Léviathan, parle de la manière dont se constitue le *Commonwealth* (autorité publique). Pour éviter que les individus se bâtent tous contre tous, chacun délègue à un souverain tous ses droits. On s'en remet à lui pour préserver la paix civile. On fait ça car on a envie de sureté. HOBBS justifie l'exercice d'un pouvoir autoritaire au nom du désir de conservation de sa vie et ses biens des individus. C'est néanmoins un peu plus compliqué que cela... C'est vrai que le but est de conserver la paix, mais pas rien que cela. Le *Commonwealth*, chez HOBBS, est aussi chargé de créer les conditions propices au développement de l'activité économique. De façon très explicite dans le chapitre 30 du Léviathan, il décrit les fonctions économiques de l'Etat. Il doit garantir la propriété, prévoir un droit des contrats, que les contrats seront respectés, l'épanouissement de la vie économique, etc.

Par exemple, la conception de l'impôt de HOBBS est que l'impôt est nécessaire, c'est un peu le salaire donné au souverain pour qu'il paye l'armée et les soldats (préservation de la paix).

Par ailleurs, HOBBS estime que les riches ont le plus intérêt à ce que l'état soit fort pour protéger leur propriété et donc qu'ils doivent payer plus que les pauvres. L'impôt est donc progressif. Mais il pense qu'il ne serait pas légitime que les riches qui dépensent toute leur fortune dans des biens luxueux payent autant que ceux qui ne dépensent rien et ont une vie économique modeste pour épargner et investir davantage. Il recommande que l'on taxe la consommation de chacun. Le riche qui épargne sert la vie économique, et par conséquent il est normal de le taxer à des taux moins élevés. Tout part de savoir ce qui est bon pour la vie économique. Il faut donc inciter à investir, en taxant moins. Taxe sur la valeur ajoutée, à la consommation = équivalent contemporain.

Quant à l'assistance aux pauvres, il est normal que l'Etat aide celles et ceux incapables de travailler. Il serait intolérable qu'ils dépendent de la seule charité privée pour leur subsistance. Mais ceux capable de travailler et qui ne le font pas par paresse ne doivent pas être aidés. Car si ils l'étaient, ils ne seraient pas incités à l'effort. Dans la fonction d'assistance publique de l'Etat, HOBBS se demande comment l'Etat serait le plus prospère possible.

Voilà donc un Etat tout puissant. Une renonciation à la liberté pour l'ordre et la tranquillité publique. Le *Commonwealth* n'est pas autonome, il est au service du marché, des mécanismes économiques qu'il doit respecter, promouvoir et faciliter. Il y a donc une subordination du souverain aux nécessités de la vie économique. Cet Etat ne détermine donc pas ses propres fins ! Il doit se mettre au service des exigences du marché. Ce qui est remarquable (paradoxal) est que tout Etat doit se mettre au marché car sinon il n'aura pas de ressources et n'aura aucun projet politique. Or chez HOBBS il n'y a pas de projet politique, l'Etat est là pour faire fonctionner l'économie, rien d'autre. Les valeurs que l'Etat est censé poursuivre lui sont en fait dictées par le marché. Il n'y a aucune volonté propre du souverain. HOBBS part d'un postulat apparemment banal et donc inattaquable (satisfaire ses désirs, limiter le dommage et la souffrance) et on ne voit pas comment le remettre en cause. C'est quasi une tautologie. Il y a une impression d'inévitabilité qui se dessine devant nous ; on a l'impression que cet Etat ne pourrait pas être autrement. HOBBS ne laisse aucun autre choix aux lecteurs du Léviathan. En ne choisissant pas ce *Commonwealth*, vous sortez du cercle de la raison estime-t-il. Cette science politique est physicialisée. C'est la **seule** figure rationnelle de l'Etat et qui respecte la méthode scientifique. Cet Etat rationnel est ce qu'on appellerait l'Etat économique. Un Etat au service de l'économie, plutôt qu'un Etat qui a un projet politique propre.

John LOCKE (1632-1704)

Il a dû s'exiler en France car opposé à l'absolutisme des STUART en Angleterre. On voit souvent LOCKE comme le libéral, et HOBBS comme le totalitaire. Pourtant ils sont très proches. LOCKE a publié en 1690 son texte majeur (2 textes) : les deux traités du gouvernement civil. Quand ces

textes sont publiés en 1690, la révolution glorieuse a eu lieu (1688). Les STUART ont été renversés, on voit LOCKE comme le théoricien de cette glorieuse révolution. D'ailleurs ces textes ont été écrits grandement indépendamment de la vie politique de l'époque.

Le premier traité est une réponse à une théorie de Robert FILMER (Patriarca, il présente le monarque comme le père de ses sujets).

Le deuxième traité nous intéresse plus. Il aura une influence tout à fait considérable, notamment aux USA et la philosophie à partir de laquelle le droit constitutionnel s'est construit là-bas. LOCKE examine, dans un chapitre 5 qui s'appelle « de la propriété », ce qui justifie la propriété privée. Dieu nous a donné la nature comme un bien commun, comment justifier la propriété privée ? LOCKE dit que si on devait demander à tous les autres membres de la société si on pouvait manger tel fruit ou tel gibier, on mourrait de faim. Donc c'est une évidence, on doit pouvoir s'approprier les fruits de son travail. Les biens de la nature n'ont de la valeur qu'à travers le travail qu'on y investit. Le gibier n'a aucune valeur avant qu'on l'ait chassé (= travail). Le fruit n'a aucune valeur tant qu'il n'est pas récolté (= travail). Par contre, l'air, n'est pas appropriable. On ne peut pas récolter l'air. L'eau mise en bouteille par contre est un travail et donc appropriable.

Si on s'approprie plus que ce qu'on peut consommer, les biens en surplus vont pourrir, se gâter et seront perdus pour tous. Il faut donc, selon LOCKE, imposer une limite à l'appropriation : on peut s'approprier ce qu'on fait avec notre travail mais pas au delà de ce qu'on peut consommer. On a inventé la monnaie pour trésoiriser les biens, et on pourra vendre notre surplus de pommes à quelqu'un d'autre par exemple. Cela étend les limites de ce qu'on peut s'approprier.

La seconde limite que LOCKE examine est plus intéressante : LOCKE se demande pourquoi la propriété privée justifiée (pas mourir de faim = prémisses) par une fin sociale, mais si elle est abusée et exercée de façon à devenir contraire à la réalisation de cette fin (si on accumule toute la nourriture et que les autres n'en ont plus assez), il faut lui imposer des limites. Il est vu comme le premier socialiste, à travers le fait que la propriété doit être régulée entre hommes et femmes. TULLY considère que loin qu'elle soit sans limites, la propriété chez LOCKE doit être vue en termes purement instrumentaux. Cette lecture socialiste de LOCKE ne paraît néanmoins pas très convaincante : il disait que même si en principe on pouvait s'approprier le prix de son travail, LOCKE disait que le travailleur employé par quelqu'un d'autre n'a pas à s'approprier les fruits de son travail. Ce sont les détenteurs du capital qui s'approprient ces fruits là. Même si le domestique cueille les fruits du jardin, cela reste ceux du maître. Ceci explique que la lecture dominante qui ait été faite de LOCKE est la lecture non pas de James TULLY, mais de plusieurs autres qui voient en LOCKE le théoricien de la société libérale capitaliste.

Il nous dit, dans l'Etat de nature les hommes cueillent tout ce qui est possible de l'être et se les attribuent. Mais quand il y a trop de gens ensemble et qu'il y a des risques que tous n'aient pas à manger, on doit établir un pouvoir qui tranche les conflits. Un pouvoir civil. Chez LOCKE, le rapport des hommes aux choses précède le rapport aux hommes entre eux. Avant de devenir une question sociale, la propriété ne concerne que l'homme dans son rapport à la nature. Ce n'est qu'une fois cette nature établie, qu'on pense à créer l'Etat pour protéger. Chez LOCKE, l'Etat était situé dans le but de garantir ce droit naturel de chacun à la propriété des fruits de son travail.

C'est ici que LOCKE devient ambigu. Une fois que l'Etat est là pour garantir tout ça, que vaut encore cette propriété ? S'il appartient à l'Etat de borner mon champ, et le délimiter de celui de mon voisin, en quoi ai-je un droit de propriété sur ce champ si l'Etat se permet d'en définir les limites ? La propriété se retrouve conventionnalisée et institutionnalisée à travers les lois édictées par l'Etat. La propriété n'a donc pas d'autre assiette que celle que la collectivité (l'Etat) choisit de lui donner. On n'a pas de droit de propriété tant que celui-ci n'est pas reconnu par la collectivité, qui est maître des lois qu'elle adopte.

Une explication peut être à cette ambiguïté/contradiction est qu'il y a peut être une distinction à faire entre l'Etat que l'on institue et d'autre part l'activité de législateur. Exemple contemporain : la CEDH garantit le droit de propriété, et lorsqu'un Etat y porte atteinte sans justification ou compensation adéquate, il viole ce droit. Mais le paradoxe, c'est que la propriété qui est protégée par la CEDH est une propriété définie par les législations de chaque Etat. Il y a donc une

distinction entre l'Etat et le législateur qui commet une ingérence dans ce droit. Il y a le niveau de l'Etat qui garantit le droit de propriété, et le législateur qui pourrait se voir interdire de porter atteinte à ce droit. La contradiction chez LOCKE n'est peut être pas nécessaire ou logique.

LOCKE se prête à deux lectures pour deux raisons : d'abord en ce qui concerne la justification du droit de propriété, LOCKE nous dit d'un côté c'est la récompense juste du travail de chacun, d'autre part il dit attention, la propriété n'est légitime que parce qu'elle répond aux besoins et à la survie de tous. D'où la lecture socialiste de LOCKE et que la propriété doit être régulée et qu'on abuse si on prive autrui de ressources dont il a besoin. Tension entre la propriété comme droit naturel, et la propriété instituée par l'Etat et ses lois.

Jean-Jacques ROUSSEAU (1712-1778)

C'est un peu l'anti-LOCKE, il est critique du marché. ROUSSEAU a été rendu célèbre par son ouvrage écrit pour un concours dont la question est posée par l'Académie de Dijon. Il répond à la question « quelle est l'origine de l'inégalité parmi les hommes, et est-elle autorisée par la loi naturelle ? ». Le discours de l'origine et le fondement de l'inégalité entre les hommes est sa réponse. Il y dit que l'inégalité n'a rien de naturel. C'est vrai que certains sont beaux, laids, grands, petits, intelligents ou pas. Mais ces différences sont souvent le résultat du milieu dans lequel on est né et de sa famille. Ça n'a rien de naturel. C'est le fruit d'un processus historique, un processus d'expropriation des plus pauvres par les plus riches. Pour ROUSSEAU, l'inégalité parmi les hommes a sa source dans le développement des rapports de marché. **ROUSSEAU écrit cela en 1753, à cette époque la société française est encore d'ancien régime (monarchie absolue mais n'est plus féodale) où peu à peu les bourgeois prennent de l'importance. En 1789, ça sera davantage l'ascension d'une classe bourgeoise qui a pris de plus en plus de place au fil du temps. Les conseillers du Roi sont conscients qu'il faut encourager l'économie. TURGAUX a ce projet d'émanciper la classe bourgeoise. ROUSSEAU dit qu'il faut s'en méfier et que le développement des rapports de marché n'est pas une bonne chose, ça paraît beaucoup mieux que l'époque féodale où chacun avait sa place, mais selon lui la société de marché est aussi coercitive.**

ROUSSEAU part de l'idée que les philosophes qui raisonnent à partir de l'Etat de nature sont dans le faux car l'Etat de nature n'existe pas, on n'y a pas accès. On ne peut pas savoir comment c'était car il n'existe plus, et il n'a sans doute jamais existé vu que les hommes naissent en communautés. ROUSSEAU dit que les philosophes comme HOBBS qui se sont représentés un Etat de nature ne pouvaient pas savoir ce qu'il était s'il avait existé. Rousseau dit qu'on ne sait pas si chacun se serait battu avec son prochain. Il pense même qu'il y a de fortes chances que chacun soit bon naturellement et qu'on vive en harmonie avec les autres. Il n'y a aucune raison de croire à cette guerre, la concurrence et le conflit. Les hommes et les théoriciens de la société de nature, parlaient de l'homme sauvage mais en fait c'était l'homme civil. Ils projetaient dans la société de nature les comportements actuels – civils. ROUSSEAU pense que dans l'Etat de nature on vit en autarcie et qu'on a pas besoin de l'autre, donc pas besoin de la concurrence, de la guerre. La concurrence et la guerre sont des maladies que la société a créées. ROUSSEAU déplore que nous soyons incapables de nous représenter des rapports avec autrui autrement que comme un obstacle à la réalisation de nos fins. Nous ne jalouons pas les autres, parce qu'au fond on est chacun autonome et Rousseau distingue à cet égard l'amour de soi – celui des hommes dans la société de nature, où chacun recherche son épanouissement personnel – et l'amour propre – dans la société où chacun recherche la reconnaissance et les compliments d'autrui.

ROUSSEAU dit que la maxime qui devrait nous guider est la suivante : « fais ton bien avec le moins de mal à autrui qu'il n'est possible ». On pourrait penser que c'est banal et tout à fait conforme avec la société capitaliste – il n'y a pas de raison rationnelle de vouloir le malheur d'autrui -. Mais en fait, Rousseau dit plus que cela... **Il dit que nous ne devons pas vouloir rechercher à tout prix notre propre intérêt**. Ceci est très fort différent. Même si on ne poursuit que notre propre bien,

sans rechercher le malheur d'autrui, on cause dommage à autrui et par conséquent, on doit éviter de rechercher son propre bien sans vouloir en même temps le bien d'autrui.

Ex : le contrat. Quand on passe un contrat, chacun recherche son propre bien. On ne veut pas causer dommage à l'autre en passant ce contrat. J'échange mes pommes contre ses oranges. Chacun gagne : win-win. Car le contrat est voulu par les deux, il sert l'intérêt mutuel des parties. ROUSSEAU remet en cause cette version idéalisée des rapports du marché en disant que même si chacun voit sa situation améliorée après le contrat, chacun a voulu obtenir le plus et céder le moins. Chacun a voulu des termes de l'échange les plus favorables possibles. Chacun a préféré céder le moins de fruits possibles contre les autres. Il est faux de penser qu'en cherchant son intérêt, on ne nuit pas à autrui, car on souhaite contraindre l'autre dans l'échange qui pour lui est le moins avantageux. Par conséquent, une société fondée sur le commerce et l'échange et une société dans laquelle en recherchant son intérêt, chacun cherche à ce que la situation de l'autre soit la plus défavorable vu que dès lors la mienne sera la plus favorable.

ROUSSEAU nous dit que la source de l'inégalité parmi les hommes est que dans une société développée, nous sommes dans des rapports de dépendance mutuelle (je sais faire du pain, lui il sait faire du vin, etc.) et donc nous avons le pouvoir de nous contraindre les uns les autres. Le cordonnier pourra me refuser les chaussures si je ne lui échange pas assez de pain. Certains y gagnent plus que d'autre en fonction des termes de l'échange. Certains « perdent » d'une certaine manière dans certains contrats car ça aurait pu être mieux. ROUSSEAU dit donc que la servitude résulte de l'absence de choix véritable. La société féodale était une société de servitude (chacun sa place). Mais dans la société d'échange, il y a aussi une servitude : nous dépendons d'autrui pour ce que nous avons besoin. Or dans la société de nature de ROUSSEAU, chacun étant autarcique, il n'y a pas de rapport de dépendance et donc pas de rapports de pouvoir dans la société de nature.

ROUSSEAU refuse de considérer que les résultats de ces rapports sont justes simplement parce que les termes du contrats sont dictés par un mécanisme aveugle : les règles du marché. Le contrat entre le cordonnier et le boulanger est dicté par les valeurs marchandes : il faut 10 pains pour sa paire de chaussure. Si maintenant les cordonniers sont très rares, le cours de la chaussure va monter par rapport au pain et il faudra peut être 20 pains pour avoir les chaussures. La quantité de travail que le boulanger doit mettre pour obtenir les chaussures est donc plus ou moins grande. Mécanisme de l'offre et la demande. Ce n'est pas parce que ce mécanisme n'est manipulé par personne et est aveugle, que la solution est nécessairement juste. ROUSSEAU dénonce l'injustice des rapports sociaux où chacun tente d'obtenir d'autrui les termes les plus favorables dans l'échange, alors que les valeurs respectives des biens échangés sont déterminés par les règles du marché.

La critique est radicale par ROUSSEAU. Il refuse d'idéaliser les rapports de marché et ne pense pas qu'il y ait de véritable émancipation de l'individu. Auparavant, on exerçait sa force, maintenant on l'utilise par la contrainte via l'échange.

ROUSSEAU dit encore que le contrat social est au fond un pacte léonin (une des parties est excessivement favorisée). Il dit que le contrat social est en fait est voulu par les riches qu'il avantage, et imposé aux pauvres qui en sont les victimes. Au fond, ce sont les riches qui ont à perdre le plus dans la situation où il n'y aurait pas d'autorité établie, ils ont donc intérêt dans un Etat capable de protéger la propriété. Il est proposé par les riches aux pauvres que ces derniers n'ont pas d'autre choix d'accepter. Il dénonce donc ce pacte social. « *Donnez moi ce qui vous restes pour que je vous commande* ».

Ce travail de ROUSSEAU se prolonge dans un texte écrit en 1755 pour ses amis DIDEROT et D'ALEMBERT. Son sujet est l'économie politique (à l'époque, différente d'aujourd'hui) c'est à dire l'art de gouverner – science de l'Etat. Dans cet article, ROUSSEAU pose pour la première fois de façon explicite la question qui va l'obséder : la question de la volonté générale. Pour bien gouverner l'Etat, les gouvernants doivent avoir en vue la réalisation de l'intérêt général et non pas leurs intérêts propres. La difficulté est de définir ce que sera cette volonté générale. Comment en donner une définition non contestée ? On verra plus tard.

ROUSSEAU constate que les citoyens ont le souci de la volonté générale mais aussi le souci d'intérêts particuliers, car ils appartiennent à telle classe sociale, à telle région, à tel métier, famille, etc. ROUSSEAU craint la concurrence de ces intérêts contre l'intérêt général. Comment amener les citoyens à se rapporter à l'intérêt général si ils attachent plus d'importance à leur qualité de Parisien ou de cordonnier ? ROUSSEAU dit que pour y arriver, on va égaliser les rapports entre citoyens (car les pauvres ont les intérêts opposés aux riches) et les statuts entre les différentes professions. Il faut également éduquer les enfants dès leur plus jeune âge. Il faut retirer les enfants de leur famille pour que leur éducation fasse d'eux de parfaits citoyens et qu'ils ne soient pas pervertis par les autres membres de la famille. On fait primer l'intérêt général. Voilà une théorie du marché qui se combine avec une théorie de l'Etat.

Il dit qu'une société est fondée sur l'échange commercial. Une société de marché est celle dans laquelle chacun cherchant son propre intérêt, recherche le malheur d'autrui (=/= vouloir le malheur d'autrui). Plus le contrat m'est favorable, plus il sera défavorable à mon cocontractant. Une société marchande n'est donc pas une société harmonieuse et où le conflit devient un mode de rapports sociaux à cause de la concurrence. Les inégalités croissent et naissent des différences entre classes dominantes et dominées. Les factions entre groupes aux intérêts opposés vont se développer. Il deviendra trop difficile à chacun de se vivre comme citoyen de l'Etat et pour l'intérêt général plutôt que comme telle personne vivant à Paris, étant cordonnier.

Conséquence, ROUSSEAU refuse un Etat qui définisse son objectif comme étant de réaliser la société de marché. (> HOBBS et LOCKE). Mais comment alors définir l'intérêt général, si ce n'est pas par le bon fonctionnement de l'économie de marché ? Quel doit être le projet de l'Etat ? ROUSSEAU n'a pas de réponse convaincante. Sa réponse est de dire qu'il est vrai qu'on ne peut pas dégager de volonté générale en réunissant tous les gens car c'est devenu trop grand. La démocratie est plus facile dans les petites républiques que dans les grandes nations. Définir l'intérêt général par la délibération est donc en soi impossible car trop d'opinions différentes. On doit donc accepter que le souverain – l'assemblée législative – cherche à proposer ce qu'est l'intérêt général par des lois adoptées dont on va tester les réactions dans la société. On ne pourrait dégager l'intérêt général qu'empiriquement et progressivement. On l'approcherait petit à petit. Si on adopte une loi qui suscite beaucoup de réactions négatives, c'est qu'on a mal anticipé les réactions et qu'on s'est trompé, la population ne se reconnaît pas dans cette définition proposée de l'intérêt général.

Dans cette difficulté majeure qu'affronte ROUSSEAU, se joue ce qui est caractéristique du débat de tout ce cours : comment fonder la légitimité de l'Etat ?

Il est facile de justifier une action de l'Etat si, comme l'UE, on a un projet économique. ROUSSEAU estime que c'est dangereux et qu'il faut un projet politique, mais il n'arrive pas très bien à le définir. Une définition non économique de l'intérêt général sera souvent critiquée et rejetée.

Il y a une question du rôle des droits de l'homme là dedans. Les droits de l'homme ont joué un rôle très différent dans la révolution française d'une part, et la révolution américaine d'autre part. ROUSSEAU correspond à la France. LOCKE aux Etats-Unis. Les droits de l'homme sont là, dans la Révolution Française, pour légitimer l'action des révolutionnaires Français. On doit abolir les privilèges de l'aristocratie, supprimer la société féodale, et construire une société nouvelle sur la base des droits de l'homme à partir de l'idée que tous sont libres et égaux. Ceci expliquera que les droits de l'homme étaient non pas un obstacle imposé au législateur, mais au contraire la source au pouvoir absolu que le législateur a pu exercer après révolution. On considérerait inconcevable un contrôle de constitutionnalité des lois à cette époque. La volonté générale était toute puissante.

Aux USA, les droits de l'homme ont été utilisés en sens inverse. Ils ont été utilisés pour s'opposer à l'Etat et non pas pour le légitimer. Le pouvoir du législateur lui est délégué sous certaines conditions, il doit respecter les droits qui précèdent à l'institution du pouvoir politique. C'est une sorte de bouclier contre les lois. Ce système annule au fond le pouvoir politique. Système de check and balances d'un pouvoir qui va rendre difficile la poursuite du législateur. Et un système

fédéral qui introduit un pouvoir entre fédéral et fédéré. Les droits de l'homme ont une fonction qui est inversée de celle qu'ils ont eue durant la Révolution Française.

Autonomie publique : Etat maître de son développement historique

Autonomie privée : garantit à l'individu la liberté de faire des choix, notamment dans la vie économique.

La pensée libérale est prise dans une tension entre ces deux autonomies

II. La logique du libéralisme politique

Hobbes Locke et Rousseau + fonction des droits de l'homme

III. La logique du libéralisme économique

Cours 3

MANDEVILLE (1670-1733) est très intéressant pour comprendre d'où vient la pensée économique libérale. C'est un médecin néerlandais expatrié en Angleterre qui a publié un ouvrage qui a fait scandale : la fable des abeilles. Scandale car il y décrit la manière dont une ruche se développe, produit du miel, à partir de l'intérêt que chaque abeille recherche pour elle-même. Il contraste cette ruche avec une ruche où chaque abeille serait charitable et à l'aide de l'autre. Il constate que la ruche qui marche le mieux est celle où les abeilles sont égoïstes et ça sera là que le miel sera produit dans les plus grandes quantités.

De manière subversive, il fait passer l'idée que la société à tout à gagner dans l'attitude guidée uniquement pas la volonté égoïste de maximiser sa propre situation.

Des personnes vertueuses ne sont pas aussi utiles à la société que les personnes qui ont des vices. C'est un auteur de paradoxe, et aimait bien provoquer ses lecteurs. En réalité, il annonce que l'harmonie sociale, l'intérêt général peuvent résulter de la recherche par chacun de son intérêt particulier. Il est poursuivi en justice pour essayer de condamner son ouvrage. Malgré tout, c'est dans son raisonnement que certaines économistes et notamment Adam SMITH vont s'y intéresser.

La perspective générale de cette fable : le vice est aussi nécessaire dans un Etat florissant au même titre que la faim pour nous obliger à manger.

Les nations opulentes sont celles où les marchands en particulier sont incités à rechercher leur gain le plus grand.

Un de ces auteurs qui parle de MANDEVILLE est Adam SMITH, il commente la fable des abeilles. Il dit que c'est un auteur scandaleux et qu'il faut condamner cet immoralisme, mais il y a peut être un secteur où il n'a peut être pas tort : l'économie. Dès lors, les vices privés peuvent servir le bien public en économie selon SMITH. Il commence à écrire, il est d'abord un philosophe moral. Son premier ouvrage date de 1756 et s'appelle : « la théorie des sentiments moraux ». Il s'y interroge sur ce qui permet de poser des jugements sur la moralité de telle ou telle action. On est tous capables d'évaluer la moralité d'une action car capables d'adopter la position d'un spectateur impartial. On a chacun en nous cette capacité d'atteindre à une objectivité morale. Smith bâtit toute une théorie sur cette capacité des hommes et femmes à avoir une capacité de s'abstraire de la situation pour en avoir un jugement moral et objectif.

Certains auteurs ont vu là un problème, on parle du problème Adam SMITH pour expliquer l'évolution d'un spécialiste de la philosophie morale vers un théoricien du modèle économique.

Entre 1756 (la théorie des sentiments moraux) et 1776 (la richesse des nations, son plus grand ouvrage), il enseigne et montre l'évolution de ses raisonnements dans « Notes from the Lectures on Justice », des notes d'étudiants en fait !

On voit dans ces notes ce qui sert de base à l'écriture de la richesse des nations quelques années plus tard.

Dans ces *lectures*, il part de l'idée que le rôle du gouvernement est de protéger les prérogatives de l'individu. SMITH considère que l'individu a 3 biens : les droits de la personnalité y compris la liberté de commercer échanger vendre, la réputation de l'individu, la propriété et les biens

matériels. SMITH part de l'idée que l'Etat est institué en vue de protéger ces 3 types de prérogatives dans le chef de l'individu.

SMITH y définit le droit de commercer comme le droit pour chacun de faire ce qu'il veut avec ses biens pour autant qu'il n'exerce pas cette liberté de manière à porter atteinte aux intérêts d'autrui. L'Etat doit protéger ce droit de propriété. C'est un droit de l'homme pour SMITH. Quand on porte atteinte à la propriété de quelqu'un, on est dans un état d'empathie, donc SMITH estime que l'Etat doit protéger la propriété.

La protection de la propriété est d'abord instituée pour les plus riches, les possédants. De la même manière que ROUSSEAU, SMITH dit que les lois et le gouvernement sont en fait mis sur pieds par les riches afin d'opprimer les plus pauvres et préserver les inégalités existantes. On protège les riches des pauvres via la propriété et l'intervention de l'Etat dans sa protection.

Ce point de départ est fondé dans sa philosophie morale, ce ne sont pas des droits naturels comme chez Locke, mais ce sont des droits qui malgré tout préexistent à l'Etat.

A partir de ce point de départ, Smith construit un raisonnement qui va l'amener à défendre l'idée d'un système économique « autorégulé ».

Le point de départ est que les libertés économiques (boulot, acheter, vendre, etc.) sont protégées. Chacun fait ce qu'il veut avec ce qui est sien. Il en résulte que va s'installer dans la société une division du travail. Chacun va progressivement se spécialiser dans la production de tels ou tels service ou marchandise, sachant que ce que je ne produis pas je vais l'obtenir d'autrui grâce aux produits que je fais et revends sur le marché. Smith constate (début révolution industrielle) que dans la société industrielle naissante, chacun est de plus en plus spécialisé dans des tâches parcellaires (segmentées, fragmentées). La productivité de tous va augmenter. On est beaucoup plus efficaces en étant « pro » dans ce qu'on fait. Si chacun devait faire ses chaussures, il faudrait beaucoup plus de temps que si un cordonnier le faisait pour tous. La partialisation des tâches dans cette société est donc une source de gain de productivité. Chacun s'interroge sur la manière de mieux effectuer les tâches dans lesquelles il se spécialise. Chacun va chercher à être le plus efficace.

La production globale va augmenter de façon substantielle à travers cette spécialisation du travail de manière que même les plus pauvres seront mieux logés nourris et vêtus que les Princes dans les sociétés sauvages. Les libertés économiques, source de spécialisation de chacun vont permettre d'augmenter la taille du gâteau et donc distribuer des parts plus grandes à chaque ensemble de la société.

Ex : début du travail à la chaîne, chaque ouvrier est spécialisé dans une tâche précise.

Dans ce raisonnement, la nature distributive de la justice qui s'installe dans cette société fait défaut. Smith ne dit pas que cette société est juste ou équitable dans la manière de distribuer les revenus. Smith répond en présentant la non intervention de l'Etat dans les rapports économiques comme étant la meilleure politique économique. Le travail que l'on consent afin d'avoir un revenu a quelque part un prix « naturel » qui lui est attaché. Ce prix naturel, c'est le revenu qui compense l'investissement que l'on a fait. Par exemple Smith dit à des étudiants en droit : « vous passez quelques années en faculté de droit, il y a un risque que vous abandonniez vos études en cours de route, il y a un risque que vous ne pratiquiez aucune profession juridique, mais si jamais plus tard vous pratiquez une profession juridique, vous méritez un juste retour et un juste prix qui revient dû à l'effort qui a été consenti lors de vos études à l'université ». Une société juste est celle qui récompense chacun en fonction du travail investi, récompense à la juste valeur du travail investi.

Le prix payé effectivement sur le marché ne correspond pas toujours à ce prix naturel. Le prix sur le marché est souvent le résultat de l'offre et de la demande. S'il y a trop d'avocats dans la société, trop d'offre pour la demande, les salaires devront baisser et ils seront payés non pas en fonction de leur propre mérite mais en fonction des variations de l'offre et la demande. Conséquences ? Ils changent de métier. Et donc par la suite la courbe de l'offre descendra par rapport à celle de la demande des avocats. Et ainsi de suite vers le juste prix. Il y a une tendance naturelle pour que les prix du marché s'alignent vers le juste prix de chaque service, profession.

Parfois ça sera trop haut, parfois trop bas, mais la tendance est à devenir juste et rejoindre le juste prix.

En définitive, chacun verra son investissement justement récompensé par la récompense que le marché donne à cet investissement. Il faut cependant qu'il y ait un véritable marché, non faussé par des positions dominantes tel qu'un monopole ou un oligopole. SMITH est donc contre toutes ces positions dominantes, il estime que l'Etat a un rôle et que c'est parce que la propriété est garantie par l'Etat que l'on cherche à investir et prospérer. Donc sécurité juridique de la propriété pour obtenir une prospérité.

L'Etat doit en principe laisser le marché s'auto réguler car en effet, l'offre et la demande vont s'auto réguler pour atteindre la juste valeur. Cela présuppose que les agents économiques puissent faire les choix (changer de boulot) pour laisser l'offre et la demande se réorienter.

Au fond, s'installe à partir de la fin du 18^{ème} siècle et la naissance de la société capitaliste, une certaine manière pour le marché de se développer dans la société libérale où l'Etat laisse à la fois les prix se fixer librement mais intervient pour garantir le bon fonctionnement du marché. Les mécanismes à travers elles se constituent ont un impact. Dans la société capitaliste qui naît au début du 19^{ème} siècle, on a un processus dans lequel les détenteurs du capital cherchent à accumuler toujours plus de capital en investissant dans l'acquisition de marchandises qu'ils vont ensuite revendre.

Mécanisme : $A-M-A'$ (argent = A ; marchandise = M ; A' = argent obtenue après avoir vendu M)

$A'-A$ = bénéfice

En raison où toutes les marchandises sont soumises à ce mécanisme d'accumulation (même le travail), dès lors tout devient calculable. Tout est comparable en raison de cette question qui est : qu'est-ce que ça va rapporter si on investit dans telle ou telle marchandise ? Le travail est soumis à un processus d'investissement et vu comme une source de profit. Cette calculabilité universelle aide donc le capitalisme.

3 phénomènes ont été responsables de ce développement :

- la privatisation des terres. Pendant longtemps (Ancien régime), les terres n'étaient pas privées. C'était des terres communales sur lesquelles on pouvait cultiver, détenir du bétail, mais les terres restaient propriété collective. C'est seulement à partir de la fin du 17^{ème}, début 18^{ème} qu'on a (mouvement de *enclosures*) privatisé les terres. Dès lors les fermiers vont devoir aller dans les villes pour travailler comme salariés vu que la terre qu'ils utilisaient ne leur est plus permise.
- Le démantèlement des corps de métiers (corporations qui organisent les professions, etc.) qui réservaient ces professions à des apprentis qui avaient été formés par des « maitres » - pouvoir de cooptation – qui se réservaient un pouvoir, un monopole sur la fabrication de tel ou tel marchandise ou la fourniture de tel ou tel service. La loi le chapelier interdit toute corporation et aboutit à une société où les individus sont atomisés et on interdit les regroupements intermédiaires (les corporations) entre l'individu et l'Etat.
- La mécanisation du travail. Une nouvelle classe sociale naît : les travailleurs salariés urbains, qui seront dans une situation de dépendance envers le détenteur du capital.

Adam SMITH met en avant les deux sources de ces dépendances du travailleur urbain :

- l'interdiction de coalition ouvrières et d'autre part le fait que rien n'interdit les employeurs de se concerter pour fixer des bas salaires tous ensemble.
- La différence entre le détenteur du capital et le travailleur est que le détenteur peut patienter, il n'est pas pressé de conclure, alors que très souvent le travailleur doit trouver un emploi au plus vite à défaut de quoi il ne pourra pas faire vivre sa famille.

A ces deux sources, on peut en ajouter une troisième (selon le professeur) : la valeur qui est produite et qui résulte du travail n'est pas la propriété du travailleur, ça appartient à l'employeur. C'est la conséquence des deux premières. MARX parlait de « l'appropriation de la plus-value par le capital ».

Encore trois conséquences de ce mécanisme A-M-A' :

- 4) Ce qui est marchandisé devient de plus en plus important. Il y a un nombre croissant de services et d'activités qui font l'objet de cette marchandisation. Tout devient prétexte à profit et investissement. Prenons l'exemple courant qu'on paie des personnes pour s'occuper de nos enfants. Auparavant ça n'existait pas. De même, un coiffeur n'a pas toujours existé. Avant c'était fait en famille ou chez les voisins. Avant, les soins de santé peu sophistiqués étaient gratuits. Aujourd'hui, toutes ces activités ont été marchandisées.
- 5) Des économistes considèrent que la croissance économique est en partie due à cela, vu qu'on intègre toujours des nouveaux éléments dans cette marchandisation sans limite. Gary BECKER parle de la marchandisation de phénomènes comme l'adoption, le don d'organe, etc. Ce sont des phénomènes encore saufs, mais menacés d'une marchandisation dans une société qui transforme tout en marchandise car le capital a besoin de s'investir et fructifier à l'infini.
- 6) La fonction disciplinaire du capitalisme. Il y a une obligation pour tous les agents économiques de ne pas commettre d'erreur car ils prennent des risques. On risque son capital en investissant son argent dans telle ou telle entreprise, marchandise, actions, services, etc. Et donc le capitaliste paye cash les erreurs qu'il commet. Ça légitime le tout, car le détenteur du capital prend des risques de perdre sa mise s'il fait de mauvais choix. Cette idée que le capitalisme est un price-taker (dépendant de l'évolution des cours et marchandises dans lesquelles il a investi) légitime grandement cette pensée. Les détenteurs du capital sont en réalité suffisamment puissants dans bien des cas pour fabriquer cette demande, à laquelle ils prétendent ensuite réagir (manipulation des goûts des consommateurs). Les capitalistes sont disciplinés dans le régime de la société capitaliste. Fonction disciplinaire du capitalisme à l'égard aussi bien du détenteur du capital que du travailleur incité à développer une « mentalité acquisitive ».

Les travailleurs cherchent à obtenir le salaire le plus élevé possible. Pour que le système fonctionne, il faudrait que ces personnes veuillent acquérir le salaire le plus possible, on parle de mentalité acquisitive. Hors, en fait, cette mentalité acquisitive ne va pas de soi. Certains travailleurs n'ont pas développé cette mentalité capitaliste et gardaient une mentalité traditionaliste. En agriculture, il y a une période très courte pendant laquelle la récolte doit être faite sinon risque de pourrir. Ils travaillent donc un énorme nombre d'heure pendant cette période. Comment pourraient-ils le faire davantage ? Si on leur offrait plus d'argent pour leur travail, on pense qu'ils iraient plus vite et récolteraient plus. Pourtant, ce n'est pas le cas. Ils n'avaient pas besoin de travailler davantage, ils préféreraient réduire leur temps de travail alors qu'on leur propose un salaire élevé. Ils souhaitent juste le bien de leur famille, ils ne sont pas capitalistes dans l'âme. L'homme ne désire pas par nature gagner de plus en plus d'argent, il désire vivre selon son habitude et gagner autant d'argent nécessaire juste pour cela. C'est une vraie résistance obstinée. Ces travailleurs agricoles n'ont pas encore acquis cette mentalité acquisitive censée être universelle dans ce capitalisme. Si on ne développe pas dans le chef des travailleurs cette mentalité acquisitive, le capitalisme fonctionne mal.

Il y eut un débat en Angleterre en 1835 sur les incitants qui doivent être présents pour que cette fonction disciplinaire puissent s'exercer : du Speenhamland (Poor Law 1795) au Poor Law Amendment Act (1834) – critiques de Thomas MALTHUS et Jeremy BENTHAM.

On compensait le manque de salaire par une sorte d'aide sociale pour garantir que les enfants auraient de quoi se nourrir. Ça s'est rependu à partir de 1795 car une loi généralisait ce système dans toute l'Angleterre et garantissait aux pauvres un revenu minimum en fonction de leurs besoins. Problème : ne vont-ils pas être encouragés à l'oisiveté ? Dès 1795, des voix s'élèvent et estiment qu'on va à la ruine, qu'on incite à la paresse et que c'est contraire à l'idée selon laquelle on doit être sanctionné pour ses erreurs et sa paresse. Parmi les opposants les plus audibles à cette loi sur les pauvres de 1795, il y a Thomas Malthus et Jeremy Bentham. Malthus sort « essai sur les principes de population » et met en avant l'idée que la population croît de manière géométrique,

en passant de deux à quatre, à huit à seize à 32... alors que la production agricole croît seulement de manière arithmétique : de 2 à 4 à 6 à 8 à 10... sans suivre la croissance de la population. Dès lors, il estime qu'on va tout droit vers des famines.

Par ailleurs, il estime que cette loi incite les pauvres à avoir beaucoup d'enfants. Or il pense que justement, s'ils ne savent pas nourrir leurs enfants, autant ne pas en avoir. Il est contre cette loi.

Bentham quant à lui, estimait que le système économique devait être conçu de manière telle que chacun reçoit les sanctions et récompenses devant être attachées à sa conduite. Les entrepreneurs qui inventent, prennent des risques, inventent, etc. doivent être récompensés en gagnant plus. Les fainéants doivent gagner moins. Et donc correction permanente des individus pour ne pas être sanctionnés.

En 1834, en définitive, cette loi est abolie. On l'a limitée aux indigents incapables de travailler. Tous les pauvres capables de travailler étaient obligés de travailler pour obtenir un soutien public.

Se met en place, hormis ce débat, une société qui veut créer un système économique qui permette à chacun de progressivement s'améliorer et apprendre sur la manière d'agir à travers un système d'incitants de sanctions et de récompenses. On peut penser que cette société est autorégulée car si ce mécanisme de sanctions et récompenses fonctionne, il n'y a plus de raison de donner des ordres d'en haut (lois).

Avec le temps, tous les membres de la société auront été éduqués à faire des choix éclairés. Et donc invités au progrès général de la collectivité.

D'un autre côté, cette société autorégulée ne peut pas se passer de l'Etat. L'Etat a un rôle important actif à jouer dans l'éducation des citoyens. Tant au niveau du savoir (mieux formés donc meilleur travail) que du niveau moral et civique (être réfléchi, faire des choix qui puissent être approuvés dans cette société capitaliste naissante, etc.) Si l'Etat n'éduque pas les citoyens, il est considéré comme défaillant.

L'économie politique intervient aussi. Son rôle est triple :

- 4) à mesure que cette mentalité acquisitive se développe (vouloir toujours gagner plus), la démarche de l'économie politique – qui postule qu'un agent économique, l'homo economicus, est toujours rationnel et maximise son profit égoïste – devient de plus en plus plausible. Ce qui était une fiction devient peu à peu une réalité avec les progrès de la société capitaliste.
- 5) Ce que montre l'économie politique est que cette société capitaliste, bien qu'elle repose sur les choix que peuvent faire les individus, est malgré tout une société gouvernable. La liberté individuelle n'implique pas nécessairement l'anarchie et le désordre car cette liberté est guidée par l'éducation que peu à peu les individus reçoivent et qui leurs permettent de faire des choix éclairés et rationnels. Si chacun fait les bons choix (changer de métier quand trop d'offre), la société sera harmonieuse. Possibilité de gouverner au départ de la reconnaissance de la liberté individuelle
- 6) L'économie politique légitime les choix individuels motivés par l'appât du gain. Pendant des siècles, l'attitude égoïste du bourgeois a été dénoncée par les moralistes. C'était réprouvé moralement, on interdisait le prêt à intérêt, etc. Par la suite, ça devient l'attitude recommandable. Une société prospère ne fonctionne pas sur l'altruisme, mais sur la base de la recherche de chacun de son intérêt égoïste. L'action mue par l'intérêt égoïste est légitimée.

C'est très largement la société dans laquelle nous sommes aujourd'hui. Cette idée que l'Etat ne doit pas interférer avec les signaux des prix pratiqués sur le marché. Le théoricien le plus influent sur cette question est Ronald COASE (1910-...). Il a eu le prix Nobel en 1991 pour deux textes : The structure of the Firm (1937) et The problem of the social cost (1961). Ces deux textes ont été repris dans un ouvrage : The firm, the market, the law publié en 1988. Traduit dans l'ouvrage : le coût du droit, Paris, 2000.

On part d'un exemple pour expliquer la logique de sa pensée.

Firme A : pollue mais bénéfice 800

Habitants en B : dommage 1000

Principe du pollueur-payeur ou outil de la négociation

Une firme A cause un dommage à des habitants situés en B évalués à 1000. Imaginons que la société fasse un bénéfice de 800 chaque mois, mais que chaque mois elle provoque cette population 1000 de dommage.

On a le réflexe spontané de dire que celui qui a causé un dommage en raison de son activité, doit compenser ce dommage. C'est le principe du pollueur payeur. Si cette firme doit payer 1000 pour dédommager les habitants de la pollution qu'elle crée, l'ensemble de ses profits ne suffira pas ($1000 > 800$) et donc elle devra fermer car pas assez rentable si elle doit payer la pollution qu'elle cause.

Cette solution ne satisfait pas COASE. Il estime que ce principe du pollueur payeur est « bien » mais pas optimal. Admettons que la firme favorise la prospérité économique de la région, doit-on se contenter de dire qu'elle doit fermer si ses revenus sont inférieurs au dommage qu'elle doit rembourser ?

Il faut aller plus loin. Imaginons qu'elle trouve une technique qui coûte 600 qui permette d'éviter que le dommage – empêcher la pollution – de 1000 soit causé. A ce moment là, ça change déjà, mais Coase estime que ça n'est pas encore la solution parfaite.

Imaginons que les habitants ont une solution qui coûte 300 pour se protéger.

Quelle est la solution la meilleure ? Les habitants en B prennent certaines mesures pour un coût de 300, et la firme verse à ces habitants pour les compenser de cet investissement une certaine somme – entre 300 et 600 - qui évite à la firme par conséquent de devoir payer 1000.

Il va s'entamer une négociation pour trouver cette compensation : $600 > x > 300$.

Tout le monde est gagnant.

Maintenant on va raisonner en partant de l'hypothèse que le droit ne régit pas l'hypothèse du pollueur payeur et ne protège pas les gens pollués. Ils vont payer 300 pour se protéger par eux-mêmes. On aboutit à une solution, dans chaque cas, où les habitants en B prennent des mesures pour se protéger. La seule différence est que dans le premier cas l'entreprise paye, dans le deuxième c'est les habitants qui paient. Mais c'est dans chaque cas la solution la plus efficiente qui prime.

Cela aboutit à l'enseignement du théorème de COASE : si les coûts de transactions sont nuls, l'attribution initiale des droits, combinée avec la libre négociation entre les parties, est sans effet sur l'allocation efficiente des ressources.

Peu importe le système juridique, peu importe comment les droits et obligations sont régis, pourvu qu'on les laisse négocier librement, ils vont découvrir la solution la plus efficiente du point de vue économique, celle qui favorise la croissance économique. Ceci vaut si les coûts de transaction sont nuls (ou réduits).

[05/01/2009]

Coase Ronald.

L'allocation de responsabilités est sans influence sur l'allocation efficace des ressources. Cette proposition va directement à l'encontre de la théorie que met en avant Pigou qui publie **l'économie du bien être**. Les acteurs dont l'activité produit des externalités négatives, une négociation doit pouvoir avoir lieu pour qu'elle puisse apporter la solution la plus efficiente. On respecte deux principes : le principe d'efficacité. La négociation aboutira toujours en tant que moyen pour déterminer là où il vaut le mieux investir. Le principe d'invariance : on aboutit toujours à la même solution sur le terrain quelque soit le régime de la responsabilité en vigueur.

On raisonne dans un univers abstrait, hypothétique. Les couts de transactions valent 0. Dans le monde réel, entrer en négociation coute quelque chose. A partir du travail de Coase, les auteurs inspirés par ce travail se sont divisés sur l'interprétation à donner au problème du cout social. Il faut essayer que le monde réel ressemble au monde fictif où les couts de transactions sont nuls. Il faut créer des marchés pour négocier librement. Politiquement c'est le plus influent. On a développé à partir du protocole de Kyoto, il est libre à chaque Etat de faire usage des ressources le mieux qu'il le peut. Il faut créer des marchés de droit pour aboutir à des solutions les plus efficaces.

Deuxième lecture : les couts de transaction sont inéliminables. Il est utopique d'arriver dans un monde dont les marchés vont fonctionner de manière parfaitement huilé sans cout de transaction et sans entrave. Par conséquent, le système juridique en vigueur doit être conforme à ce qu'exige l'efficacité économique. Il faut que les règles juridiques soient définies comme si elles étaient le résultat du marché.

Le droit doit imiter le marché comme si c'était les solutions auxquelles on aurait aboutis par le mécanisme du marché. Arrêt d'une cour d'appel américaine en 1947 : un bateau était amarré à côté d'autre bateau sur un quai. Un des bateaux se détache et percute les bateaux voisins et causent un dommage. La question posée à la cour était de savoir s'il y avait une responsabilité liée au dommage du propriétaire du bateau qui a causé le dommage. Il vaut comparer l'investissement pour éviter que le dommage ne soit causé : attacher mieux le bateau au quai. Il faut de plus évaluer le dommage entre A et B. si il est grave alors il faut exiger de prendre des mesures de précautions importantes. Il faut tenir compte de trois facteurs :

- Soit on impose de prendre des précautions à B si moins couteux
- Soit on impose de prendre des précautions à A car le dommage est grave
- (?)

Ces réponses sont liées à l'efficacité économique. Le droit doit prévoir les solutions les plus efficaces. Si le droit n'est pas efficace il ne sera pas facile de surmonter.

Quand on lit Coase et qu'on essaye de situer son propre point de vue on peut dire qu'il est entre les deux premières idées.

Ce que dit Coase c'est que certes, il serait souhaitable de réduire les couts de transaction au niveau le plus bas possible, mais dans le monde réel il y aura toujours des couts de transaction positifs. Le droit doit tendre vers les solutions les plus efficaces Il faut tendre vers 1 mais l'univers de couts de transaction nuls

est impossible à atteindre et donc il faut être attentif à ce que les règles juridiques ne soient pas trop contraires à l'efficacité.

Il n'est pas préoccupé par la question de l'équité. Il veut que le droit ne fasse pas trop obstacle à des solutions efficaces. Le droit ne doit pas être anti économique. L'amoralisme de Coase ne répond pas aux questions juridiques. Par exemple, si telle usine pollue l'environnement mais qu'elle crée beaucoup d'emploi alors c'est une bonne chose.

De plus il reconnaît l'importance du droit. Peu importe la solution juridique, si on laisse les parties négocier, elles vont toujours s'accorder sur la solution la plus efficace. Donc puisque le droit importe, il faut qu'il soit conçu de manière à prescrire les solutions les plus efficaces. Ce qui se pose alors est de savoir si ces solutions les plus efficaces sont celles que l'on peut découvrir.

Arrêt de 1928 de la cour suprême des Etats-Unis : dans l'Etat de Virginie, la production de pomme joue un rôle important dans l'économie de l'Etat. Elles étaient menacées par des champignons se trouvant sur le cèdre rouge et migraient vers les vergers de pomme. Ils détruisaient les récoltes. Une loi autorise à réclamer la destruction des cèdres rouge lorsqu'on détermine que vient bien d'eux ce champignon dévastateur.

Qu'est ce que le théorème de Coase peut apporter à cette décision ? On part de l'hypothèse que le propriétaire de cèdre évalue les cèdres à 30 alors que les pommes rapporteront 10. Si le propriétaire des cèdres est riche il pourra payer à A n'importe quel prix pour obtenir la destruction des pommes.

Les pommes produisent les pommes qui se vendent et sont sources de revenus pour l'Etat. Si on fait entrer des valeurs sentimentales et familiales, on est dans un scénario différent. Si on prend la simple valeur économique du cèdre, il ne vaut rien. Par contre les pommes sont économiquement évaluées à 10. Il n'a pas d'autres intérêts que la valeur commerciale des pommes. Il n'y a pas d'intervention de l'affectif.

Etat libéral = en retrait de la vie économique et laisse faire la vie éco. C'est un Etat qui se borne à protéger la sécurité et la vie des citoyens mais il n'intervient pas dans le domaine économique. La société est autonome, auto régulée. C'est le type d'Etat que Locke considère comme le mieux notamment par le fait de protéger les droits des individus sans faire davantage.

Etat économique (néo libéral) = intervention destinée à créer des conditions de marché. Défendu par Hobbes et Smith. Lecture 1 et 2 de Coase. Coase préconise un Etat économique qui prône la création de marché de droit. Il veut un Etat actif qui crée des marchés efficaces.

Fonctions de l'Etat économique :

Education civique et morale en vue de garantir la fonction disciplinaire du capitalisme. Préservation de la concurrence. Intervention contre les « market failures ».

Etat politique = but différent que de construire une économie efficace. Il faut des moyens pour que le moyen fonctionne bien. C'est un instrument n'est pas une fin en soi. Rousseau a beaucoup de mal car il pense qu'une fois qu'on quitte l'Etat libéral, comment fonder un Etat efficace puisque ça ne correspond pas.

Quand la cour constitutionnelle doit juger si l'intérêt général a été respecté, c'est une question très difficile. C'est la raison de l'attrait qu'à l'Etat économique.

III – L'idée de l'Etat providence aux Etats-Unis

Pendant 50 ans, air Lochner : incite les juridictions américaines à faire obstacle à toute législation annonciatrice de l'Etat providence.

Les Federalist Papers :

Déclaration d'indépendance de 1776. Ce sont des Etats au départ séparés les uns des autres. 13 Etats qui proclament leur indépendance. Ils ne sont pas fusionnés dans une union. En mai 1787, se réunit une assemblée constituante, convention de Philadelphie qui adopte un projet de Constitution. Il doit être ratifié par 9 des 13 Etats. James Madison, Alexander Hamilton et John Jay travaillent ensemble. C'est une présentation systématique de la philosophie politique. Ils partaient du constat qu'il fallait éviter de tomber dans les travers des démocraties directes.

Ils disent qu'il faut un mécanisme de représentation qu'ils appellent la République. Cela permet d'éviter de perdre de vue l'intérêt général. La grande crainte de Madison est qu'au fond, le pouvoir de gouvernement soit accaparé par une faction politique déterminée. Plusieurs factions sont source d'instabilité. Les factions sont dangereuses parce qu'elle ne conduise par la République à protéger l'intérêt général. Le défi que se donne les auteurs du federalist se donnent un système démocratique mais qui évite la prise de pouvoir par des factions, des groupements qui perdent de vue la nécessité de poursuivre l'intérêt général. On peut éviter que les citoyens s'organisent en factions.

Pour éviter que les factions perturbent la vie politique il faut s'assurer que tout le monde ait la même conception de l'intérêt général. Rousseau se demandait comment la volonté générale pouvait émerger d'un exercice auto démocratique. Il faut, dit-il, éduquer les citoyens. Ils doivent avant tout penser au pays. Le but est d'éradiquer les différences.

Si on veut garantir une prospérité économique, il faut accepter les différences. Les factions peuvent donc faire partie de la vie politique des Etats-Unis.

La solution sera donc de créer des gardes fous. On va éviter que les factions abusent de leur pouvoir. On va mettre sur pied un système à trois composantes. Un système fédéral qui garantit les pouvoirs des Etats fédérés, deuxièmement un équilibre entre les pouvoirs et troisièmement, un système dans lequel le législateur sera contrôlé afin qu'il protège bien l'intérêt général. Le législateur doit être aussi impartial que le juge. Il a été élu pour promouvoir une vision de l'intérêt général.

Dans la constitution adoptée en 1787 au terme de la convention de Philadelphie, il n'y avait pas de catalogues de droit. Car les pouvoirs de l'Etat fédéral étaient limités et donc pas de risque d'excès de pouvoir qui pourrait porter atteinte aux droits fondamentaux des individus. Dans le système américain, le peuple est souverain. De lui émane tous les pouvoirs. Cette souveraineté n'est exercée par personne en particulier. Le peuple est une sorte d'abstraction. Si l'on avait la souveraineté populaire incarnée par un seul organe alors il y a un risque que cette assemblée fasse ce qu'elle souhaite faire sans pouvoir être contrôlée. Ce système est une manière de neutraliser la souveraineté populaire.

Ce mécanisme représentatif signifie qu'on opère une distinction de l'intérêt général à travers une représentation publique. La philosophie républicaine est une philosophie délibérative. Le pouvoir est introuvable comme l'intérêt général est introuvable. Il est un processus de procédure qui fait intervenir une série d'acteurs verticalement et horizontalement se contrôlent les uns et les autres. Chaque fois que l'on veut transformer la société on se voit apposer un contre poids.

Fonction du juge dans ce système :

Le juge est un contre pouvoir. Article de Madison qui dit que le juge doit pouvoir déclarer les actes législatifs contraires à la Constitution. Cela prouve que le législateur n'incarne pas à lui seul la souveraineté du peuple. C'est un juge qui a un rôle important de contre pouvoir. Le juge doit pouvoir écarter la loi prise en violation de la Constitution.

Les droits énumérés dans le Bill of rights ne s'appliquent qu'à l'Etat qui établit le Bill of rights sauf l'article 14.

Arrêt Slaughterhouse Cases : la ville de nouvelle Orléans avait sur son territoire un ensemble d'abattoirs qui lorsqu'ils avaient terminés de traiter les bêtes, les

jetait à l'embouchure du Mississippi qui se trouvait dans la ville. La décision est prise d'interdire aux abattoirs de fonctionner sauf pour l'objet d'entre eux qui vont faire l'objet de contrôle. Cette législation est contestée par les abattoirs qui ont perdus leur source de revenus. Campbell va dire que le 14^{ème} amendement interdit ce genre de législation. Le législateur qui réserve le monopole à certaines entreprises viole le droit au travail, le droit d'exercer une activité économique. Campbell n'est pas suivis par la Cour. Elle dit que 14^{ème} amendement protège contre la discrimination raciale on ne peut y voir une liberté de poursuivre les activités économiques. La cour suprême n'est pas unanime. Deux juges se dissocient. Ils disent que le 13^{ème} amendement est violé par cette législation car en fait en privant certaines personnes de conduire telles ou telles activités économiques, on bride ses personnes à une forme d'esclavage. Le juge dit que le 14^{ème} amendement est aussi violé car il ne protège toute personne dans l'exercice d'une activité économique.

De plus, il y a le droit de disposer de soi-même en choisissant d'exercer telle ou telle activité économique. Phil dit que c'est ce droit là qui est retenu dans le 14^{ème} amendement.

[12/02/2009]

L'Etat providence aux Etats-Unis

Slaughterhouse Cases (1873) : Position de la Cour suprême.

Arrêt « In re Jacobs » interdisant de fabriquer des cigares et cigarettes dans des immeubles résidentiels. La raison invoquée était la protection contre les odeurs. La vraie raison néanmoins était que l'environnement est très vicié donc nuisible à leur santé (plafonds bas).

On estime que la cour d'appel a porté atteinte au droit de propriété en interdisant ces ouvriers de travailler. La cour estime que les pouvoirs de police sont limités par *sic utere tuo, ut alienum non laedas* (utilise ce qui est tien de manière à ne pas causer dommage à autrui). Tant que chacun fait de son droit un usage conforme à son intérêt, le législateur n'a pas à intervenir pour par exemple interdire à quelqu'un de recruter des ouvriers pour travailler dans l'industrie du tabac dans des immeubles résidentiels.

Il produit du tabac là car c'est là que ça lui est le plus favorable, et non pas pour nuire aux tiers. Cette théorie qui permet de fonder dans le droit de propriété garanti dans la Constitution et dans cette idée de liberté, va finalement convaincre la Cour Suprême. Lochner vs. New York (1905) donne le ton.

Joseph Lochner avait fait travailler ses ouvriers davantage que le nombre d'heures et jours imposés par la loi dans sa boulangerie. Il était poursuivi pour ne pas avoir respecté cela. La Cour Suprême estime que la législation de NY viole les droits constitutionnels de Lochner, car le législateur n'a pas à intervenir dans un contrat librement conclu entre les employés de J. Lochner et ces employés.

Chacune de ces parties a le droit d'exercer ses libertés contractuelles comme bon leurs semble. Inacceptable parce que paternaliste. Ces pouvoirs de police ne peuvent être exercés qu'en vue de l'intérêt général et non pas pour venir au secours de telle ou telle partie. Le législateur outrepassé les pouvoirs qui lui sont attribués. « Nul n'affirme que les boulangers comme catégorie ne seraient pas autant capables que les autres, donc ils peuvent décider eux mêmes quelles sont les conditions acceptables pour être employés ».

Cette jurisprudence s'inscrit à un moment clé de l'histoire constitutionnelle américaine. « La question est ici de savoir quel est celui des deux pouvoirs qui est le plus important dans une balance des intérêts. Est-ce l'intérêt de l'Etat à légiférer, ou l'intérêt de l'individu à ce que sa garantie constitutionnelle soit respectée ».

Il y a néanmoins une opinion dissidente rendue par Wendell Holmes (1841-1935) qui est un des plus grands juristes de tous les temps. Il était membre du réalisme juridique américain. Son opinion dissidente dit que la majorité tranche l'affaire qui lui est soumise au départ d'une doctrine économique, et par conséquent elle prend partie dans une querelle idéologique en faveur du libéralisme idéologique. Holmes estime que ça n'est pas le rôle de la cour de prendre parti dans des querelles d'économistes, et pas substituer son jugement à celui qu'a fait le législateur. Holmes estime que la Cour a cédé à une mode intellectuelle qui est celle du libéralisme économique au lieu de conserver une attitude neutre et objective conforme à ce qu'exige la séparation des pouvoirs.

Adair vs. USA (1908) concerne une législation qui interdit toute discrimination entre employés sur base de leur affiliation syndicale. Adair est employeur dans le secteur des chemins de fer et avait érigé en condition pour être employé est qu'il ne fallait pas être syndiqué. La cour estime que l'employé était libre de postuler ou non à cet emploi car connaissait les conditions (Ne pas être syndiqué) ; ils savent ce qu'ils font en recherchant un emploi chez les chemins de fer. Cet arrêt de 1908 montre la parfaite symétrie des uns et des autres dans le contrat de travail. La Cour dit que « le droit de tout individu de vendre sa force de travail aux conditions qu'il estime acceptables est identique en substance au droit de tout employeur d'acquiescer la force de travail aux conditions auxquelles il détermine ».

La troisième affaire qui continue cette idée est Adkins vs. Children's Hospital en 1923. (Voir slides). Il montre combien les raisonnements judiciaires sont dépendants de certains raisonnements économiques, et montre aussi combien les juristes sont en retard par rapport à la science économique.

L'interprétation classique : Benjamin Twiss (1942) ou Clyde Jacobs (1954)

La jurisprudence Lochner est partisane. Elle favorise la classe des propriétaires et fait obstacle aux législations protectrices et redistributrices. En substance, les juridictions américaines auraient voulu délibérément aider les classes plus défavorisées mais qui n'est que la traduction du libéralisme économique. Il y aurait eu une alliance entre les juges et une certaine élite du barreau pour faire obstacle à l'adoption de ces législations annonciatrices de l'Etat providence.

Il y a des décisions qui mettent en cause les conditions que certaines professions libérales mettent à l'accès à la profession. Monopoles donc entrave à la liberté économique, ces arrêts sont progressistes puisqu'ils mettent en cause des privilèges existants et détruisent des monopoles parfois établis par le législateur.

Cette lecture classique de Lochner (conspiration de classes) est un peu anachronique. Ils se situent après l'Etat providence.

Ernst Freund dit que les juridictions américaines recouraient déjà à (...)

Contexte doctrinal de l'époque pour comprendre :

Thomas Cooley, 1868 : traité sur les limites constitutionnelles. C'est le premier traité à proposer une lecture du 14^{ème} amendement et les limites qui s'imposent au législateur dans le système américain. Cet auteur va être republié 17 fois entre 1868 et 1900, son ouvrage sera cité de nombreuses fois par les juridictions. A son tour il cite lui même la jurisprudence dans ses ouvrages et ainsi de suite. La doctrine et la jurisprudence se sont radicalisées à cause de ce cycle.

Selon lui, l'Etat doit être neutre et ne doit pas prendre partie entre les factions qui se disputent le pouvoir d'Etat. Il doit agir uniquement en vue du bien commun. La notion de Commonwealth occupe une place énorme. **Le législateur est suspecté de parti pris dès lors qu'il n'est pas capable de justifier ses législations avec l'intérêt général. L'Etat ne peut pas faire n'importe quoi, il doit œuvrer pour l'intérêt général, mais cela signifie qu'il doit mettre en cause les monopoles et privilèges et garantir à tous une égalité des chances dans l'accès à la prospérité économique.** C'est une lecture humaniste et conforme aux federalist papers qui déjà mettaient en avant cette idée du Commonwealth et que le législateur doit en fait être aussi impartial qu'un juge.

Christopher Tiedeman s'inscrit dans la même philosophie. Il a écrit un traité en 1886 sur les limites du pouvoir de police du législateur. Il y défend sa conception du juge dans la société américaine : le juge est là pour s'assurer que le législateur demeure bien dans les bornes qui lui sont imposées lorsque des pouvoirs lui sont attribués. Le juge doit veiller à ce que le législateur respecte son mandat. Pour cela, le juge doit être à l'écoute de l'opinion publique et traduire les valeurs dominantes. Notre époque est une époque où la liberté économique et contractuelle a la faveur du public donc c'est bon.

Voir tableau slides qui resitue la complexité de ce qui se joue.

La jurisprudence constitutionnelle est devenue plus attentive à la proportionnalité employée par le législateur. On est passé à un raisonnement moins formaliste et où la proportionnalité a joué un rôle important. Le législateur ne peut intervenir que s'il montre que son intervention prône l'intérêt général. Si le législateur dit « nous pensons qu'il faut protéger les femmes » ; « les hommes » ; « les pauvres » ça ne va pas, ce n'est pas la collectivité dans son ensemble. Le critère utilisé dans toute l'ère *Lochner* est celui qui dit que le législateur peut réglementer l'activité économique tant qu'il les empêche de l'exercer en causant un dommage à autrui.

Louis. D. Brandeis (1856-1941)

Visité par une organisation féministe qui lui demandait conseil parce que la législation de l'Etat d'Oregon était mise en cause devant la Cour suprême. Cette législation limitait le travail des femmes dans des emplois pénibles. Elles lui demandent de préparer un texte pour que cette législation soit estimée contraire à la liberté contractuelle. On veut ici limiter le nombre d'heures que les femmes veulent prester.

La cour prend acte de ces avis médicaux que Brandeis propose (au lieu de proposer des avis juridiques). La Cour accepte la législation d'Oregon, mais Brandeis n'avait pas voulu remettre en cause la législation. Il a voulu par contre qu'elle constate la constitutionnalité de la loi d'Oregon comme visant à l'intérêt général. La cour dit que la structure physiologique de la femme et ses fonctions

maternelles la placent dans une situation désavantageuse dans cette lutte qu'est l'existence. Comme les mères en bonne santé sont essentielles pour une descendance vigoureuse. A l'époque c'était une victoire pour les progressistes que la Cour suprême n'invalide pas une loi protégeant les femmes mais le prix est lourd car on réaffirme qu'il n'est pas légitime pour le législateur d'agir pour les femmes.

La cour suprême en 1908 a un raisonnement qui n'est pas purement formaliste et est fondé sur l'idée de raisonnable et proportionnalité qu'il faut que le législateur justifie ces choix en rapportant ceux-ci à l'intérêt général. On s'inspire souvent des statistiques étrangères.

L'énigme qui subsiste est de savoir pourquoi ce qui est naturel et le choix des agents économiques sur le marché est considéré comme juste, et pourquoi l'Etat est considéré comme neutre s'il n'intervient pas dans le marché ?

Dans tous ces arrêts, l'Etat doit justifier son intervention, mais pas son refus d'intervenir dans le marché. Pour comprendre cela, il faut s'interroger sur la situation économique et politique de l'époque. Les sciences humaines et sociales n'étaient pas très strictement séparées les unes des autres. Le droit, la philosophie, l'économie étaient des disciplines employées par les mêmes personnes. Les revues de sciences humaines avaient des articles de ces différentes disciplines. C'est seulement à partir de 1890 qu'on a vu émerger des revues spécialisées d'économie. En 1920 et 1930, les économistes ont développé des thèses que les juristes n'ont pu utiliser dans leur raisonnement. Pendant le 1^{er} tiers du XX^{ème} siècle, la science économique à laquelle les juristes se réfèrent est celle d'avant 1890, ils sont dépassés. Les juristes étaient restés à des idées très classiques et peu subtiles de l'économie.

Ca expliquera sans doute certains raisonnements très simplistes sur l'économie que les juridictions ont pu tenir à l'époque.

Le marché et le système économique sont régis par des lois naturelles, comme le monde physique. Par conséquent, l'Etat doit respecter ces mécanismes. En étant passif, l'Etat ne peut rien se voir reprocher.

Darwin s'inscrit dans un courant appelé des évolutionnistes.

Lamarck disait que les espèces ont évolué en allant toujours vers des transformations par lesquelles elles se complexifient. C'est une évolution qui est progressive vers davantage de complexité. Il défendait un évolutionnisme transformisme. Les girafes ont un long cou car elles tendent le cou toujours pour avoir les feuilles élevées dans l'arbre. La fonction crée l'organe. Les cous deviennent plus longs avec les générations. L'évolution a une fin (un but).

Lorsque les circonstances interviennent, ça peut accélérer, ralentir cette évolution qui a un sens précis.

Darwin dit qu'il n'y a pas de nécessité dans l'évolution, il n'y a que du hasard.

Selon Darwin, les girafes ont un long cou par hasard, par mutation génétique. Les espèces varient de façon très minime l'une par rapport à l'autre. Sur 15 girafes, 2 en auront un, un peu plus long. Mais dans le long terme, certaines seront plus prospères, auront une descendance plus nombreuse parce que l'environnement (les circonstances) récompensent les qualités que ces girafes ont.

Pour Darwin, l'évolution est insensée. C'est aveugle et tient au hasard. L'environnement sélectionne. Si l'environnement eut été différent, ce sont les girafes aux longs cous qui auraient disparu. Et les plus basses auraient survécu. La chance guide l'évolution, plutôt que la nécessité.

Darwin nous intéresse parce que son œuvre est applicable aux rapports entre les hommes. Il faut citer Herbert Spencer (1905, arrêt Lochner dans l'opinion dissidente) qui en 1855 avait publié des principes de psychologie. Il disait que ce que Darwin avait vu dans les espèces était valable pour l'espèce humaine. Le Darwinisme social est sa création. Darwin était opposé et s'offusquait qu'on utilise son œuvre pour le social. Il faut faire dans la société humaine émerger les plus aptes grâce à la concurrence et c'est donc dans l'intérêt de la société dans son ensemble car ce sont eux qui vont survivre et prospérer. La société y gagnera en vigueur. Ils étaient révolutionnaires à l'époque.

Le gouvernement n'est pas là pour réguler le commerce ni éduquer les gens, ou encore enseigner la religion ou faire des routes et chemins de fer. Il est là pour garantir les droits naturels des individus : les droits de la personne et la propriété d'éviter les agressions les uns des autres et garantir la justice. L'Etat est minimal et gendarme. Les lois qui protègent les plus pauvres sont anti économiques et retardent le moment inévitable où les moins productifs d'entre nous vont devoir s'adapter (devenir plus productif) ou mourir. Les sociétés humaines sont en concurrence les unes avec les autres. Une société qui protège les faibles par charité, est une société qui sera moins compétitive par rapport à d'autres et donc risque de disparaître.

Les contraintes qu'exerce le marché sur l'individu sont anonymes, impersonnelles. Pour Spencer, l'Etat providence, c'est la collectivité qui impose sa volonté aux individus. Quand on taxe les individus, on oblige l'individu à travailler pour l'Etat et non pas pour lui même, c'est donc une grave atteinte à la liberté individuelle.

Les Darwinistes sociaux sont pourtant à deux égards contradictoires. 1^{er} argument : le Darwinisme social assimile par définition la société à la nature. Les arbres ont des feuilles trop élevées pour les girafes aux cous pas assez longs, le

marché est un artifice et une institution sociale, c'est à nous de le transformer et en définir le contenu et la forme. On ne peut pas dire que le marché c'est comme la nature. 2^{ème} erreur logique : au fond, ils partent de l'idée qu'il faut dans les sociétés humaines, comme dans la nature, avoir le courage d'effectuer une sélection naturelle et disent que c'est juste et équitable. Ils déduisent une proposition éthique d'un constat factuel. Or ce sont deux ordres de discours différents. On ne peut pas déduire une proposition morale d'un postulat factuel.

Sans Spencer, Lochner n'aurait pu émerger. Holmes avait vu juste (selon le prof).

Introduction sur la manière dont ce marché autorégulé se développe à l'abri de la jurisprudence Lochner va être progressivement mis en cause.

Contexte : la vague moderniste. Pendant des siècles, on a raisonné en géométrie à partir de quelques postulats de base qu'un géomètre grec avait dégagé (Euclide).

Ces postulats ont joué un tel rôle que dans un auteur comme Kant, les axiomes d'Euclide (deux parallèles ne se rejoignent jamais, etc.). Kant dit qu'on ne peut penser l'espace sans ces éléments là. Les éléments géométriques sont des positions apolitiques et ne sont pas des jugements empiriques ou des expériences. Ce sont des postulats sans lesquels on ne peut pas penser. Ce qui est typique de ce genre d'attitude est qu'on accepte que les objets n'existent qu'à travers la représentation qu'on s'en fait. L'objet n'apparaît qu'à travers nos chaînes de pensée. Mais la pensée elle même répond à des lois naturelles. C'est cette idée là que les géomètres et physiciens vont remettre en cause à la fin du 19^{ème} siècle.

Riemann a développé la géométrie non euclidienne. Elle remet en cause les axiomes d'Euclide. Il dit qu'il y a d'autres espaces possibles, dans lesquels les parallèles se croisent par exemple. Une sphère est l'espace non euclidien le plus simple. Révolution de la pensée qui a incité dans d'autres disciplines à remettre en cause les valeurs en vigueur.

Einstein, en 1915, développe l'idée qu'à partir de la géométrie non euclidienne, on peut mieux prédire les mouvements des astres qu'avec les outils de la géométrie euclidienne. Il valide l'utilité des géométries non euclidiennes. Riemann nous invite à penser des systèmes plus utiles. Si on change les axiomes et qu'on rechange les fondements à partir desquels on raisonne, Riemann l'a fait en géométrie, et Einstein en physique, d'autres vont le faire dans les arts, en droits, en économie, en science politique. C'est ça le courant moderniste. On va remettre en cause le dogme du marché auto-régulateur. Ce dogme développe certains postulats qu'il présente comme naturels mais en fait d'autres modèles peuvent être examinés.

[19/02/2009]

On remet en cause les systèmes classiques de pensée qui peut-être vont mieux fonctionner. Dans le domaine de la géométrie et de la physique, on remet en cause les axiomes qui avaient toujours caractérisé nos modes de penser. Cette évolution ne s'est pas limitée à ces domaines mais à aussi traverser les sciences humaines.

La contre offensive pragmatiste

De cette tendance nouvelle de la pensée, à émerger en philosophie un mouvement pragmatiste. Le pragmatisme n'est pas une doctrine, un système de pensée. C'est surtout une manière de réfléchir, c'est une attitude. Pour le faire comprendre, il faut rappeler à partir de quoi il a émergé.

Deux influences ont principalement conduit à l'émergence du pragmatisme. Premièrement, le darwinisme. Pour lui l'évolution est le produit non pas de la nécessité, de la progression des espèces vers une fin déterminée mais celui de la chance, de la rencontre de certains patrimoines génétiques. Par exemple, la prolifération des girafes à long cou. L'évolution est le résultat de la chance et dépend des circonstances.

Si on transpose cela à la vie des idées ?

Nos conceptions évoluent et ce n'est pas toujours une progression vers un mieux. Ça dépend dont les idées sont accueillies dans l'environnement dont elles émergent. La meilleure explication pour tel ou tel phénomène est simplement un accord provisoire qui nous paraît déterminant, constituer la vérité. Une idée n'est pas vraie de manière absolue. On doit être prêt à réviser cette idée, à la remettre en cause.

La théorie de la probabilité va engendrer une nouvelle manière de gouverner à partir des grands nombre. C'est la science qui permet de gouverner l'Etat. Ex : circulation de la monnaie, santé publique, etc. il est nécessaire de se fonder sur la régularité statistique. On ne sait pas si tel ou tel sera touché par la grippe mais on sait que sur 10 millions il y en aura 6000.

Dans l'œuvre de Quételet, on retrouve la conception de l'homme moyen. Il a le comportement médian de l'homme moyen. Ceci aura une influence sur les juristes lorsque que va émerger le comportement de l'homme raisonnablement prudent et diligent, on parle de l'homme moyen.

Charles Sanders Peirce

La moyenne de nos approximations nous permet de converger vers une vérité provisoire. La vérité est le fruit d'une démarche collective. Les erreurs des uns corrigent celles des autres. Cette manière d'approcher la vérité est faite de manière dogmatique.

Procès Howland : veuve qui avait 20 millions de dollars et qui avait fait un testament auquel un autre testament à succéder. En annexe du premier testament, elle écrivait que tout testament qui suivrait serait nul et non advenu. La personne visée par le premier invoque cette annexe. L'annexe est-elle authentique. Il était bien signé de la main de la défunte. Pour savoir, ils ont comparé un certain nombre de signatures et une signature moyenne se dégageait. La signature de l'annexe était très éloignée de la signature modèle. La science statistique à une démarche semblable par rapport à la signature que les Peirce ont analysée.

En comparant, les théories de manière statistique permettent d'aboutir à la vérité. Cela reste hypothétique et instrumental. Cela ne reste que des hypothèses que l'on doit tester en étant confronté à l'expérience du réel.

William James

Le metaphysical Club : plusieurs auteurs se réunissaient et étaient un groupe qui poursuivait les travaux par la suite. L'essentiel de leur apport se situe entre 1871 et 1875. Cette philosophie a influencé un juriste comme Oliver Wendell Holmes.

Le pragmatisme a été prolongé par John Dewey (travaux autour de 1890).

Il avait cette conception très instrumentale de la philosophie. Elle ne doit pas être en quête de vérité absolue, elle doit plutôt nous donner des outils pour construire l'avenir. La règle de droit doit également être considérée comme un simple outil pour agir dans le monde. Il avait internalisé le formalisme dans son développement juridique. Il avait vu des camarades mourir au front. Il était membre d'une famille notable de Boston et avait été amené à prendre part lors de la guerre civile. Il était revenu de la guerre conscient que les idéologies qui avaient entraîné la guerre civile étaient très néfastes. Son attrait pour le pragmatisme vient de son refus d'une approche idéologique.

Holmes avait cette phrase dans le premier ouvrage qu'il a publié : le mérite de la Common Law c'est qu'elle tranche les affaires d'abord et identifie le principe ensuite. Elle est inductive. Le juge tranche l'affaire et identifie ensuite le principe dont le juge a fait de manière explicite ou implicite référence. C'est l'idée d'une constante dialectique entre l'induction et la déduction. Il n'est pas utile d'avoir un système cohérent et structuré, il faut être imprégné de la culture juridique. Il y a

un savoir prélogique, incarné qui n'est pas réductible à un système de règles. Holmes était sceptique de l'approche déductive et dogmatique. Il était aussi sceptique du côté de l'idée utilitariste.

[Pas suivis]

Le droit de la responsabilité civile engendre que celui qui cause un dommage doit le réparer. En l'absence d'une faute, peut-on quand même obliger l'employeur à réparer le dommage qu'il cause.

John Austin dit que la responsabilité sans faute est impensable. Cette notion n'a pas sa place dans le droit. Austin dit que le droit est à l'origine le commandement du souverain. Comment est-ce qu'une entreprise respecte un ordre dans une situation où on oblige à réparer un dommage alors que malgré toutes les préoccupations prises, le dommage a eu lieu. Bien qu'on fasse tous les efforts, tel acteur va être obligé de payer parce qu'un dommage a été causé. Ce n'est pas conforme à un commandement du souverain. Holmes répond que peu importe, la bonne question est que ce qu'on veut dans une société industrielle c'est que l'employeur supporte les frais engendré par son fait même en l'absence de faute. Ce ne sont pas des questions auxquelles on répond par des règles de droit, il s'agit de l'approche des juristes classiques. Le législateur est mieux placé que le juge pour le savoir d'ailleurs. Holmes veut qu'on se demande si l'opportunité, de ce qui convient le mieux à la société industrielle. C'est une question de société, une question économique. Ces deux approches permettent d'avoir une illustration de cette nouvelle bouchée d'air frais.

Dans le droit :

En Allemagne, il y a eu une querelle de méthode. Deux manières de pratiquer l'autonomie. **Carl Menger** était un économiste fondateur d'une école de marginalisme. C'est une démarche qui tend de développer l'économie sur le modèle des sciences naturelles notamment en permettant dans l'économie, l'usage d'outils mathématiques. Il suffit de schématiser cette réalité, mettre entre () la complexité et de définir les hommes et les femmes comme des homo economicus. L'atome permet la construction de la physique.

Il y a des lois de la science économique que l'on peut dégager sous forme d'équation mathématique. A l'opposé il y a le développement historique. On ne peut faire des prévisions, le monde est trop complexe. La seule chose que l'on puisse faire c'est reconstruire ce qu'il s'est passé. Dans l'approche de l'école historique, l'économiste se mue en historien, il ne peut rien faire d'autre que d'expliquer des phénomènes économiques après que ceux-ci se soient déroulés.

La guerre exige que les économistes donnent des conseils au gouvernement pour gérer la guerre. Il ne parvient pas à donner de conseils utiles. Si on est fidèle à l'école historique, ça n'a pas de sens de donner des conseils car l'avenir est

imprévisible. L'incapacité de la science économique, historiciste à donné des recettes à l'homme historique. On est à la recherche d'une autre démarche. Cela permettra en 1920 ? A **Max Weber** de proposé une sorte de synthèse entre le marginalisme et l'historicisme. Avec l'idée d'idéal type. L'idéal type est une schématisation, une modélisation, une approximation qui ne permet pas de refléter la réalité mais nous aide à penser. On ne peut pas penser sans avoir d'idéal type. Ex : on partage tous l'idée de ce qu'est un arbre. Weber dit qu'on ne peut pas se passer de modèle, nous devons pouvoir penser, prédire et agir.

Richard T. Ely travaille sous la direction de **Schroller**. Ils sont très influencés par le pragmatisme de Charles Sanders Peirce.

Les historicistes américains considèrent que les modèles sont provisoires qu'il faut vérifier empiriquement.

[26/02/2009]

WESLEY NEWCOMB HOHFELD (1879-1918) – Les opposés et les corrélatifs juridiques :

A	Droit (right)	Liberté (privilege)	Pouvoir (power)	Immunité (immunity)
-A	Non-droit (no-right)	Obligation (duty)	Absence de pouvoir (disability)	Vulnérabilité (liability)

A	Droit (right)	Liberté (privilege)	Pouvoir (power)	Immunité (immunity)
B	Obligation (duty)	Absence de droit (no-right)	vulnérabilité (liability)	Absence de pouvoir (disability)

HOHFELD a développé l'idée que l'ensemble des concepts juridiques peuvent être ramenés à un ensemble de relations qui peuvent être résumées par les tableaux repris ci-dessus.

Chaque tableau a une ligne en gris qui reprend 4 notions : droit, liberté, pouvoir et immunité. Ces notions qui dans notre utilisation quotidienne du terme *droit* (prérogative juridique) que nous avons tendance à confondre les unes avec les autres.

1/ Le tableau des opposés : si une obligation m'est imposée, c'est que je n'ai pas de liberté. C'est comme cela que ces notions s'opposent. Donc les opposés sont une manière de nous obliger à comprendre que l'on ne peut pas se trouver simultanément dans la position de A et -A par rapport à ces 4 prérogatives.

Que veulent dire ces prérogatives ? il faut se baser sur le 2^{ème} tableaux.

2/ Le tableau des corrélatifs : exprime la situation de A par rapport à B dans un milieu juridique donné. Donc si j'ai un droit au sens strict, c'est qu'autrui a une obligation et que je puis faire appel au juge pour obliger autrui à suivre cette obligation. À défaut de faire appel au juge, je n'ai pas de droit. Quant à la liberté, cela signifie qu'autrui n'a pas de droits à mon égard et je ne suis pas tenu à une obligation envers autrui car si j'avais une obligation, l'autre aurait un droit sur moi. La liberté veut dire que j'ai le droit de faire ce que je veux faire sans qu'autrui puisse demander au juge que je cesse telle ou telle activité.

Quant au pouvoir, c'est la possibilité pour celui qui le détient de modifier la situation juridique d'un autre, c'est modifier le faisceau de droits et obligations qui est le sien. J'ai un pouvoir sur mes héritiers car j'ai la liberté testamentaire de les déshériter. J'ai un pouvoir sur eux car je peux modifier leur patrimoine de droits et obligations.

Finalement, quant à l'immunité, c'est l'inverse de la vulnérabilité – c'est ne pas pouvoir voir sa situation juridique modifiée par l'acte unilatéral d'autrui.

Les deux premières prérogatives concernent les règles primaires, c'est celles qui régissent nos interactions quotidiennes ; alors que les deux autres concernant les règles secondaires c'est régissant la modification des règles primaires, c'est la manière dont les droits et obligations se répartissent.

Toute situation juridique nous dit HOHFELD peut être mieux décrite en distinguant ces 4 prérogatives. Mais on a tendance à tout confondre. Il faut distinguer les notions. Il ne faut pas parler de *droit* pour viser les 4 notions.

Pourquoi HOHFELD se base sur une telle typologie ?

❶ D'abord, il nous oblige à raisonner en droit de manière plus efficace, correcte, précise. Ceci n'est pas une question de précision pour être précis. Il nous contraint à reconnaître certaines réalités du droit que nous préférierions occulter.

Illustration : arrêt *Hitchman Coal & Coke Co. v. Mitchell et al.* (1917) et le commentaire de W.W. Cook, montrant l'incapacité de la Cour à admettre l'existence de situations de dommages causés sans possibilité de réparation (*damnum absque injuria*).

Aff. : la compagnie est une entreprise minière et le patron avait recruté des travailleurs avec une clause de non-syndicalisation. Donc si un travailleur se syndiquait, le contrat était rompu de manière unilatérale. Ceci renforce le pouvoir de l'employeur sur le travailleur. Mitchell et les autres sont des syndicalistes qui sont venus aux portes de la mine pour demander aux travailleurs de se syndiquer en disant que si tous devenaient syndiqués en même temps, ils pourront arriver à leur fin. La question qui est posée à la Cour suprême est de savoir si les juridictions inférieures qui ont adopté des ordonnances afin que Mitchell arrête cette tractation suivaient le droit.

La majorité de la Cour⁷ considère qu'il est inacceptable que des syndicalistes viennent s'immiscer dans la relation de travail pour tenter de rallier aux syndicats des travailleurs qui

⁷ Opinion de la majorité dans *Hitchman Coal & Coke Co.*:

'...defendants, although having full notice of the terms of employment existing between plaintiff and its miners, were engaged in an earnest effort to subvert those relations without plaintiff's consent, and to alienate a sufficient number of the men to shut down the mine, to the end that the fear of losses through stoppage of operations might coerce plaintiff into 'recognizing the union' at the cost of its own independence. (...) That the plaintiff was acting within its lawful rights in employing its men only upon terms of continuing non-membership in the United Mine Workers of America is not open to question. (...). The same liberty which enables men to form unions, and through the union to enter into agreements with employers willing to agree, entitles other men to remain independent of the union and other employers to agree with them to employ no man who owes any allegiance or obligation to the union. In the latter case, as in the former, the parties are entitled to be protected by the law in the enjoyment of the benefits of any lawful agreement they may make. This court repeatedly has held that the employer is as free to make non-membership in a union a condition of employment, as the working man is free to join the union, and that this is a part of the constitutional rights of personal liberty and private property, not to be taken away even by legislation, unless through some proper exercise of the paramount police power. (...)

...Defendants set up, by way of justification or excuse, the right of workingmen to form unions, and to enlarge their membership by inviting other workingmen to join. The right is freely conceded, provided the objects of the union be proper and legitimate, which we assume to be true, in a general sense, with respect to the union here in question. The cardinal error of defendants' position lies in the assumption that the right is so absolute that it may be exercised under any circumstances and without any qualification; whereas in truth, like other rights that exist in civilized society, it must always be exercised with reasonable regard for the conflicting rights of others. The familiar maxim, 'Sic utere tuo ut alienum non laedas'-literally translated, 'So use your own property as not to injure that of another person,' but by more proper interpretation, 'so as not to injure the rights of another' applies to conflicting rights of every description. (...) Now, assuming defendants were exercising, (...), the right to invite men to join their union, still they had plain notice that plaintiff's mine was run 'non-union,' that none of the men had a right to remain at work there after joining the union, and that the observance of this agreement was of great importance and value both to plaintiff and to its men who had voluntarily made the agreement and desired to continue working under it.

... Yet defendants, far from exercising any care to refrain from unnecessarily injuring plaintiff, deliberately and advisedly selected that method of enlarging their membership which would inflict the greatest injury upon plaintiff and its loyal employes.(...) we are constrained to hold that the purpose entertained by defendants to bring about a strike at plaintiff's mine in order to compel plaintiff, through fear of financial loss, to consent to the unionization of the mine as the lesser evil, was an unlawful purpose, and that the methods resorted to by Hughes-the inducing of employes to unite with the union in an effort to subvert the system of employment at the mine by concerted breaches of the contracts of employment known to be in force there, not to mention misrepresentation, deceptive statements, and threats of pecuniary loss communicated by Hughes to the men-were unlawful and malicious methods, and not to be justified as a fair exercise of the right to increase the membership of the union.'

n'en faisaient pas partie. La Cour dit que la liberté des travailleurs de choisir d'être employé avec cette clause de non-syndicalisation doit être respectée. La Cour en déduit dit que *the parties are entitled to be protected by the law in the enjoyment of the benefits of any lawful agreement they may make*. Ainsi, l'action des syndicalistes est une violation de la liberté contractuelle.

Comment appliquer les tableaux de HOHFELD à cette situation ? On se place dans le tableau des corrélatifs (car deux parties). La Cour dit que le rapport entre la compagnie et Mitchell s'analyse comme un rapport entre droit et obligation. L'employeur a le droit d'obtenir des juridictions d'être protégé. La Cour a-t-elle raison ? il faudrait se baser sur *liberté* et *absence de droit*. Les parties sont en concurrence. Ils ne se doivent rien. Le plus convainquant le remportera. Ils sont libres l'un et l'autre (même de se causer un dommage) mais aucun n'est tenu à une obligation. La Cour dans son arrêt a donc jugé sur un rapport droit-obligation plutôt que de se baser sur *liberté-absence de droit*. Les syndicalistes n'ont pas le droit d'empêcher l'employeur de menacer ses employés d'être virer et l'employeur ne peut empêcher les syndicalistes de donner leur opinion.

Le juge **BRANDEIS** donne une opinion dissidente : *'... It is also urged that defendants are seeking to 'coerce' plaintiff to 'unionize' its mine. But coercion, in a legal sense, is not exerted when a union merely endeavors to induce employes to join a union with the intention thereafter to order a strike unless the employer consents to unionize his shop. Such pressure is not coercion in a legal sense. The employer is free either to accept the agreement or the disadvantage. Indeed, the plaintiff's whole case is rested upon agreements secured under similar pressure of economic necessity or disadvantage. If it is coercion to threaten to strike unless plaintiff consents to a closed union shop, it is coercion also to threaten not to give one employment unless the applicant will consent to a closed non-union shop. The employer may sign the union agreement for fear that labor may not be otherwise obtainable; the workman may sign the individual agreement, for fear that employment may not be otherwise obtainable. But such fear does not imply coercion in a legal sense. In other words an employer, in order to effectuate the closing of his shop to union labor, may exact an agreement to that effect from his employes. The agreement itself being a lawful one, the employer may withhold from the men an economic need-employment-until they assent to*

make it. Likewise an agreement closing a shop to nonunion labor being lawful, the union may withhold from an employer an economic need-labor-until he assents to make it. In a legal sense an agreement entered into, under such circumstances, is voluntarily entered into; and as the agreement is in itself legal, no reason appears why the general rule that a legal end may be pursued by legal means, should not be applied.'

La raison pour laquelle la Cour commet cette erreur est parce qu'au fond, si elle s'était basée sur la position de **BRANDEIS**, elle aurait admis qu'on pourrait causer un dommage à autrui, conduire l'employeur à devoir se passer de ses meilleurs travailleurs, conduire les travailleurs à perdre leur emploi, et ce dommage n'est pas réparable – c'est une rapport de force non-médiatisé par le droit. La Cour ne voulait pas voir le dommage qui n'est pas réparable en droit (*damnum absque injuria*). Lorsque deux commerçants se disputent une clientèle, ils se causent dommage mais SANS recours. La liberté des uns vient en concurrence avec celle des autres sans pour autant qu'il y ait un recours.

Donc l'état de droit est une exception à la règle de l'état de nature. Tous les rapports juridiques sont des rapports où des libertés s'entrechoquent. Et le droit objectif, distribue le

droit, impose des obligations, MAIS pour énormément de situations, le droit est silencieux, des situations où les réparations ne sont pas possible.

La Cour ne veut pas le reconnaître car cela serait admettre que le droit tolère que des dommages soient causés par l'exercice de la liberté de chacun et pourtant sans réparation possible.

Dans la lecture classique et idéalisante du rapport contractuel, l'on voit ce rapport comme un échange de volonté et où chacun est gagnant. Si l'échange n'était pas gagnant pour chacun, on n'aurait pas conclu. Par contre, pour **BRANDEIS**, le contrat conclu entre travailleur et employeur est un contrat avec rapport de force et l'accord se base sur une force mutuelle. (// Rousseau).

DONC pour **HOHFELD**: le rapport non médiatisé par le droit, de pure liberté est un rapport banal et quotidien.

② Rejet de l'illusion conceptualiste par la décomposition analytique d'un droit en un faisceau de prérogatives, ce qui

a) met à nu le rôle du juge ;

b) affirme le caractère institué/conventionnel du 'droit' au sens générique.

Ex : le droit de propriété (art. 544 C.c.) : si j'ai un droit propriété sur un champ, qu'est-ce que cela veut dire ? En se basant sur la théorie de **HOHFELD**: cela veut dire qu'autrui a des obligations envers moi et j'ai la possibilité de faire appel au juge. Quid des libertés ? On a le droit d'en faire ce qu'on souhaite (cultiver ou pas), je peux faire fructifier ou pas. Qu'est-ce que cela veut dire dans le chef d'autrui ? Autrui ne peut m'en empêcher et ce même si je fais concurrence avec ma récolte (en principe). Quid du pouvoir ? J'ai grâce à ma propriété la possibilité de changer la position juridique d'autrui (ex : vendre, céder,...) donc j'ai la liberté de modifier la propriété sur mon champ. Finalement, j'ai immunité, c'est-à-dire que personne ne peut me retirer ce champ parce que j'ai un pouvoir, il y a absence de pouvoir dans le chef d'autrui.

Cependant, on peut restreindre une des prérogatives attachées au droit de propriété.

③ Analyse fonctionnelle encouragée par l'attention portée sur les corrélatifs de chaque prérogative : l'analyse de **HOHFELD** est fonctionnelle. C'est-à-dire que si j'ai des droits réels, ils sont définis comme des droits sur une chose – mais **HOHFELD** dit que ce n'est pertinent que si cela a des implications pour autrui. Il nous oblige à penser les droits réels par rapport aux rapports horizontaux avec autrui. (// Coase : en voulant imposer toujours plus d'obligations aux entreprises pour mieux protéger les consommateurs,... on prive les entreprises de droits. Il faut tenir compte des obligations qui peuvent être coûteuses et inefficaces d'un point de vue économique).

Ce raisonnement de **HOHFELD** est une cause de l'ère *Lochner* car la tendance des juridictions de l'époque était d'absolutiser les libertés.

Le fonctionnalisme de FELIX COHEN (1907-1953)

'Transcendental Nonsense and the Functional Approach' Columbia Law Review, vol. 35 (1935), pp. 821 ss.

COHEN part de cette métaphore qu'on doit à un juriste allemand qui se posait la question de savoir ce qui fait un bon juriste. Au fond, le juriste est quelqu'un qui s'extirpe.

Cohen tente de montrer combien beaucoup de raisonnements semblent se couper du réel.

Exemple :

1/ Les syndicats peuvent-ils agir en justice? La manière dont les juridictions répondent se base sur les prémisses suivantes :

Majeur : Seules les personnes juridiques peuvent agir en justice

mineur: Les syndicats n'ont pas la personnalité juridique

Conclusion. Les syndicats ne peuvent agir en justice

Ceci paraît être d'une parfaite logique – c'est le parfait syllogisme juridique. COHEN nous dit qu'en fait ce raisonnement est circulaire au sens où la mineure contient déjà la conclusion – la conclusion est anticipée par les données. En quel sens les prémisses anticipent ? On aurait pu construire un beau raisonnement logique en inversant la mineure et la conclusion. L'idée est que si les syndicats s'étaient vu la possibilité d'agir en justice, alors il se seraient vu reconnaître la possibilité d'agir en justice. La conclusion ne découle pas des prémisses car la mineure anticipe la conclusion.

2/ La marque est-elle protégée en tant que propriété? Est-ce que l'entreprise qui produit le savon X peut attaquer un concurrent qui vend des savons du même nom X ?

M. Ce qui a de valeur économique relève de la propriété

m. La marque a une valeur économique

C. La marque relève du droit de propriété

Ce raisonnement est circulaire car si la marque n'était pas reconnue comme digne de protection, elle n'aurait pas de valeur économique. Donc la mineure anticipe sur la conclusion. Si on prive la marque de toute protection par le juge, elle n'aurait pas de valeur économique. Le nom X ne vaudrait rien. Donc il y a une circularité dans le raisonnement juridique qui a poussé le juge américain à protéger la marque.

La mineure est créée par le juge. Si ce n'était pas le cas, si elle était le résultat d'une législation, cela ne poserait pas de problème.

Cette circularité est pourtant très fréquente. Le juge construit lui-même une prémisse pour arriver à une conclusion.

Le rejet du formalisme : Oliphant et Llewellyn

Ces auteurs rejettent l'idée que la décision judiciaire est tout entière déterminée par les règles juridiques préexistantes. C'est à dire que le formalisme c'est croire que les règles de droit nous forcent à arriver à une réponse bonne unique. Il en découle que le juge n'invente pas le droit, il se contente de déclarer le droit qui existe toujours déjà. Il en découle trois conséquences :

1. La décision de justice est présumée être parfaitement prévisible. C'est un mythe qui guide le raisonnement juridique.
2. C'est une conception qui nous dit qu'être un bon juriste c'est d'être capable d'anticiper. Donc la décision de justice ne dépend pas du juge, la décision est impersonnelle.
3. La décision de justice, puisqu'elle ne change pas le droit existant, est rétroactive. C'est banal mais lorsque le législateur adopte une Loi, il le fait que pour l'avenir (sauf Loi pénale). Selon l'article 2 C.c.. Il y a donc une différence entre la décision de justice et la Loi qui ne régit que les faits postérieurs à sa conception.

C'est ce mythe qui s'est affaibli dans les années 1920/30. Dans un arrêt de 1932 (Sunburst Oil) rendu par le juge CARDOZO : la Cour accepte le concept et rend un arrêt dans lequel elle annonce qu'elle modifie le droit existant (revirement de jurisprudence) mais dit qu'elle n'appliquera pas cette nouvelle règle aux faits antérieurs et que ce revirement ne vaudra que pour l'avenir. Chez nous, en Belgique, on retrouve un tel revirement avec l'arrêt Marx ou l'arrêt Defresne 2⁸.

Dans cet arrêt américain, la Cour nous dit pour la première fois qu'on ne doit pas se baser sur ce mythe qui dit que le droit déclare le droit existant.

OLIPHANT avait voulu répondre à une objection à l'idée que le jugement juridique créait le droit. Il disait qu'en réalité, le juge est contraint par les précédents judiciaires abandonnés.

[25/03/2009]

Le laboratoire de l'économie de guerre

Cf. William J. Barber, *From new era to New Deal. Herbert Hoover, the economists, and American economic policy, 1921-1933* (Cambridge Univ. Press, 1985) -- trois révolutions entraînées par l'économie de guerre :

- l'économie n'est pas régie par des "lois" équivalentes aux lois du monde physique, mais peut être orientée artificiellement, par exemple par l'outil fiscal ou la manipulation du crédit public afin d'atténuer l'impact des 'cycles' récessifs ; ou par une législation sur les salaires
- les Etats-Unis doivent constituer un lieu d'expérimentation de nouvelles régulations, compte tenu de l'incapacité pour l'Europe à sortir de sa crise et des nationalismes, et à surmonter sa logique des cartels ou monopoles
- les décisions économiques doivent se fonder sur des faits, notamment statistiques, et non sur des modèles abstraits bâtis sur des postulats irréalistes (création par Herbert Hoover, secrétaire d'Etat au commerce sous l'administration Harding (1921-1924), de l'Advisory Committee on Statistics: la régulation publique informée par l'outil statistique peut renforcer l'efficacité du marché)

Ils ont mis en avant l'utilité de développer un appareil statistique pour surveiller le développement dans différents domaines pour poursuivre l'effort de guerre. On a pris conscience de la responsabilité des pouvoirs publics dans les leviers macro économique pour favoriser un développement économique harmonieux. Avant l'Etat n'avait pas de rôle dans l'économie. Ex: la monnaie, objectif à atteindre en termes de volume de production, ... il y a eu révision de certains postulats économiques. C'est un laboratoire d'idée dont le new deal est issu.

La crise de 1929 et le lancement du New Deal

On a élu un président des Etats-Unis : Roosevelt (1882 – 1945). Présidence dès janvier 1933. C'est un président qui est élu sur un programme assez flou qui pour l'essentiel affirme de protéger les plus vulnérables. Le premier New deal est inauguré en mars 1933. Pour surmonter la crise, les employeurs et les entreprises doivent travailler ensemble, former des associations et doit s'installer un dialogue avec les syndicats pour que l'Etat puisse jouer le médiateur et que l'on développe des relations économiques harmonieuses pour faire face ensemble au problème économique. L'idée était d'inciter de jouer un jeu plus collectif. On adopte une loi sur la industrial recovery (relance de l'activité industrielle) qui vise à protéger les employés et à la fois on veut limiter l'impacte de la concurrence entre entreprises pour éviter que des normes se fassent concurrence sur les salaires. Ces législations veulent non pas planifier l'économie mais veulent sortir d'une

économie qui se fonde sur la concurrence sauvage qui fragilise certaines entreprises.

Krach d'octobre 1929, suivi de la grande dépression de 1930-1932

- le chômage passe de 3% à 25% de la population active
- la production chute de 33%

Novembre 1932 : F. D. Roosevelt est élu à la présidence

Mars 1933 : lancement du 'premier New Deal'. Deux des composantes majeures (l'Agricultural Adjustment Act (A.A.A) (visant à une protection des revenus des agriculteurs par le soutien artificiel des cours des produits agricoles) et le National Industrial Recovery Act (N.I.R.A) (favorisant la syndicalisation et la conclusion de conventions collectives afin de permettre le maintien de salaires à un niveau correspondant à l'évolution du coût de la vie; et assurant les conditions d'une concurrence loyale entre les entreprises)) sont cependant invalidées en 1935* et 1936 par la Cour suprême

1935 : second New Deal

Le National Labor Relations Act (Wagner Act) du 5 juillet 1935 se substitue au N.I.R.A. Le National Labor Relations Board est créé afin de protéger les syndicalistes contre les mesures discriminatoires dont ils pourraient faire l'objet.

Novembre 1936 : réélection de F.D. Roosevelt

29 mars 1937 : arrêt *West Coast Hotel Co. v. Parrish*

Fair Labor Standards Act (FLSA), 1938 : établit la semaine de travail à 40 heures et un minimum salarial à 40 cents par jour

La cour suprême en 1935 adopte un arrêt :

A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935):

- invalide section 3 du NIRA autorisant l'Exécutif à imposer le respect des 'codes of fair competition' (réglementation des prix minima fixés par le secteur de la volaille) comme outrepassant la délégation de pouvoirs admissible de la part du Congrès fédéral
- annonce la clôture de la phase 'associationaliste' ou corporatiste du New Deal

Ils veulent protéger les producteurs de volaille de l'impacte que peut avoir la concurrence. Ce système mis sur pied par la loi est un système que la cour suprême estime contraire au fait que le législateur doit pouvoir préserver certains choix et le l'exécutif ne peut pas faire ces choix à la place du législatif. Cet arrêté de 1935 en fait que constater que la fin du premier New Deal plutôt corporatiste.

La double transformation du New Deal

Etat corporatiste (1932-1935) → Etat régulateur (1937-1940)

‘associationalist’

agences indépendantes

lutte contre les monopoles*

La tendance associationaliste: transformer l'économie d'un système compétitif à un système harmonieux

Herbert Hoover, Secrétaire au Commerce dans les administrations Harding et Coolidge (1921-1928), puis président des Etats-Unis (1929-1933)
promeut les trade associations

Adolf Berle & Gardiner Means, *The Modern Corporation and Private Property* (1932) (dissociation entre la propriété et le contrôle)

Etat protecteur (1932-1935) → Etat redistributeur (1937-1940): relance par la demande, efficacité économique de la justice sociale

Simon Patten, *The Theory of Prosperity* (1902)

John M. Clark, *Economics of Planning Public Works* (1935)

L'Etat est devenu redistributeur, relance de la machine économique par le soutien de la consommation de masse. On veut faire travailler ensemble les entreprises. Elles fixent les prix pour un secteur déterminé. C'est le New deal. Hoover secrétaire de commerce était un grand partisan de ce système d'auto régulation des prix par les différents acteurs économiques. Berle et Means publie en 1932 un ouvrage très important qui met en avant le fait que dans une société anonyme moderne, les décisions sont prises par des administrateurs délégués qui en sont pas toujours le reflet des actionnaires qui forment le capital. Dans le premier New deal entre 1933 et 1935 on a privilégié l'harmonie entre les entreprises, leurs coalitions d'intérêts pour limiter l'impact destructif de la concurrence sauvage. Cela s'est transformé en un Etat régulateur. Le New deal a vu se multiplier les agences indépendantes de l'exécutif à partir de 1937. Ces agences indépendantes se sont développées pour donner la figure à l'Etat administratif moderne. De plus, cet Etat régulateur insiste sur le rôle important que doit remplir le droit de la concurrence. Ce droit n'est pas quelque chose de neuf. On en parle dès 1890 mais ce qui est nouveau c'est la fonction qu'on lui fait remplir. Traditionnellement, ce droit avait servi à lutter contre la concentration économique excessive, construction de cartel qui représente une menace. On se méfiait du pouvoir économique concentré entre les grandes entreprises.

Les 'New Dealers' : la lutte contre les monopoles

Les deux fonctions de la lutte contre les monopoles : éviter la concentration économique (1) ou favoriser le bon fonctionnement du marché (2)

- (1) Louis Brandeis, *Other People's Money* (1914): réaffirmer le contrôle démocratique vis-à-vis du pouvoir des grandes organisations
- (2) Thurman Arnold, Service de la concurrence au sein du Ministère de la Justice (1938-1942): 'The maintenance of a free market is as much a matter of constant policing as the flow of free traffic on a busy intersection. It does not stay orderly by trusting to the good intentions of the drivers or by preaching to them. It is a simple problem of policing, but a continuous one' (1940). 'The competitive struggle without effective antitrust enforcement is like a fight without a referee' (1941) - surveillance de la concurrence confiée à une autorité indépendante, à l'abri du pouvoir politique (parlementaire), en vue de protéger le consommateur vis-à-vis de l'abus de pouvoir économique

La fonction du droit de la concurrence va se transformer. A partir de 1938, Arnold prend la tête de la direction de la concurrence. Le but ne sera pas de lutter contre les grandes entreprises mais de s'assurer que la concurrence demeure véritable, ne soit pas faussée dans les différents secteurs où ont lieu les concentrations économiques. La fonction n'est pas de lutter contre la taille mais contre l'abus de pouvoir économique. La conception de la concurrence est d'être un arbitre impartial pour veiller au respect des règles de la concurrence. Il est contre l'abus de pouvoir éco. Ce qui est différent est qu'il y a une idée qui l'emporte : protéger le consommateur contre l'abus de pouvoir éco. Le consommateur peut être parfaitement protégé même dans les grandes entreprises contrairement à la conception du premier new deal. Le droit de la concurrence est devenu un droit confié à une agence indépendante. L'idée doit être développée même s'il y a des perdants. C'est une revitalisation du droit de la concurrence pour contribuer au marché libre.

Evolution vers l'Etat redistributeur = on voulait protéger les plus fragiles mais lorsque l'Etat développait des programmes de protection pour ces catégories l'Etat veillait à préserver le budget car on ne voulait établir de déséquilibre dans les budgets publics. En 1937 on perçoit qu'une manière de sortir de la crise est de dépenser beaucoup à soutenir la demande des consommateurs pour que les entreprises en sous production puissent écouler sur le marché. Les consommateurs ne consommaient pas assez. Il fallait relancer la demande et donner un plus grand pouvoir d'achat au consommateur. Il fallait aussi les protéger car c'est économiquement efficient de protéger le social. La protection sociales est un outil macro économique et donc il peut être justifié de creuser le déficit public.

Les Etats-Unis lance un programme de travaux publics qui est une sorte de keynésianisme avec Keynes.

Le keynésianisme d'avant Keynes

Le keynesianisme d'avant Keynes

Deux composantes de la pensée keynésienne (1) la consommation doit être stimulée, et non seulement l'investissement; (2) la dépense publique doit favoriser la croissance

- (1) Simon Patten, *The Theory of Prosperity* (1902), réhabilite le caractère socialement utile de la consommation - un second Mandeville ('the non-saver is now a higher type of man than the saver')- Stuart Chase, *A New Deal* (1932)
- (2) John M. Clark, *Economics of Planning Public Works* (1935) : l'Etat parcimonieux du premier New Deal fait place à l'Etat redistributeur, qui favorise la croissance par la stimulation de la demande

Le second New Deal : la division des tâches entre le marché (assurer la production) et l'Etat ((1) assurer la redistribution ; (2) créer les conditions macro-économiques favorables par le soutien de la demande; (3) police du marché) - évolution encouragée après 1940 par la crainte que la planification économique débouche sur le totalitarisme (F. A. Hayek, *The Road to Serfdom* (1944))

On pouvait recommander une attitude différente de la part du consommateur. L'idée dominante était que pour l'économie il était bon d'être économe, d'avoir une gestion parcimonieuse des revenus et si on remémore l'éthique protestante de Max Weber on s'aperçoit que cette éthique est économe et non dépensière. Patten dit qu'il ne faut pas être trop économe. On est alors dans un système qui caractérise le rapport de l'Etat au marché. La répartition des tâches s'opère entre le marché qui assure la production et le travail. L'Etat ne doit pas se mêler de la production économique. Elle doit être laissée aux entreprises. L'Etat doit assurer la redistribution (il doit s'assurer que personne ne va être trop longuement pénalisé). L'Etat doit créer des conditions macro économiques pour soutenir la demande (renforcer le pouvoir d'achat des plus pauvres, etc.). L'Etat doit aussi surveiller le marché. Le marché doit produire mais l'Etat doit éviter l'abus de concentration économique. L'Etat doit être l'arbitre du marché libre. A partir de 1938, qui sont toujours l'idée d'aujourd'hui, l'Etat ne doit pas produire à la place des entreprises. Par contre l'Etat doit jouer un rôle actif. Cette division des tâches caractérisent l'Etat Providence moderne. Ce système est encouragé en 1940 par la publication de l'ouvrage de Hayek. Un Etat qui voudrait planifier la production éco ou qui voudrait mettre autour d'une table les syndicats, contient le risque de totalitarisme politique. Les EU vont se définir en opposition avec ce qu'il se passe en URSS ou en Italie en disant qu'ils sont la patrie de la liberté et qu'ils se défient de la tentation de la planification de l'économie qui amène à un comportement autoritaire.

Nebbia v. New-York

Cette conception a été rendue possible par une évolution de la position de la Cour suprême des EU qui pendant des années était très hostile à toute politique de régulation mais aussi redistributive.

Dans cet arrêt, est en cause un système de régulation des prix qui consistait pour une commission indépendante à définir les prix minima et maxima pour le lait. Minima pour garantir un revenu minimum aux producteurs et maxima pour être sûr que les consommateurs les plus pauvres puissent acheter le lait au prix fixé sur le marché. Ce système est une hérésie par rapport à l'idée que les prix doivent être déterminés sur le marché sur base de la loi de l'offre et de la demande. La cour suprême valide ces réglementations dans cet arrêt. Elle dit que le droit de propriété et la liberté contractuelle n'est pas un droit absolu. Elle donne l'impression de vouloir revenir sur sa jurisprudence.

Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934)

Contexte : en 1933, l'Etat de New York crée un Milk Control Board chargé de fixer les prix maximum et minimum du lait, afin de garantir la production du lait malgré une forte chute des prix en 1931-1932 faisant tomber le prix en-deça des coûts de production et menaçant les producteurs de lait de faillite. Par 5 voix à 4, la Cour admet cette réglementation des prix : 'Under our form of government the use of property and the making of contracts are normally matters of private and not of public concern. The general rule is that both shall be free of governmental interference. But neither property rights nor contract rights are absolute; for government cannot exist if the citizen may at will use his property to the detriment of his fellows, or exercise his freedom of contract to work them harm. Equally fundamental with the private right is that of the public to regulate it in the common interest. (...)'

Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934) (suite)

... So far as the requirement of due process is concerned, and in the absence of other constitutional restriction, a state is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare, and to enforce that policy by legislation adapted to its purpose. The courts are without authority either to declare such policy, or, when it is declared by the legislature, to override it. If the laws passed are seen to have a reasonable relation to a proper legislative purpose, and are neither arbitrary nor discriminatory, the requirements of due process are satisfied, and judicial determination to that effect renders a court functus officio. 'Whether the free operation of the normal laws of competition is a wise and wholesome rule for trade and commerce is an economic question which this court need not consider or determine.' And it is equally clear that if the legislative policy be to curb unrestrained and harmful competition by measures which are not arbitrary or discriminatory it does not lie with the courts to determine that the rule is unwise. With the wisdom of the policy adopted, with the adequacy or practicability of the law enacted to forward it, the courts are both incompetent and unauthorized to deal.

West Coast Hotel Co. v. Parrish

Législation qui fixe un salaire minimum dans l'Etat de Washington qui est fixé par une commission indépendante. Qui dit qu'en dessous de tel salaire, cela n'est pas suffisant pour vivre décemment. La cour dit que la liberté contractuelle n'existe pas. Ce pilier est une illusion que la cour n'hésite pas à abandonner. La Cour dit que la Constitution ne parle pas de la liberté contractuelle et donc elle ne peut être érigée en valeur absolue. Cet arrêt clôt une parenthèse qui se referme en 40 ans. La cour va devoir redéfinir le rôle du judiciaire.

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)

Contexte : Mme Elsie Parrish attaque son employeur, West Coast Hotel, afin d'obtenir d'être payée au minimum légal prévu par la législation de l'Etat de Washington, qui a installé une commission (Industrial Welfare Commission) devant déterminer les salaires minima pour les femmes et les mineurs. Par une décision adoptée par 5 voix contre 4, la Cour suprême déclare conforme à la Constitution la loi attaquée. Elle relève :

La liberté contractuelle mérite-t-elle une protection constitutionnelle?

...the violation alleged by those attacking minimum wage regulation for women is deprivation of freedom of contract. What is this freedom? The Constitution does not speak of freedom of contract. It speaks of liberty and prohibits the deprivation of liberty without due process of law. In prohibiting that deprivation, the Constitution does not recognize an absolute and uncontrollable liberty. Liberty in each of its phases has its history and connotation. But the liberty safeguarded is liberty in a social organization which requires the protection of law against the evils which menace the health, safety, morals, and welfare of the people. Liberty under the Constitution is thus necessarily subject to the restraints of due process, and regulation which is reasonable in relation to its subject and is adopted in the interests of the community is due process.

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) (suite)

E. Parrish et son employeur ne sont-ils pas capables de déterminer pour eux-mêmes où réside leur intérêt, ne sont-ils pas égaux en droit?

The point that has been strongly stressed that adult employees should be deemed competent to make their own contracts was decisively met nearly forty years ago in *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898) (limiting employment in underground mines and smelters to eight hours a day), where we pointed out the inequality in the footing of the parties. We said (*Id.*, 169 U.S. 366, 397, 390):

'The legislature has also recognized the fact, which the experience of legislators in many states has corroborated, that the proprietors of these establishments and their operatives do not stand upon an equality, and that their interests are, to a certain extent, conflicting. The former naturally desire to obtain as much labor as possible from their employees, while the latter are often induced by the fear of discharge to conform to regulations which their judgment, fairly exercised, would pronounce to be detrimental to their health or strength. In other words, the proprietors lay down the rules, and the laborers are practically constrained to obey them. In such cases self-interest is often an unsafe guide, and the legislature may properly interpose its authority.'

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) (suite)

And we added that the fact 'that both parties are of full age, and competent to contract, does not necessarily deprive the state of the power to interfere, where the parties do not stand upon an equality, or where the public health demands that one party to the contract shall be protected against himself.' 'The state still retains an interest in his welfare, however reckless he may be. The whole is no greater than the sum of all the parts, and when the individual health, safety, and welfare are sacrificed or neglected, the state must suffer.'

L'imposition d'un salaire minimum risque-t-elle de pousser vers la faillite des employeurs si la productivité des travailleurs ne suit pas?

One of the points which was pressed by the Court in supporting its ruling in the Adkins Case was that the standard set up by the District of Columbia Act did not take appropriate account of the value of the services rendered. (...). The statute now before us is like the latter, but we are unable to conclude that in its minimum wage requirement the state has passed beyond the boundary of its broad protective power.

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) (suite)

L'imposition d'un salaire minimum ne conduit-elle pas à taxer l'employeur, à lui faire payer le coût d'une politique sociale?

The exploitation of a class of workers who are in an unequal position with respect to bargaining power and are thus relatively defenseless against the denial of a living wage is not only detrimental to their health and well being, but casts a direct burden for their support upon the community. What these workers lose in wages the taxpayers are called upon to pay. The bare cost of living must be met. We may take judicial notice of the unparalleled demands for relief which arose during the recent period of depression and still continue to an alarming extent despite the degree of economic recovery which has been achieved. It is unnecessary to cite official statistics to establish what is of common knowledge through the length and breadth of the land. While in the instant case no factual brief has been presented, there is no reason to doubt that the state of Washington has encountered the same social problem that is present elsewhere. The community is not bound to provide what is in effect a subsidy for unconscionable employers.

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) (suite)

The minimum wage to be paid under the Washington statute is fixed after full consideration by representatives of employers, employees, and the public. It may be assumed that the minimum wage is fixed in consideration of the services that are performed in the particular occupations under normal conditions. Provision is made for special licenses at less wages in the case of women who are incapable of full service. The statement of Mr. Justice Holmes in the Adkins Case is pertinent: 'This statute does not compel anybody to pay anything. It simply forbids employment at rates below those fixed as the minimum requirement of health and right living. It is safe to assume that women will not be employed at even the lowest wages allowed unless they earn them, or unless the employer's business can sustain the burden. In short the law in its character and operation is like hundreds of so-called police laws that have been up-held.'

United States vs. Corelene Products

Dans cette affaire, était en cause une législation qui interdisant que commercialiser des liquide sous le nom de lait car ils étaient enrichis de graisse et trompait le consommateur. La cour accepte cette législation et annonce qu'en matière de réglementation économique elle ne va procéder qu'à un contrôle marginal. Portant uniquement sur l'erreur manifeste d'appréciation. Elle ne va pas observer l'opportunité.

United States v. Carolene Products, Co., 304 U.S. 144 (1938)

Le Filled Milk Act adopté par le Congrès fédéral en 1923, qui interdit la commercialisation de produits laitiers ayant des additifs de graisse, viole-t-il le 5ième amendement à la Constitution fédérale?

La Cour annonce qu'en matière de réglementations économiques, elle s'en tiendra à une 'rationality review', un contrôle marginal portant uniquement sur l'erreur manifeste d'appréciation

'...the existence of facts supporting the legislative judgment is to be presumed, for regulatory legislation affecting ordinary commercial transactions is not to be pronounced unconstitutional unless in the light of the facts made known or generally assumed it is of such a character as to preclude the assumption that it rests upon some rational basis within the knowledge and experience of the legislators'.

United States v. Carolene Products, Co., 304 U.S. 144 (1938)(suite)

Sauf (note 4) lorsqu'est alléguée une atteinte à un droit fondamental spécifiquement reconnu, ou lorsque le processus de décision politique est menacé ou ne peut être présumé avoir fonctionné correctement, notamment lorsque des mesures cibles des minorités :

There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth.

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities. whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.

La cour dit aussi que dans certains cas, le contrôle de la cour sera plus sévère. Premièrement lorsque sont en cause des droits fondamentaux qui sont explicitement reconnu par la Constitution. Ce sont des droits tels que la liberté d'association, d'expression, liberté d'aller et de venir. La cour annonce que lorsque certaines minorités, certains groupes sous représentés sont marginalisés

ou subissent des impacts négatifs en raison de la législation alors la cour vient protéger ces minorités. Ces minorités n'ont pas la possibilité de nouer des alliances politiques et ne sont pas en mesure de se défendre. A partir de 1938 c'est un nouveau positionnement de la part du pouvoir judiciaire américain.

William v. Lee Optical

Législation qui laissait le soin de pratiquer des examens médicaux aux opticiens. Cette législation réserve donc à un certain groupe l'exercice d'une activité économique. Le législateur doit faire la balance entre les avantages et les inconvénients de ce type de législation économique.

Williamson v. Lee Optical Co., 348 U.S. 483 (1955)

Enjeu : compatibilité avec la Due Process Clause du 14^{ième} Amendement d'une législation réservant aux ophtalmologistes le droit de prescrire des lunettes ou d'adapter des lunettes, les opticiens ne pouvant procéder à cette opération que moyennant prescription d'un ophtalmologue.

‘The Oklahoma law may exact a needless, wasteful requirement in many cases. But it is for the legislature, not the courts, to balance the advantages and disadvantages of the new requirement. (...) the law need not be in every respect logically consistent with its aims to be constitutional. It is enough that there is an evil at hand for correction, and that it might be thought that the particular legislative measure was a rational way to correct it.

The day is gone when this Court uses the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to strike down state laws, regulatory of business and industrial conditions, because they may be unwise, improvident, or out of harmony with a particular school of thought. "For protection against abuses by legislatures the people must resort to the polls, not to the courts....”

L'OFFENSIVE NEO-LIBERALE

Ce n'est pas le libéralisme où l'Etat ne fait rien, ce n'est pas le socialisme, l'Etat providence, c'est un Etat présent dont l'objectif est de réaliser les conditions de la concurrence. Le libéralisme ne doit pas être confondu avec le néo libéralisme. Ce dernier n'est pas une sorte d'invention, de commentateur de la vie politique. C'est un projet porté par les institutions, les individus et par certains politiques. Il a été créé en 1947, la société de Mont Pèlerin qui réunit un certain nombre d'économistes dirigé par Hayek. Ils ont travaillé pendant un demi-siècle à diffuser cette doctrine avec un très grand succès. Il ya une faculté d'économie à Chicago dont Friedman a été une grand image. Cette pensée de ces scientifiques est devenue le néo libéralisme. A partir de 1980, les politiques publiques ont été influencées par ce néo libéralisme. Ce néo libéralisme a promu la mondialisation et la compétitivité. Cela a amené le

démantèlement de l'Etat providence. Ce ne sont pas uniquement des penseurs ce sont des acteurs de cette doctrine. Le plus influent est Hayek. Il a eu une longue et importante carrière comme économiste et philosophe politique et il a d'abord été basé à Vienne.

Enseigne à Vienne jusqu'en 1931

Attaché à la London School of Economics de 1931 à 1949

A partir de 1937, s'oriente vers des questions épistémologiques : "Economics and Knowledge", *Economica*, vol. 4, 33-54

Publie en 1944 *La route de la servitude*

Attaché à l'Univ. de Chicago de 1949 à 1962

En 1952, série d'études sur les excès du scientisme : *The Counter-Revolution of Science : Studies on the Abuse of Reason*

En 1960, *La Constitution de la liberté*

En 1962, succède à Walter Eucken à l'Université de Fribourg

En 1973-1979, *Droit, législation et liberté*

- t. 1 : Règles et ordre (1973) : distingue l'ordre spontané (résultat d'une évolution spontanée) de l'ordre imposé, donc le 'nomos' (droit de la liberté) de la 'thesis' (droit du législateur)
- t. 2 : Le mirage de la justice sociale (1976)
- t. 3 : L'ordre politique d'un peuple libre (1979)

1974, prix Nobel d'économie partagé avec Gunnar Myrdal

Pendant cette carrière il a eu une série de publications fondamentales. La plus importante est « Economics and Knowledge ». Hayek met en avant deux idées essentielles : le marché libre est le meilleur instrument de traitement d'une information complexe dont nous disposons. Les acteurs de la vie économique et doivent être coordonnés entre eux. Mais on ne peut pas tout centraliser. La manière dont l'information est traitée est inégalable. La deuxième idée est issue du pamphlet sur la route de la servitude. Il a fui le continent européen, il s'est éloigné de l'Autriche et de l'Allemagne à partir des années 30 mais a été un témoin de la prise de pouvoir par les nazis. Il écrit son ouvrage à destination du public anglais en disant que l'Angleterre se prépare à développer l'Etat providence. Il leur dit de se méfier parce qu'ils sont sur la route de la dictature, de la servitude. Un Etat qui ne respecte pas la liberté économique est un Etat qui va violer la liberté politique et qui va développer une approche totalitaire. Un Etat qui veut contrôler la vie économique, ne peut pas s'empêcher de contrôler de plus en plus les individus.

Plus suivis

The Constitution of Liberty (1960)

Facteurs à la base de la perte de la liberté :

- perte de croyance dans l'idée que la justice puisse être rendue de manière indépendante (abandon de l'idée de l'Etat de droit)
- le recours à la législation non plus seulement pour empêcher l'action injuste mais pour atteindre certains objectifs particuliers concernant des individus ou des groupes spécifiques (contre l'idée du droit comme 'règle du jeu' et de l'Etat simple arbitre)
- la fusion, entre les mains des mêmes assemblées législatives, de la mission d'énoncer les règles de juste conduite, avec la mission de diriger le gouvernement

Deux conceptions de l'ordre

- L'ordre comme résultat d'un dessein, d'une volonté (taxis) : résulte d'une tendance anthropomorphique qui voit dans toute régularité le produit d'une intention consciente (par exemple, le recours par Rousseau à la théorie du contrat social pour expliquer la formation de la société)
- L'ordre comme résultat d'une évolution spontanée, d'un jeu d'essais et erreurs, d'un processus 'par lequel des pratiques (...) d'abord adoptées pour d'autres raisons, ou même de façon purement accidentelle, furent conservées parce qu'elles procuraient aux groupes où elles étaient apparues une supériorité sur les autres groupes' (*kosmos*): c'est le cas dans la société ouverte (de marché), où les interactions sont fondées non sur un dessein commun dans lequel chacun a un rôle, mais sur des comportements d'individus qui se règlent les uns par rapport aux autres, et où chacun n'a qu'une connaissance très limitée de l'ensemble

L'économie comme ordre spontané et la critique du keynesianisme

- L'économie politique a prolongé les intuitions de Bernard Mandeville et David Hume en montrant que de la liberté individuelle émergeait un ordre spontané : liberté n'est pas synonyme d'anarchie.
- Mais dénonce les dérives du formalisme en économie, qui relève d'un 'abus de la raison' : la confiance excessive accordée à l'analyse mathématique et aux statistiques aboutit à 'transformer l'économie en une branche de la logique pure, un ensemble de propositions évidentes qui, comme les mathématiques et la géométrie, ne sont sujettes à aucun autre test que celui de la cohérence interne' (*Economics and Knowledge*, 1937).
- Critique de l'illusion macroéconomique : la tentative de dégager des lois économiques manipulables n'est pas conforme à la particularité de l'ordre spontané du marché, qui est le résultat inintentionnel de la multiplicité des plans individuels qu'aucun esprit unique ne peut englober.

On ne doit pas se faire d'illusion concernant notre capacité de gérer l'économie.

Le risque totalitaire impliqué dans le dirigisme économique

- Risques liés à la tentative de surimposer un ordre organisé à un ordre spontané : 'L'homme de système Semble s'imaginer qu'il peut disposer les membres d'une grande société avec autant de facilité que la main peut arranger les différentes pièces d'un échiquier. Il ne considère point que les pièces sur l'échiquier n'ont d'autre principe de mouvement que la main qui les meut ; mais que dans le grand échiquier de la société humaine, chacune des pièces a un principe moteur qui lui est propre, entièrement différent de celui que le législateur peut choisir de lui imprimer. Si ces deux principes coïncident et agissent dans la même direction, le jeu de la société humaine se déroulera aisément et harmonieusement, avec de grandes chances d'être heureux et fructueux. S'ils sont opposés ou différents, le jeu marchera de façon lamentable et la société sera constamment dans un état d'extrême désordre' (A. Smith, *Théorie des sentiments moraux*).

Hayek apprécie cette citation d'Adam Smith. On dispose des acteurs économiques en décidant ce que chacun va faire. Cette citation est importante parce qu'elle permet de comprendre que les partisans de l'intervention de l'Etat dans l'économie ne se rendent pas compte que tout bouge et que les grandes tactiques échouent fassent à la liberté des autres acteurs.

Le risque totalitaire impliqué dans le dirigisme économique: la nécessité de choisir une 'Constitution économique'

- '...dans une certaine mesure le modèle conducteur d'un ordre global sera toujours une utopie, quelque chose dont la situation réelle ne sera jamais qu'une lointaine approximation (...) Pourtant c'est seulement en se guidant constamment sur la conception d'un modèle intrinsèquement cohérent, susceptible d'être réalisé par l'application constante des mêmes principes, que l'on parviendra à quelque chose du genre d'un cadre effectivement favorable au fonctionnement d'un ordre spontané' (t. 1, Règles et ordre, p. 77)

L'ordre du marché comme catallaxie

- L'ordre du marché est une *catallaxie* (gr. katallatein : échanger, admettre dans la communauté, faire d'un ennemi un ami): 'l'ordre engendré par l'ajustement mutuel de nombreuses économies individuelles sur un marché. Une catallaxie est ainsi l'espèce particulière d'ordre spontané produit par le marché à travers les actes de gens qui se conforment aux règles juridiques concernant la propriété, les dommages et les contrats' (t. 2, Le mirage de la justice sociale)
- Donc, l'ordre spontané du marché repose sur un règlement des comportements individuels les uns sur les autres par un mécanisme aveugle des prix, dans le cadre juridique fixé par l'Etat, lequel est une organisation qui ne doit pas diriger l'économie mais 'fournir un cadre à l'intérieur duquel peuvent se former les ordres autogénérés' (t. 3, L'ordre politique d'un peuple libre)

L'ordre du marché comme catallaxie (suite)

- Négation de la possibilité de construire une 'mosaïque' par des interventions au cas par cas, selon une démarche pragmatique, là où cela s'avère nécessaire pour remédier aux effets indésirables que produisent les mécanismes spontanés du marché : car 'au sein d'un ordre spontané, la convenance de chaque arrangement particulier dépendra de tout le reste de cet ordre ; et (...) toute modification particulière que nous y apportons nous dira peu de chose sur la manière dont il fonctionnerait dans un ensemble différent' (t. 1, Règles et ordre, p. 71)
- Hayek dénonce un dévoiement du pragmatisme (Dewey) qui a rompu avec ses propres principes et a cédé à la tentation scientiste
- Conséquence politique : nécessité de ne pas perturber cet ordre spontané par des interventions qui nécessairement rompent l'harmonie naturelle

[02/04/2009]

Ces économistes et juristes partaient de l'idée que traduit la citation d'Adam Smith → Vouloir diriger la société, c'est comme vouloir jouer aux échecs avec des pions qui bougeraient sans y prendre garde en raison de leur propre volonté, aspirations. Jeu d'échec autodirigé serait voué à l'échec car créerait le désordre et l'anarchie » Si on veut respecter la liberté des agents économiques, il faut transformer l'Etat en un Etat totalitaire qui décide ce que les hommes et femmes doivent exercer comme fonction dans la société.

A partir de cette idée, les ordolibéraux dégagent cette notion de choix que la société doit faire entre différentes manières de définir le rôle de l'Etat dans le marché. Et en substance, leur argument c'est que l'Etat doit choisir entre une économie administrée ou une économie de marché véritable qui doit s'abstenir de diriger et donc que la liberté des agents économiques doit être respectée. Dans le contexte après 1945 où guerre froide en Allemagne, le choix ne fait aucun doute : c'est l'économie de marché qui doit être préférée. L'administration américaine avait une forte affinité avec la pensée des ordolibéraux. L'économie de marché doit imposer à l'Etat un rôle déterminé : l'Etat économique qui doit garantir l'économie du marché.

En même temps qu'ils affirment la nécessité de choisir une constitution économique, les ordolibéraux insistent sur l'interdépendance entre constitution politique et économique. Toute tentative de diriger l'économie débouche sur une perte de liberté politique, c'est-à-dire débouche sur la subordination de l'ensemble de la société à un projet politique. D'où pour l'éviter il faut respecter la différence des sphères. L'Etat devient serviteur du système économique afin de vérifier qu'il fonctionne de façon harmonieuse. Sa légitimité se construit sur cette mission c'est à dire favoriser le fonctionnement de la machine économique.

Ces thèses des libéraux ne sont compréhensibles que si on se remet dans le contexte des années 30. Les tentatives de planifier l'économie ont échoué et on prépare l'avènement d'Hitler, et la leçon qu'en tire les ordolibéraux c'est qu'il est essentiel que l'économie fonctionne bien car les problèmes économiques font le lit des totalitaristes. Ce qui typifie la politique des nazis vis à vis de l'économie c'est cette subordination de la société au objectif que poursuit la politique du parti nazi au pouvoir.

Lorsqu'en 1942-44 en Angleterre, on va créer les fondements de la sécurité sociale, un auteur Willem Breuk va critiquer de manière violente ce plan proposé pour l'Angleterre. Il n'est possible, selon les ordolibéraux, d'orienter l'économie comme veulent le faire le New deal sans prendre le risque d'étouffer ce qui est essentiel à la liberté politique, c'est à dire la liberté économique exercée sur les marchés.

Mais cela ne signifie pas que l'Etat doit s'effacer. Pour les libéraux classiques, l'Etat doit être en retrait, il doit laisser faire >< les néolibéraux : L'Etat a un rôle dans la vie économique mais ce rôle est défini de manière précise, c'est un rôle régulateur. Il impose le respect des règles. Michel Foucault qui décrit ce néolibéralisme : les néolibéraux sont partisan d'une économie de marché sans laisser faire. Se placent sous le signe de la vigilance, d'une intervention permanente car l'Etat doit protéger le consommateur contre les abus économiques, faire respecter un droit de la concurrence pour éviter les monopoles et cartels. Tout ce qui a permis à Hitler d'arriver au pouvoir en somme.

En 1949, l'Allemagne se dote d'une loi sur la concurrence qui est une loi exemplaire ayant servi de modèle pour d'autres lois sur la concurrence, et cette loi est inspirée par l'auteur Frans Breuk. Cette loi sert de modèle aux articles 85 et 86 du Traité de Rome qui définissent le droit de la concurrence interdisant les concentrations entre entreprises et les abus de positions dominantes.

L'Etat doit parfois faire plus qu'être un régulateur car il devra de temps en temps fournir un service : le monopole naturel par exemple. L'Etat doit y jouer un rôle soit comme fournisseur de service soit en accordant le monopole à un agent économique. L'Etat doit se comporter comme dans un régime concurrentiel donc s'il le délègue, l'Etat doit imposer de respecter des prix. L'idée étant que ce type de politique sera la moins perturbatrice pour les économies de marchés.

Les actions que peuvent prendre l'Etat sont de deux types

- Les actions régulatrices : ce sont, au fond, les soutiens que l'Etat offre aux marchés. *Exemple* : la fourniture d'infrastructure, l'installation de mécanisme de marché à travers des bourses, la communication qui favorise la circulation de l'information. Toute une série d'action qui facilité le fonctionnement harmonieux de l'économie. Ces actions fournissent un cadre, des règles, un droit à l'aune où l'économie va pouvoir s'épanouir.
- Les actions ordonnatrices : créer des conditions qui relèvent de ce qu'on appelle la constitution économique qui définissent les règles du jeu de la vie économique de manière plus structurelle. *Exemple* : « Sans doute il y a des limites à l'action économique mais chacune de ces données est influençable. Même le climat d'un pays peut être modifié par l'intervention humaine. Le plus grand champ d'action est offert par la 6^{ème} donnée c'est à dire l'ordre juridique et social » Walter Eucken. On voit donc que l'Etat doit agir, il ne peut pas laisser faire. Mais ce qui est typique, c'est que l'Etat prend ces décisions dans ce domaine en fonction des besoins économiques, en fonction de ce dont les agents économiques ont le plus besoin. Ce qui correspondra le mieux à la croissance économique. L'Etat est actif mais radicalement économique car n'a pas de définition de l'intérêt général autonome, il s'agit d'un Etat interventionniste mais en un sens seulement. Car un) il est au service de l'économie deux) il se contente de définir le cadre à l'intérieur duquel l'économie va s'épanouir.

Caractéristiques de la politique sociale telle que conduite dans l'Etat providence

- Elle fait contre poids au mécanisme économique : on aide pour remédier au déficit du marché
- Les formes que prennent la politique sociale sont de deux types : soit des transferts de revenus des politiques redistributives soit des services sociaux.
- Comme elles doivent être financés, elles exigent des budgets donc plus la croissance économique est forte, plus elles sont facile à mener

Pour les néolibéraux, les politiques sociales sont construites différemment. Ils sont hostiles face à des politiques sociales qui créeraient des perturbations dans le marché.

- Elles ne doivent pas être antiéconomiques mais doivent être conçues pour perturber le moins possible le fonctionnement économique.
- La politique sociale est une politique qui veut renforcer l'accès à la propriété, à l'assurance. Donc veulent favoriser l'agent économique privé et son autonomie. La politique sociale est une politique qui érige chaque agent individuel en une petite entreprise, il faut donner à chacun les moyens de se passer du soutien de l'Etat.
- Les politiques sociales pour les néolibéraux (surtout Muller Harmak) sont idéalement des politiques de croissance économique. Un politique sociale qui irait à l'encontre de la croissance économique ne serait pas soutenable dans le moyen terme et ne fonctionne pas dans l'intérêt des personnes mêmes qu'on souhaite aider.

Le rôle du droit dans cette philosophie économique et politique

Le droit fait partie de ce qui constitue le cadre des activités économiques à l'intérieur duquel ces activités économiques peuvent s'épanouir. Et l'Etat a un rôle important dans la définition d'un cadre juridique. Le marché n'est pas un marché sans droit, c'est la nature du droit qui est a spécifié. Pour les néolibéraux, il faut un minimum d'interventionnisme économique mais un maximum

d'interventionnisme juridique (faut des règles de droit bien connues afin de favoriser l'investissement, l'esprit d'entreprise) il faut un Etat fort pour faire respecter ces règles.

Le type de droit que l'on a, c'est un droit formel plutôt que matériel. C'est l'idéal du Rechtsstad. C'est le droit d'un Etat qui ne choisit à la place des acteurs mais qui définit un cadre dont il impose le respect.

Michel Foucault rajoute que l'Etat est présent mais pour garantir les mécanismes préférentiels. Doit être un marché où règle la concurrence économique.

Hayek dénonce la confusion qu'on opère entre sa propre vision néolibérale et le néolibéralisme classique. « Sans doute rien n'a fait plus de tort que cette insistance bornée de certains libéraux sur des règles, notamment sur le laisser faire »

V. L'impact de la construction européenne

Si on fait du commerce international cela favorise la croissance économique. (cfr slide + Julien) De manière spontanée, les conditions de vie des travailleurs vont être améliorée grâce à la croissance économique et qu'une partie de cette croissance va revenir au travailleurs. D'où pas besoin de politique sociale car le résultat de la croissance économique atteindra le but d'une politique sociale.

Illustration de politique économie : l'Etablissement d'établissement, liberté de circulation des capitaux, liberté de circulation des travailleurs.

Dans le Traité de Rome on utilise la notion de cohésion économique sociale c'est à dire que le marché commun est l'instrument à travers lequel on réalise des objectifs sociaux. Le traité de Lisbonne redéfinit les objectifs de l'UE comme le marché intérieur, le développement durable de l'Europe, l'économie sociale du marché qui a une origine dans les thèses ordolibérales → la meilleure protection sociale est une politique qui favorise la croissance économique.

La concurrence fiscale : le fait de diminuer chez soi les impôts pour attirer à soi les hauts revenus des entreprises de manière à financer les budgets. Pour ne pas voir fuir les acteurs économiques, les Etats favorisent leurs conditions. Le taux des entreprises diminuent mais celui des privés augmentent car on ne veut pas que les entreprises migrent.

Il est difficile pour les Etats de se mettre d'accord sur des normes communes. Et même si on y arrive, ces normes risquent d'être insuffisantes. Donc l'histoire de l'intégration européenne a été l'histoire d'un débat permanent.

Débat sur le marché intérieur et l'ordre social

Dans la jurisprudence de la CJCE qui a pour mission de garantir le respect des libertés économiques fondamentales (circulation des marchandises, des prestations de services, d'établissement mais aussi le droit de la concurrence) elle reconnaît aux Etats d'introduire des exceptions à ces libertés économiques qui peuvent faire l'objet de préoccupations de type environnemental.

Illustration : Arrêt de 1981 Eubel : affaire où un boulanger allemand avait violé des règles de travail de nuit dans les boulangeries. Celui-ci se plaignait que cette réglementation était une entrave à sa liberté économique de fournir du pain aux PB, en Belgique.

La réponse de la CJCE l'interdiction de fabrication avant 4h du matin dans le secteur de la boulangerie est un choix conforme vis à vis de l'objectif du traité. Le législateur peut interdire de travailler de nuit car choix légitime de la part des autorités allemandes.

Affaire Seco : la loi française imposait aux employeurs de payer des cotisations sociales dans l'EM d'accueil, lorsque preste dans un autre pays, alors qu'ils en payaient déjà dans le pays d'origine. La CJCE nous dit que la France ne peut l'imposer en vertu de la législation de l'Etat où l'entreprise est établie.

Affaire Albanie de 1999 : accord collectif du travail conclu entre syndicat et employeur qui prévoyait un régime de pension supplémentaire auquel l'affiliation est obligatoire. Cela empêche à des assureurs privés de faire concurrence à la société d'assurance pour laquelle l'affiliation est obligatoire. La CJCE considère que cette restriction au droit de la concurrence est admissible dès lors qu'il s'agit de respecter les termes d'une convention collective de travail. La liberté de conclure des CCT est une liberté qui mérite d'être respectée. Mais elle ajoute que l'installation d'un régime de pension complémentaire vise à garantir un certain niveau de pension aux travailleurs de ce secteur et contribue à l'amélioration des conditions de travail c'est à dire la rémunération. On peut déroger au droit de la concurrence, y introduire des exceptions mais uniquement dans la mesure où cela correspond à ce qu'on attend des CCT. On ne peut aller au delà d'une CCT.

Affaire Decker et Khol : dans les deux affaires la caisse de sécurité sociale luxembourgeoise exigeait comme condition de remboursement, une autorisation préalable délivrée par la caisse sécurité sociale. (soit pour achat de lunette soit pour une opération). L'entrave à la libre circulation de marchandise ou des services est disproportionnée car pas de risque d'atteindre l'équilibre sociale. Entrave disproportionnée car non strictement nécessaire à maintenir l'équilibre social.

La décision d'un Etat de favoriser la compétitivité sur son territoire répondent à toute une série de paramètre. On ne peut anticiper par avance le résultat de ce processus. A côté du risque de dérégulation compétitive, il y a aussi des situations où des courses vers le haut pourraient avoir lieu.

Illustration : Allemagne imposant des conditions strictes pour la fabrication des jouets. Ou si la France a des réglementations strictes en matière de tabac et que la Grèce n'a pas des standards aussi élevé. Grèce va devoir imiter le modèle français = effet californien (car la Californie a choisit d'imposer des règles strictes aux automobilistes pour limiter la pollution produite. D'où il y a eu des productions de voiture respectant le standard de la Californie car ne pouvait se passer d'elle. Puis finalement, il y a eut un effet boule de neige, et tous les Etats l'ont adopté. D'où on parle d'effet californien)

On a toute une série d'initiatives prises pour harmoniser (intégration positive).

Ya t il un risque de dérégulation compétitive

Trois types de réglementations

- Des produits : qui vise, par exemple, la qualité des jouets. Il n'est pas exclu qu'en matière de réglementation des produits, on assiste à une course vers le haut.

(désolée j'ai décroché pour les 10 dernières minutes. Demander éventuellement note à Laura ☺)

