

Bruno Leoni

La Liberté et le Droit

Préface de Carlo Lottieri

bibliothèque classique de la liberté
les belles lettres



BIBLIOTHÈQUE CLASSIQUE
DE LA LIBERTÉ

Collection dirigée

par

Alain Laurent

DANS LA MÊME COLLECTION

Benjamin Constant,
Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri

Wilhelm von Humboldt,
Essai sur les limites de l'action de l'État

Ludwig von Mises,
Abrégé de L'Action humaine, traité d'économie

Frédéric Bastiat,
Sophismes économiques

Yves Guyot,
La Tyrannie collectiviste

Jacques Necker,
Réflexions philosophiques sur l'égalité

LA LIBERTÉ ET LE DROIT

La *Bibliothèque classique de la Liberté* se propose de publier des textes qui, jusqu'à l'orée de la seconde moitié du XX^e siècle, ont fait date dans l'histoire de la philosophie politique en apportant une contribution essentielle à la promotion et l'approfondissement de la liberté individuelle – mais ne sont plus disponibles en librairie ou sont demeurés ignorés du public français.

Collection de référence et de combat intellectuels visant entre autres choses à rappeler la réalité et la richesse d'une tradition libérale française, elle accueille aussi des rééditions ou des traductions inédites d'ouvrages d'inspiration conservatrice « éclairée », anarchisante, libertarienne ou issus d'une gauche ouverte aux droits de l'individu.

Chaque volume de la collection est précédé d'une préface présentant le texte et son auteur, et s'achève sur une chronologie bio-bibliographique de l'auteur et un index sélectif.

BRUNO LEONI

LA LIBERTÉ ET LE DROIT

Traduit de l'anglais par Charlotte Philippe

Préface de Carlo Lottieri

bibliothèque classique de la liberté

les belles lettres



BRUNO LEONI ET LE « DROIT DE MARCHÉ »

À l'intérieur de la philosophie du droit du vingtième siècle, Bruno Leoni est l'auteur qui a interprété le libéralisme classique de la manière la plus cohérente et la plus rigoureuse. Pour cette raison, sa présence a toujours été très originale et stimulante, authentiquement à contre-courant et capable de mettre en discussion les dogmes les plus établis.

Savant polyédrique (juriste et philosophe, mais en même temps passionné de science politique, théorie économique et histoire des idées politiques), Leoni a ouvert au cours des années 50 et 60 la route à plusieurs orientations : du *Public Choice* à l'*Economic Analysis of Law*, jusqu'à l'étude interdisciplinaire de ces institutions – le droit, par exemple – qui se développent non sur la base de décisions imposées *d'en haut*, mais plutôt grâce à la capacité de s'auto-générer et d'évoluer *du bas*.

Après sa mort – qui a eu lieu en 1967 dans des circonstances tragiques – Leoni a été longtemps oublié sur le Vieux Continent, même s'il a continué à inspirer plusieurs protagonistes de la pensée libérale américaine. Tout cela n'est pas surprenant si on considère que son individualisme intégral n'est pas du tout en syntonie avec l'Europe contemporaine, mais plutôt avec la tra-

dition civile des États-Unis et surtout de ses tendances les plus libertariennes. *La Liberté et le Droit* et les autres écrits de Leoni sont marqués par une culture anglo-saxonne qu'il arrivait à absorber en profondeur grâce à ses intenses rapports avec les penseurs majeurs de cet univers intellectuel.

L'évolution des idées de Bruno Leoni aurait été très différente sans la Mont Pèlerin Society, parce qu'à l'occasion de ces conférences internationales il a eu la chance d'entrer en contact avec des idées et des écoles de pensée très loin d'être bien acceptées par la culture qui dominait l'Italie à cette époque-là. Pendant plusieurs décennies, l'association créée par Friedrich A. von Hayek a été un extraordinaire lieu de contacts et d'échanges culturels pour ceux qui cherchaient à réfléchir sur le libéralisme classique. S'il était resté enfermé dans le débat italien (à l'époque largement dominé par le marxisme, le néopositivisme, l'historicisme néo-hégélien et le solidarisme catholique), Leoni n'aurait jamais pu élaborer ses propres thèses et il n'aurait jamais obtenu l'originalité qui, au contraire, encore aujourd'hui nous pousse à lire ses œuvres et à en tirer beaucoup d'enseignement.

En ce sens, il est intéressant de remarquer qu'un nombre de plus en plus important d'auteurs – et d'orientations les plus différentes – perçoit le caractère innovateur de sa pensée, qui, dans le cadre de la philosophie du droit, a développé une perspective tout à fait alternative aux modèles kelséniens du normativisme dominant et à l'inspiration socialiste qui continue à marquer les sciences sociales.

En particulier, si au cours des deux derniers siècles le droit a été constamment identifié avec la simple volonté des hommes au pouvoir, une des contributions

majeures de Leoni est dans le fait qu'il nous a suggéré une autre manière de regarder les normes, en s'efforçant de percer ce qu'il y a au-delà de la volonté arbitraire des politiciens et au-delà d'une législation très souvent condamnée à rester *lettre morte*.

Les réflexions de Leoni sur le droit nous aident aussi à comprendre les extraordinaires potentialités de la tradition « autrichienne » des sciences sociales, qui a eu son origine avec Carl Menger et qui a trouvé ensuite dans Ludwig von Mises, Friedrich A. von Hayek et Murray N. Rothbard ses interprètes les plus créatifs. Dans son étude du droit, il utilise l'individualisme méthodologique, les analyses sur la nature évolutive des institutions, la théorie de la valeur subjective et les thèses misesiennes sur le problème du calcul économique ; et son travail démontre que la réflexion sociale tout entière peut tirer d'énormes bénéfices des enseignements fondamentaux de l'école autrichienne.

Lecteur attentif des économistes libéraux, et en particulier admirateur de Mises, Leoni est connu surtout parce qu'il a élaboré une théorie du droit qui – contre Hans Kelsen et le positivisme juridique – a réévalué l'ancienne *common law* anglo-saxonne, instaurant une analogie entre les règles de création jurisprudentielle et l'ordre spontané qui émerge sur le marché grâce aux innombrables accords des entrepreneurs et des consommateurs. Une de ses idées fixes est qu'il y a une syntonie entre marché et droit évolutif, d'un côté, et planification économique et législation, de l'autre.

Une surévaluation du droit historique avait été caractéristique du Romantisme et, en particulier, de la culture allemande du XIX^e siècle. Et pourtant chez Leoni la redécouverte de certains thèses de Carl von Savigny n'a rien de conservateur ni de communitariste.

D'autre part, le droit évolutif est rapproché par Leoni du marché libre, et ce lien entre une économie libre et sans entraves et le droit spontané peut être expliqué, selon le juriste italien, par sa théorie de la « prétention » individuelle (en anglais, *individual claim*). Dans ses relations sociales, chaque individu avance des prétentions sur le comportement des autres sujets et, par exemple, les individus exigent de n'être pas agressés ou menacés. Le sens de sa reconstruction est que la norme qui empêche de faire violence à autrui n'est rien d'autre que le résultat de prétentions (largement diffusées) qui ont fini par imposer un certain type de comportement et donc de prévisions raisonnables.

Dans cette théorie, le système légal qui est au centre des analyses des théoriciens, et qui en général est interprété à partir d'une perspective « normativiste », doit être rapporté aux actions des particuliers : exactement comme le libre marché. Avec Leoni, en d'autres termes, nous avons une théorie individualiste de l'origine du droit qui adopte toute une série de thèmes de la sociologie classique (et même du Romantisme juridique), mais à l'intérieur d'un cadre conceptuel qui est défini par les arguments les plus innovateurs des économistes autrichiens du XIX^e et du XX^e siècle.

L'action par laquelle nous exigeons un certain comportement de nos interlocuteurs, en effet, rencontre d'autres actions. Et pour Leoni c'est justement cet échange de prétentions qui renforce le droit, le jour où – par exemple – on renonce à agresser autrui en recevant la garantie de n'être pas agressés.

Ce débat apparemment technique, qui voit Leoni s'opposer au positivisme juridique des normativistes (Kelsen et Hart, en particulier), se base sur une option idéologique très nette. Dans la vision léonienne du

droit, l'opposition au normativisme est étroitement liée à son refus du socialisme, qui est expression d'une mauvaise moralité et de la perverse volonté de mettre la réalité sociale sous le contrôle d'un petit nombre d'individus *éclairés*.

En tant que libéral, il s'oppose à l'arbitraire d'une législation artificielle qui, en raison de sa structure formelle (elle est le simple produit de la volonté des législateurs), est destinée à réduire progressivement les espaces de la liberté individuelle. Et en tant que philosophe du droit, il montre également que la certitude assurée par les ordres légaux qui ont leur modèle dans le code est seulement à *court terme*. Dans une société réglée par la loi écrite, en effet, nous ne connaissons que les normes qu'il faut respecter dans le présent et dans le futur immédiat, parce que le législateur est toujours en condition de modifier, bouleverser et – en fin de compte – subvertir l'ordre légal. Si on examine les conséquences à long terme de la législation, il faut admettre que – loin de réduire l'incertitude – elle fait obstacle à toute notre capacité de *faire des projets* et d'avoir un comportement d'entrepreneur.

En ce sens, on peut dire que la loi est la première ennemie du droit.

Dans les écrits de Leoni, cette *pars destruens* est accompagnée par une *pars construens* qui a son noyau dur dans une nette préférence – comme on l'a déjà remarqué – pour les ordres juridiques qui émergent spontanément, qui apprennent à se corriger, qui ne sont pas du tout le produit de la « décision » d'un chef ou d'un parlement, mais plutôt le point d'aboutissement d'un processus auquel participent à différents titres les juges, les avocats, les parties, les juristes, les *opinion leader* et, plus généralement, la société tout entière.

Dans le *jus civile* comme dans l'ancienne *common law*, en effet, le droit était hors du contrôle des hommes politiques, et il était constamment élaboré et remanié par un processus social très vaste auquel participaient beaucoup de sujets. Dans la société romaine, c'était essentiellement un débat « scientifique » qui dessinait les instituts fondamentaux du droit, tandis que dans la société anglaise ce rôle était joué surtout par les juges, qui par leurs décisions sont arrivés à définir un cadre légal très précis.

Leoni remarque tout cela et il est toujours très élogieux à propos de ces expériences historiques, mais en même temps, quand il présente son « modèle », il nous fait bien comprendre qu'il veut accueillir non seulement les décisions des juges sur telle ou telle question (la *judge-made law* anglo-saxonne), ni seulement les opinions des juristes les plus cultivés (la *jurisprudentia* romaine), parce qu'il imagine un droit qui sait tirer avantage de toutes ces données et même de la coutume.

En valorisant la complexité du droit historique, Leoni nous montre que plusieurs relations légales n'ont rien de juridique et, au contraire, marquent la négation la plus radicale du droit. À ses yeux, les lois qui sont produites par les mécanismes politiques démocratiques sont l'expression de la cynique détermination à obtenir faveurs et privilèges et d'un conflit (féroce et sans exclusion de coups) entre intérêts opposés. L'étatisation du droit et de la société tout entière nous a conduits, même contre notre volonté, dans une *lutte légale de tous contre tous* où à la force du droit on a substitué le droit de la force: des plus organisés, riches, cultivés, etc.

Si un croissant contrôle politique de la société a produit ces résultats, il est clair que, pour sortir de cette

situation, il faut augmenter les espaces de liberté individuelle. À cet égard, la thèse la plus subversive qui a été proposée par Leoni est peut-être celle que dans une société libre il n'y a aucun besoin d'être tous à l'intérieur de la même juridiction. En particulier, quand il pose la question du choix des juges, sa réponse est que chacun de nous pourra le faire, exactement comme on choisit l'avocat, le médecin ou le notaire.

La société qu'il imagine est alors une société progressivement libérée du monopole de la violence (de l'État moderne, en particulier), dans laquelle les rapports se développent sur une base volontaire, sans qu'aucune aristocratie politico-bureaucratique puisse s'imposer au-dessus des citoyens et en ignorer les préférences et les droits. Il s'agit d'un regard sur la réalité qui préserve des traits « visionnaires » et continue à se nourrir d'études et de recherches.

Aujourd'hui il est tout à fait évident qu'existe une convergence entre ses thèses et celles des auteurs libertariens les plus cohérents. Sur ce plan, il est à remarquer qu'un élève de Leoni, Mario Stoppino, a souligné que dans *La Liberté et le Droit* et dans les autres textes du philosophe turinois il y avait « une tendance presque anarchiste », évidemment en sens libéral : au point que parfois « il semble s'orienter vers des positions "libertariennes", dans le sens du *libertarianism* américain, par exemple d'un Rothbard¹ ».

Et il est vrai que, comparé à Hayek, Leoni est bien plus radical. Mieux : comme Hayek lui-même l'a mis en évidence dans une conférence à Pavie quelques mois

1. Mauro Stoppino, « Introduzione » à Bruno Leoni, *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, Milan, Società Aperta, 1997, p. XXII.

après la mort de Leoni², l'auteur de *Law, Legislation, and Liberty* s'approcha de l'idée d'un droit évolutif principalement à cause des critiques que son ami italien lui avait adressées dans ses commentaires aux thèses – complètement différentes – exposées dans *The Constitution of Liberty*³.

À ce propos il faut dire que les critiques adressées par Leoni à la législation sont étroitement liées à sa forte conscience des mécanismes réels qui marquent la logique politique. Et dans *La Liberté et le Droit*, il développe des analyses très ponctuelles sur la nature du « politique », en soulignant la tension qui oppose l'État démocratique moderne et le libéralisme classique. Un objectif fondamental de Leoni est d'attirer l'attention sur les contradictions internes à la logique démocratique, qu'il examine à plusieurs reprises, par exemple à partir des écrits d'Anthony Downs en défense de la règle majoritaire.

Downs élabore sa réflexion en s'appuyant sur la thèse que dans une démocratie tous les individus (électeurs) ont le même poids et que la meilleure solution est celle qui « sacrifie » les choix du plus petit nombre de personnes. Mais Leoni montre que *égalité de chances* et *règle majoritaire* sont incompatibles, parce que dans le jeu démocratique les vainqueurs obtiennent tout (le contrôle du gouvernement) et ceux qui ont perdu n'obtiennent rien.

2. Friedrich A. von Hayek, « Bruno Leoni the Scholar », dans *Omaggio a Bruno Leoni*, édité par Pasquale Scaramozzino, Quaderni della Rivista *Il Politico*, n. 7, Milan, Giuffrè, 1969, pp. 21-25.

3. Friedrich A. von Hayek, *The Constitution of Liberty*, London, Routledge & Paul, 1960.

Leoni développe son analyse en remarquant que la logique représentative qui est typique des démocraties s'est imposée à la suite de la collectivisation de la vie sociale. L'*escamotage* de la prétendue égalité des électeurs se transforme en domination de certains individus sur les autres, et les causes de cette dynamique sont à retrouver dans l'originale option collectiviste de la démocratie moderne et, bien plus en arrière, dans la logique du principe de souveraineté. C'est l'agrégation même de la vie sociale sous des institutions monopolistes et hiérarchisées qui ouvre la route aux ordres politiques anti-libéraux, effectivement dominés par des petits groupes.

Dans un des passages les plus caractéristiques de sa réflexion, Leoni utilise Lawrence Lowell et son image d'un voyageur qui rencontre une bande de pillards qui lui proposent de voter sur le destin de son argent⁴. La « collectivité » qui va se constituer à ce moment-là, composée par le voyageur et les voleurs, voit le premier se trouver dans une position minoritaire (parce qu'il veut défendre son capital) et ses droits n'ont aucune valeur vis-à-vis de la volonté du groupe majoritaire. Et ces considérations de Leoni – qui peuvent paraître étranges (et il vrai qu'en général les brigands ne prétendent pas à une « légitimation » démocratique de ce genre pour leurs agressions) – montrent que l'auteur de *La Liberté et le Droit* partageait la thèse libertarienne sur l'origine substantiellement criminelle des institutions d'État.

4. Dans plusieurs textes, Leoni se réfère à ce livre : Abbott Lawrence Lowell, *Public Opinion and Popular Government*, New York, Longman and Green, 1913.

D'autre part, les pages de Leoni sur la domination des gouvernants s'insèrent dans une tradition à l'intérieur de laquelle ont occupé une position importante des auteurs italiens comme Gaetano Mosca et Vilfredo Pareto, mais dans laquelle ne manquent pas des protagonistes éminents du libéralisme classique⁵. Cela apparaît très clairement, par exemple, dans les *Lezioni di Dottrina dello Stato*, où Leoni oppose la relation économique et la relation hégémonique. Sa thèse est que, par définition, la première « satisfait les exigences de l'individu », tandis que la deuxième est un rapport typiquement « disproductif », et pour cette raison elle se situe « au-dehors de l'économie⁶ ».

Quand il définit le rapport « disproductif » (et en italien aussi il s'agit d'un néologisme), Leoni prend l'exemple d'un orgue de Barbarie joué dans la rue, mais qui dérange un professeur en train de travailler dans le calme de son bureau. Si celui-ci décide de sacrifier un peu d'argent en demandant à cet homme d'aller ailleurs, il est évident que cette interaction peut être appréciée seulement par un des deux acteurs (le joueur de l'orgue de Barbarie) ; le professeur, au contraire, paye pour éviter de subir une « invasion » musicale (une *immissio*, a nuisance) et donc une atteinte à ses droits.

L'État est alors hégémonique et « disproductif » par excellence, en vivant d'impôts et de menaces. Selon l'avis de Leoni, d'autre part, il faut toujours se rappeler

5. À cet égard, je me permets de suggérer au lecteur cet article : Carlo Lottieri, « Élitisme classique (Mosca et Pareto) et élitisme libéralien : analogies et différences », in : Alban Bouvier (éd.), *Pareto aujourd'hui*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, pp. 199-219.

6. Bruno Leoni, *Lezioni di Dottrina dello Stato*, p. 305.

– même si cela peut paraître une tautologie – que « l’impôt est précisément quelque chose qui est “imposé” ». Pour cette raison il arrive à condamner l’existence du monopole étatiste de la violence, en s’appuyant sur l’évidence que, « à la racine même de tout rapport d’imposition fiscale, il y a cet élément disproductif, au moins en puissance, même quand l’impôt veut être le paiement d’un service (que le contribuable pourrait ne pas désirer⁸) ».

En plus, dans les modernes démocraties on propage facilement l’illusion tout à fait immorale qu’on puisse tirer des avantages des rapports de domination et être donc dans le groupe de ceux qui oppriment, et non dans le groupe de ceux qui sont opprimés. L’objectif est d’être avec les bénéficiaires (les *tax-consumers*) plutôt qu’avec les victimes (les *tax-payers*). Les *lobbies* (professionnels, syndicaux, territoriaux, religieux, culturels, etc.) tirent leur force de leur capacité à mobiliser une large partie de la société et du rôle qu’ils jouent dans le partage des ressources collectives.

C’est cette même logique de la croissante participation des individus à la vie publique qui, en d’autres termes, rend de plus en plus autoritaires les ordres politiques contemporains.

Mais il est également vrai que le pouvoir public ne se serait pas facilement imposé sans s’appuyer sur des

7. Bruno Leoni, *Lezioni di Dottrina dello Stato*, p. 311. Leoni anticipe ici une formule employée par Pascal Salin qui, dans *L’arbitraire fiscal*, a écrit : « Comme son nom l’indique, l’impôt est... *imposé* ; il est confisqué par la force et non gagné par l’échange volontaire » (Pascal Salin, *L’arbitraire fiscal, ou Comment sortir de la crise*, Paris – Genève, Slatkine, 1985, p. 17).

8. Bruno Leoni, *Lezioni di Dottrina dello Stato*, p. 312.

croyances de nature mythique et irrationnelle. À propos de l'élection des représentants, Leoni parle de « procédures cérémonieuses et presque magiques⁹ », en soulignant que la théorie démocratique présuppose que les élus possèdent une « mystérieuse intuition¹⁰ » capable de les faire devenir interprètes de la volonté des électeurs. À plusieurs reprises Leoni fait référence « au culte convenu que notre époque voue aux vertus de la démocratie "représentative"¹¹ » et il ne renonce pas à citer la très connue opinion de Herbert Spencer sur la superstition du droit divin des majorités¹².

Selon un préjugé aujourd'hui largement accepté, les systèmes démocratiques annuleraient la distance entre le souverain et les citoyens : la connexion entre le « représentant » et le « représenté » serait très étroite grâce à la fiction qui voit dans les élus les interprètes de la volonté générale et du bien commun. Mais Leoni est loin d'être optimiste sur ce sujet.

Sa thèse est que, dans les systèmes politiques contemporains, la représentation ne subordonne pas les hommes politiques aux citoyens, en premier lieu parce que la relation n'est pas individuelle ni volontaire. En plus, ceux qui participent aux élections ne sont pas appelés à s'exprimer face à des objectifs définis, mais ils se trouvent à choisir hommes et/ou partis qui proposent des visions très générales. Ce qui nous est offert est un « paquet » complet, avec des idées qui

9. Bruno Leoni, *La Liberté et le Droit*, p. 31.

10. *Ibidem*.

11. Bruno Leoni, *La Liberté et le Droit*, p. 46.

12. Bruno Leoni, "Decisioni politiche e regola di maggioranza", in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Milan, Giuffrè, 1980, p. 44.

peuvent nous plaire et d'autres que – au contraire – nous n'aimons pas. Et il n'y a pas la possibilité de retirer le mandat, ce qui permet au parlementaire, qui devrait interpréter les volontés de ceux qui l'ont investi de cette fonction, de se libérer immédiatement de tout lien et d'acquérir sa vie propre, sans rendre compte à ses représentés (comme tous les professionnels doivent le faire, s'ils ne veulent pas perdre leur charge).

L'importance du thème de la représentation provient exactement de toutes ces perversions. Encore une fois, Leoni développe une réflexion sur l'histoire pour mettre en évidence les limites des systèmes juridiques en vigueur, qui ont accepté en tant que donnée insurmontable le recours à la coercition. Le changement des institutions politiques – du Moyen Âge à l'époque contemporaine – lui paraît plus une involution qu'un progrès.

Leoni rappelle que dans le passé les choses étaient largement différentes et que, « en 1221, l'évêque de Winchester, "appelé à consentir une taxe de *scutagium*, refusa de payer, après que le conseil se fut acquitté de la subvention, au motif qu'il n'était pas d'accord, et le chancelier de l'Échiquier a retenu sa plainte¹³ ». Dans les siècles qui ont précédé le triomphe de l'État moderne, nous rappelle Leoni, les représentants étaient étroitement liés aux représentés, au point que, quand en 1295 Édouard I^{er} a appelé les délégués élus des villages, des comtés et des villes, « les gens convoqués par le roi à Westminster étaient conçus comme des mandataires de leurs communautés »¹⁴. Il remarque aussi qu'à

13. Bruno Leoni, *La Liberté et le Droit*, p. 194.

14. Bruno Leoni, *La Liberté et le Droit*, pp. 193-194.

l'origine le principe *no taxation without representation* était interprété dans le sens qu'aucun prélèvement ne pouvait être légitime sans le consentement direct de l'individu taxé.

Leoni consacre aussi une attention particulière à examiner de manière détaillée les modalités avec lesquelles, dans nos systèmes représentatifs, les décisions majoritaires sont prises et comment la classe politique implique et coïntéresse une large partie de la société.

Contre l'avis de Thomas Hobbes, en effet, ce n'est pas dans la société libre qu'il y a le *bellum omnium contra omnes*, mais plutôt à l'intérieur de l'État démocratique. C'est le système représentatif des intérêts, qui conduit à une guerre *légale* de tous contre tous, qui produit une logique d'exploitation et de parasitisme généralisés. Et on ne peut pas croire à l'argument – vraiment naïvement optimiste – de Downs, selon lequel ces comportements politiques seraient censurés par les élections. Les choses sont tout à fait différentes, parce que les électeurs s'opposent au système des *lobbies* et des groupes d'intérêt de manière très abstraite, et ils sont conduits à le défendre chaque fois qu'il s'agit de sauvegarder leurs propres avantages personnels ou de groupe.

Si les décisions collectives impliquent la coercition et si une société est d'autant plus libre qu'on réduit le recours à la violence injustifiée, la solution consiste à restreindre le rôle de la politique et de la démocratie, de manière à faire s'accroître l'espace réservée aux négociations de marché. Leoni sait bien que la législation (la loi *écrite*, imposée par un souverain ou un parlement, et qui tend à se concevoir comme indépendante de tout genre d'évolution et d'interprétation) a joué un rôle décisif dans l'expansion du pouvoir public.

À une époque où l'État moderne est de plus en plus en crise – comme la chute du communisme l'a bien montré –, il n'est pas surprenant que la théorie de Leoni soit en train d'être redécouverte. Surtout parce que cet auteur a eu l'intelligence d'entrelacer l'adhésion à la *golden rule* (à des principes libéraux bien définis et objectifs) et la sagesse d'un droit évolutif qui doit suivre l'histoire, résoudre les problèmes, s'adapter aux différentes situations.

Avec ses études sur les désastres de l'interventionnisme et sur la faillite de la planification juridique, Bruno Leoni a ouvert des pistes de recherche du plus grand intérêt. C'est à nous que revient la tâche d'approfondir ses idées et de développer ses intuitions.

CARLO LOTTIERI,
président de l'Institut Bruno Leoni.

INTRODUCTION

Il semble qu'à l'heure actuelle la liberté individuelle soit vouée à n'être principalement défendue que par des économistes et non par des juristes ou des politologues.

En ce qui concerne les juristes, cela vient peut-être du fait que, d'une certaine façon, ils doivent aborder la question en fonction de leur expertise professionnelle, et donc par rapport au système légal contemporain. Comme aurait dit lord Bacon, « ils parlent comme s'ils étaient pieds et poings liés ». Le système légal contemporain, auquel ils sont liés, ne laisse semble-t-il qu'une place très réduite à la liberté individuelle.

D'autre part les politologues tendent souvent à considérer que la politique est une espèce de technique comparable disons à la mécanique. Cela implique que les gens pourraient presque être assimilés aux machines et aux usines dont s'occupent les ingénieurs et qu'ils devraient être traités plus ou moins de la même façon par les scientifiques de la politique. Cette conception mécanique de la science politique ne sert pas vraiment la cause de la liberté individuelle.

Bien sûr la science politique peut être envisagée sous d'autres aspects que celui purement technique.

On peut aussi l'appréhender (bien que cela soit de moins en moins fréquent aujourd'hui) comme un moyen permettant aux gens d'agir – autant que possible – comme ils le souhaitent, au lieu de devoir se conformer aux comportements jugés acceptables par certains technocrates.

La conception que l'on a du droit peut cependant être différente de celle de l'avocat qui est ligoté dès lors qu'il doit défendre une affaire devant un tribunal. Quand il a une bonne connaissance du droit, un avocat sait très bien comment le système juridique de son pays fonctionne (il en connaît aussi les failles). Du reste, s'il a une certaine culture historique, il peut facilement comparer le fonctionnement des différents systèmes juridiques successifs d'un même pays. Enfin, s'il connaît un peu la façon dont les systèmes juridiques des autres pays fonctionnent ou ont fonctionné, il peut établir des comparaisons précieuses et élargir ainsi l'horizon à la fois de l'économiste et du politologue.

En fait, la liberté n'est pas seulement un concept économique ou politique, mais également et sûrement, avant tout, un concept juridique, puisqu'il implique inévitablement un ensemble de conséquences légales.

Dans toute tentative de redéfinir la notion de liberté, l'approche politique, dans le sens où j'ai essayé de le souligner ci-dessus, est complémentaire de l'approche économique, et l'approche juridique est complémentaire des deux.

Il manque cependant quelque chose pour que cette tentative réussisse. Au cours des siècles, on a donné de multiples définitions de la liberté, et on pourrait considérer que certaines sont incompatibles avec d'autres. Si bien que l'on ne saurait donner à ce mot un sens univoque qu'en posant un certain nombre de réserves et

après avoir effectué une enquête préalable de nature linguistique.

Tout un chacun peut donner sa propre définition de la liberté, mais, pour que cette définition soit acceptée par tous, il faut qu'elle soit soutenue par des arguments vraiment convaincants. Toutefois ce problème n'est pas spécifique à la question de la liberté ; c'est le cas de n'importe quel type de définition. Et selon moi, l'école de philosophie analytique contemporaine a eu sans aucun doute le mérite de souligner l'importance de ce problème. Afin d'analyser la liberté, il faut combiner des approches philosophique, économique, politique et juridique.

Cette combinaison n'est pas facile à établir en soi. Nous sommes confrontés à des difficultés supplémentaires en raison de la nature spécifique des sciences sociales et du fait que leurs données ne constituent pas des constats univoques comme c'est le cas de ce que l'on appelle les sciences « naturelles ».

Néanmoins j'ai essayé d'analyser, dans la mesure du possible, la liberté en la considérant comme une donnée, à savoir une attitude psychologique. J'ai procédé de la même façon avec la contrainte, qui est en quelque sorte le contraire de la liberté mais qui est aussi une attitude psychologique adoptée par ceux qui essaient de l'exercer et par ceux qui s'y sentent soumis.

On pourrait difficilement nier que l'étude des attitudes psychologiques donne des résultats aussi divers que variés, si bien qu'il est difficile de formuler une théorie univoque de la liberté et donc de la contrainte, fondée sur des faits irréfutables.

Cela signifie que les individus qui appartiennent à un système politique au sein duquel la liberté de chacun est défendue et préservée de la contrainte restent

contraints dans la mesure où leur interprétation de la liberté et donc de la contrainte ne coïncide pas avec l'interprétation qui prévaut dans ce système.

Cependant il est raisonnable de penser que les gens n'ont généralement pas des interprétations si différentes qu'il faille condamner d'avance toute tentative d'élaboration d'une théorie de la liberté politique. On peut considérer qu'au sein d'une même société les personnes qui tentent de contraindre les autres et celles qui essaient d'éviter de l'être ont au moins à peu près la même idée de ce qu'est la contrainte. On peut par conséquent en déduire que les gens ont aussi une approche plus ou moins similaire de ce qu'est l'absence de contrainte. Ceci est une hypothèse très importante pour formuler une théorie de la liberté conçue comme l'absence de contrainte. C'est ce que cet ouvrage se propose de faire.

Afin d'éviter tout malentendu, je me dois d'ajouter que, aussi paradoxal que cela puisse paraître, une théorie de la liberté considérée comme l'absence de contrainte ne prêche pas pour une absence totale de contrainte. Il y a des cas où la contrainte est nécessaire afin d'éviter que certains empiètent sur la liberté des autres. Cela va de soi dans le cas où les gens doivent pouvoir se prémunir des meurtriers ou des voleurs, mais ça l'est également dans des cas moins évidents où cette protection est relative à des formes de contrainte, et de façon concomitante, de libertés qui ne sont pas faciles à définir.

Cependant une étude impartiale de ce qui se passe dans nos sociétés ne montre pas seulement que, pour protéger la liberté, contrainte et liberté sont inextricablement liées, mais aussi malheureusement que de nombreuses doctrines stipulent que plus on accroît la

contrainte et plus on accroît du même coup la liberté. Je me trompe peut-être, mais selon moi il ne s'agit pas simplement d'un malentendu patent, mais aussi d'un signe de très mauvais augure pour le sort qui est réservé à la liberté individuelle à notre époque.

Les gens entendent souvent par « liberté » à la fois l'absence de contrainte et *quelque chose d'autre aussi*, à l'image de ce qu'un juge américain de renom aurait dit : « Une sécurité économique suffisante offre à celui qui la détient la possibilité de jouir d'une vie satisfaisante. » Souvent ces mêmes gens n'arrivent pas à voir les contradictions qu'il peut y avoir entre ces deux définitions différentes de la liberté, ni même, bien que ce ne soit pas très réjouissant de l'envisager, qu'il n'est pas possible d'adopter l'une de ces définitions sans sacrifier dans une certaine mesure l'autre, et vice versa. Leur vision synchrétique de la liberté est tout simplement fondée sur une confusion sémantique.

D'autres prétendent d'un côté qu'il faut augmenter la contrainte pour accroître la liberté au sein de leur société, et de l'autre passent purement et simplement sous silence le fait que c'est de leur « liberté » à eux dont ils parlent, et que la contrainte qu'ils veulent accroître s'applique en réalité exclusivement aux autres. Au bout du compte, ils prêchent pour la « liberté » de contraindre d'autres individus à faire ce qu'ils n'auraient jamais fait s'ils avaient été libres de choisir pour eux-mêmes.

Aujourd'hui, liberté et contrainte pivotent de plus en plus autour de la législation. Les gens ont conscience en général de l'importance cruciale qu'a la technologie dans les changements qui marquent la société contemporaine. Mais ils ne semblent pas se rendre compte dans la même mesure des changements parallèles

que la législation a introduits, changements souvent sans aucun rapport avec l'évolution technologique. Visiblement, ce qu'ils réalisent encore moins, c'est que l'importance de ces derniers changements au sein de la société contemporaine repose sur une révolution silencieuse des idées actuelles concernant le rôle de la législation. En fait, l'importance croissante accordée à la législation dans la plupart des systèmes juridiques mondiaux constitue probablement, avec les progrès technologiques et scientifiques, la caractéristique la plus saisissante de notre époque. Alors que dans les pays anglo-saxons la *common law* et les tribunaux ordinaires de justice perdent du terrain par rapport au droit réglementaire et aux autorités administratives, le droit civil dans les pays du continent est en train de suivre un processus parallèle de submersion résultant des milliers de lois qui viennent chaque année gonfler les registres légaux. Soixante ans seulement après que le Code civil allemand et un peu plus d'un siècle et demi après que le Code civil français eurent été mis en place, l'idée selon laquelle droit et législation puissent ne pas être identiques semble bien singulière à la fois aux étudiants de droit et aux profanes.

La législation apparaît aujourd'hui comme un moyen plus rapide, plus rationnel et de plus grande envergure pour résoudre toutes sortes de maux ou de désagréments que les modes d'ajustements individuels spontanés tels que l'arbitrage privé, la signature de contrats ou encore la coutume. On oublie pourtant la plupart du temps de faire remarquer que le remède législatif est peut-être trop rapide pour être efficace, trop imprévisible pour être complètement bénéfique, et beaucoup trop soumis à la contingence des points de vue et des intérêts d'une poignée d'individus (les légis-

lateurs), quels qu'ils soient, pour être une solution satisfaisante pour tous. Même lorsque ces mises en garde sont prises en compte, la critique porte généralement plus sur certaines lois en particulier que sur la législation en elle-même, et on cherche plutôt de « meilleures » lois qu'une solution autre que la législation.

Les partisans de la législation – ou plutôt ceux qui considèrent que c'est la panacée – justifient leur position en assimilant complètement la législation au droit, et jugent que les lois doivent perpétuellement s'adapter aux changements apportés par la technologie. Le développement industriel, nous dit-on, a apporté avec lui nombre de problèmes importants que les sociétés antérieures, avec leur notion du droit, n'étaient pas à même de résoudre.

Je soutiens que nous n'avons pas suffisamment de preuves pour affirmer, comme le font les avocats de l'inflation législative, que tous les maux actuels viennent des changements incessants apportés par l'évolution technologique¹, ni que le monde contemporain sache mieux les résoudre avec la législation que les sociétés antérieures qui n'ont jamais assimilé le droit avec la législation, du moins pas de façon aussi criante qu'aujourd'hui.

Il est nécessaire d'attirer l'attention des partisans de l'inflation législative qui considèrent cette dernière comme une contrepartie prétendue nécessaire du progrès scientifique et technologique contemporain, sur le

1. Il semble raisonnable de croire que le suffrage universel, par exemple, a créé autant de problèmes que la technologie, si ce n'est plus, même si on peut admettre qu'il existe de nombreuses connexions entre le développement de la technologie et celui du suffrage universel.

fait que le développement de la science et de la technologie d'une part, et celui de la législation d'autre part, sont fondés chacun sur deux idées *complètement différentes* et même contradictoires. En réalité, l'essor de la science et de la technologie a pu se faire au début de l'ère moderne uniquement parce que justement il existait d'autres procédures dont les résultats étaient très éloignés de ceux obtenus avec la législation. La recherche scientifique et technique a eu et a toujours besoin de l'initiative et de la liberté individuelle pour réussir à faire prévaloir les conclusions et les résultats atteints par des individus, même contre l'avis éventuel des autorités. De son côté, la législation est l'aboutissement d'un processus où l'autorité est toujours supérieure, même si elle va éventuellement à l'encontre de l'initiative individuelle et de la liberté. Alors que les avancées scientifiques et technologiques sont toujours le fait d'individus ou de minorités, souvent voire systématiquement en opposition avec des majorités ignorantes ou indifférentes, la législation, quant à elle, reflète toujours, surtout de nos jours, la volonté d'une majorité contingente au sein d'un comité de législateurs qui ne sont pas forcément mieux formés ni mieux éclairés que les dissidents. Partout où les autorités et les majorités prévalent, les individus doivent céder, qu'ils aient tort ou raison.

La législation de nos jours est aussi caractérisée par le fait que, en dehors de certaines petites communautés politiques où la démocratie directe s'exerce, les *Landsgemeinde* en Suisse par exemple, les législateurs sont supposés représenter leurs citoyens dans le processus législatif. Quelle qu'en soit la signification – et nous tenterons de le découvrir dans les pages suivantes – il est évident que représentation et législation sont

totale­ment étran­gères aux procé­dures obser­vées par le progrès scien­ti­fique et tech­no­lo­gique. L'idée selon la­quelle un scien­ti­fique ou un tech­ni­cien devrait être « repré­sen­té » par d'au­tres per­son­nes dans la poursuite de ses re­cher­ches semble aussi ri­di­cule que celle d'en­visager que la re­cher­che scien­ti­fique doive être prise en charge non pas par des in­di­vi­dus – y compris quand il s'agit d'un tra­vail d'é­quipe – mais par une sorte de comi­té légis­la­tif à qui on au­rait confié le pou­voir de prendre une déci­sion à la ma­jorité.

Néan­moins ce type de prise de déci­sion, qui serait exclu dans les do­maines scien­ti­fi­ques et tech­no­lo­gi­ques, se dé­ve­loppe de plus en plus dans le do­maine du droit.

Il en ré­sulte une sorte de schizo­phrénie qui, au lieu d'être dénoncée, n'a même pas ré­el­le­ment été re­mar­quée jus­qu'ici.

Les gens se com­por­tent comme si leurs be­soins en ma­tière d'ini­tiative et de prise de déci­sion in­di­vi­duelle étaient presque en­tiè­re­ment sa­tis­faits par le fait qu'ils ont accès aux bien­faits des in­no­va­tions scien­ti­fi­ques et tech­no­lo­gi­ques. Assez curieusement, au ni­veau poli­tique et ju­ri­dique, ces be­soins d'ini­tiative et de déci­sion in­di­vi­duelles appa­raissent sa­tis­faits par des procé­dures cé­ré­mo­nieuses et presque ma­gi­ques telles que l'élec­tion de « repré­sen­tants », censés savoir, par on ne sait quelle mys­té­rieuse in­tuition, ce que veulent leurs élec­teurs et qui prennent des déci­sions en consé­quence. C'est vrai, les gens ont en­core, tout au moins dans les pays oc­ci­den­taux, la pos­si­bi­lité de déci­der et d'agir en tant qu'in­di­vi­dus à bien des égards : dans le com­merce (du moins en grande partie), dans l'ex­pres­sion, dans les re­la­tions per­son­nelles et pour quan­ti­té d'au­tres types de re­la­tions so­ciales. Pour­tant ils semblent avoir ac­cepté,

une bonne fois pour toutes, le principe selon lequel une poignée de personnes – qu'ils ne connaissent que rarement à titre personnel – est capable de décider de ce que chacun doit faire, et ce au sein de limites très vaguement définies voire pas du tout.

Il faut dire que les législateurs s'abstiennent encore, dans les pays occidentaux du moins, d'intervenir dans des champs d'activités individuelles telles que la possibilité de s'exprimer, de choisir le partenaire de son mariage, de porter un certain style de vêtements ou bien encore de voyager, masquant ainsi qu'ils ont pourtant le pouvoir d'intervenir dans chacun de ces domaines. Mais d'autres pays commencent déjà à offrir un tableau complètement différent, révélant du même coup jusqu'où peuvent aller les législateurs à cet égard. Par ailleurs, à l'heure actuelle, de moins en moins de gens semblent avoir conscience du fait que le droit, tout comme le langage et la mode, peut résulter, en théorie du moins, de la convergence d'actions et de décisions individuelles spontanées émanant d'un grand nombre d'individus.

Aujourd'hui, le fait que nous n'ayons pas besoin de nous fier à d'autres pour décider, par exemple, de la façon dont nous nous exprimons ou de la façon dont nous voudrions organiser notre temps libre ne réussit pas à nous faire prendre conscience que cela devrait aussi concerner un grand nombre d'actions et de décisions que nous prenons dans le domaine du droit. L'approche que nous avons aujourd'hui du droit est invariablement altérée par l'importance écrasante que nous attachons au rôle de la législation, c'est-à-dire à *la volonté des autres* (quels qu'ils soient) *en ce qui concerne notre comportement quotidien*. J'essaierai, au cours des pages suivantes, d'éclaircir les conséquences majeures

qu'implique cette conception des choses. Nous sommes loin d'atteindre avec la législation la certitude idéale du droit, au sens pratique que cet idéal devrait avoir pour quiconque doit planifier le futur et doit savoir quelles seront les conséquences légales de ses décisions. Alors que la législation est presque toujours certaine, c'est-à-dire précise et identifiable aussi longtemps qu'elle reste en vigueur, les gens ne peuvent jamais être sûrs que la législation en vigueur aujourd'hui le sera toujours le lendemain matin. Un système juridique fondé sur la législation implique que d'autres personnes (les législateurs) puissent intervenir sur nos agissements quotidiens et par conséquent qu'elles puissent modifier tous les jours leur façon d'intervenir. De ce fait, on n'empêche pas seulement les gens de choisir librement leurs actions mais aussi de prévoir les conséquences juridiques de leur comportement quotidien.

Il est indéniable que, si nous en sommes là aujourd'hui, c'est en raison à la fois de l'inflation législative et de l'accroissement titanesque de l'activité quasi-législative ou pseudo-législative du gouvernement, et on ne peut qu'être d'accord avec des écrivains et des penseurs tels que James Burnham aux États-Unis et le professeur George W. Keeton en Angleterre ainsi que le professeur Friedrich A. Hayek, qui ont déploré avec amertume, il y a quelques années, l'affaiblissement du pouvoir législatif traditionnel du Congrès américain ou « la mort » du Parlement britannique face à l'accroissement concomitant des activités quasi-législatives du pouvoir exécutif. En outre, n'oublions pas que le pouvoir croissant des agents gouvernementaux peut se référer à des sortes de décrets réglementaires qui les habilitent à se comporter comme des législateurs et à intervenir de ce fait, à volonté, dans toutes sortes d'in-

térêts et d'activités privés. Le paradoxe de notre époque, c'est que nous sommes gouvernés par des hommes non pas, comme l'aurait soutenu la théorie classique aristotélicienne, parce que nous ne sommes pas gouvernés par des lois, mais parce que justement *nous le sommes*. Dans ce cadre, invoquer la loi contre ces hommes serait assez vain. Machiavel lui-même n'aurait pas réussi à élaborer un stratagème aussi ingénieux pour glorifier la volonté d'un tyran qui prétend n'agir qu'en simple fonctionnaire dans le cadre d'un système parfaitement légal.

Quand on accorde un tant soit peu de valeur à la liberté individuelle de décider et d'agir, on est obligé de conclure qu'il y a quelque chose dans notre système qui ne va pas.

Je ne soutiens pas que la législation devrait être tout entière abandonnée. Cela ne s'est probablement jamais produit dans aucun pays et à aucune époque. J'affirme cependant que, lorsque la législation atteint un certain seuil, elle devient réellement incompatible avec l'initiative et la prise de décision individuelles. Les sociétés contemporaines semblent avoir déjà dépassé de très loin ce seuil.

Ma suggestion la plus importante, c'est que ceux pour qui la liberté individuelle a de la valeur devraient réévaluer la place que notre système légal dans son ensemble laisse à l'individu. La question n'est plus de défendre telle ou telle liberté en particulier, qu'il s'agisse de la liberté de commercer, de s'exprimer, de s'associer avec d'autres personnes, etc., ni de décider quel « bon » type de législation nous devrions adopter plutôt qu'un « mauvais ». La question est de savoir si la liberté individuelle est en principe compatible avec le système actuel qui est centré et presque totalement identifié à la législation. Mon point de vue peut sem-

bler radical. Je ne le nie pas. Mais les positions radicales sont parfois plus fructueuses que les théories syncrétiques qui servent plus à dissimuler les problèmes qu'à les résoudre.

Fort heureusement, nous n'avons pas besoin de nous réfugier dans l'utopie pour trouver des systèmes légaux différents des nôtres. L'histoire romaine et l'histoire anglaise nous donnent toutes deux, par exemple, une leçon complètement différente de celle des partisans de l'inflation législative actuelle. Aujourd'hui tout le monde s'accorde à reconnaître la sagesse légale aussi bien des Romains que celle des Anglais. Peu de gens réalisent cependant en quoi consistait leur sagesse, c'est-à-dire à quel point leurs systèmes étaient indépendants de la législation pour tout ce qui concernait la vie quotidienne des gens, et, de ce fait, à quel point la sphère de la liberté individuelle était importante à la fois à Rome et en Angleterre au cours des siècles où leurs systèmes légaux ont été les plus florissants et ont rencontré le plus de succès. On se demande même pourquoi l'histoire des droits romain et anglais continue à être étudiée, si ce point fondamental est presque oublié ou tout bonnement ignoré.

Les Romains comme les Anglais partageaient l'idée que le droit est quelque chose qui se *découvre* et pas qui se *décète*, et qu'il n'y a personne dans la société d'assez puissant pour être en mesure de confondre sa propre volonté avec le droit du territoire. La tâche de « découvrir » le droit était confiée aux jurisconsultes à Rome et aux juges en Angleterre, deux catégories de personnes comparables dans une certaine mesure aux experts scientifiques d'aujourd'hui. Ce fait est le plus frappant quand on sait que les magistrats romains d'un côté, et le Parlement britannique de l'autre, avaient des pou-

voirs presque despotiques sur les citoyens, pouvoirs que le dernier a toujours en principe.

Pendant des siècles, même sur le Continent, la tradition juridique était loin de graviter autour de la législation. L'adoption du *Corpus Juris* justinien dans les pays continentaux a conduit à une activité particulière des juristes dont la tâche était une fois encore de découvrir le droit, et pour une grande part indépendamment de la volonté des dirigeants de chaque pays. Ainsi le droit continental était-il appelé de façon assez appropriée « le droit des juristes » (*Juristenrecht*) et il n'a jamais perdu ce caractère, y compris sous les régimes absolutistes qui ont précédé la Révolution française. Même la nouvelle ère législative au début du dix-neuvième siècle débuta avec l'ambition très modeste de réévaluer et de reformuler le droit des juristes en le réécrivant dans les codes sans pour autant le subvertir par eux. La législation était conçue avant tout comme une compilation des règles du passé, et ses partisans avaient coutume d'insister précisément sur l'avantage de disposer d'un résumé précis et sans équivoque par rapport à l'ensemble plutôt chaotique des travaux individuels légaux entrepris par les juristes. Parallèlement, les constitutions écrites ont été adoptées sur le Continent afin de mettre noir sur blanc une série de principes fragmentaires laissés en chantier par les juges anglais en ce qui concerne la constitution anglaise. Dans les pays continentaux du dix-neuvième siècle, les codes et les constitutions étaient conçus comme un moyen d'exprimer le droit sans qu'il soit identique à la volonté contingente des personnes chargées de mettre en vigueur ces codes et ces constitutions.

Dans le même temps, le rôle croissant de la législation dans les pays anglo-saxons avait précisément la

même fonction et correspondait à la même idée, à savoir de reformuler et d'incarner le droit existant tel qu'il avait été élaboré par les tribunaux au cours des siècles.

Le tableau a complètement changé aujourd'hui, que ce soit dans les pays anglo-saxons ou dans les pays continentaux. La législation ordinaire et les codes sont de plus en plus présentés comme l'expression directe de la volonté contingente de ceux qui les décrètent, avec souvent l'idée sous-jacente que leur fonction consiste à énoncer non pas le droit résultant d'un processus séculaire mais ce qu'il *devrait être* selon une approche complètement nouvelle et des décisions sans précédent.

En même temps que le citoyen lambda s'habitue à ce nouveau sens de la législation, il s'adapte de plus en plus à l'idée que la législation ne correspond pas à une volonté commune, c'est-à-dire à une volonté que l'on suppose partagée par tous, mais à l'expression de la volonté particulière de certains individus et de groupes qui ont eu suffisamment de chance pour mettre de leur côté une majorité contingente de législateurs à un certain moment.

De cette façon, la législation a pris une tournure très particulière. Cela ressemble de plus en plus à une sorte de *diktat* que les majorités victorieuses au sein des assemblées législatives imposent aux minorités, avec souvent pour résultat de réduire à néant des attentes individuelles établies de longue date tout en en créant de nouvelles sans précédent. Les minorités vaincues, de leur côté, se résignent à la défaite simplement parce qu'elles espèrent un jour ou l'autre gagner la majorité et être en mesure d'imposer le même traitement à ceux qui font partie de la majorité contingente d'aujourd'hui.

d'hui. En réalité, les majorités peuvent être faites ou défaites au sein des législatures grâce à une procédure habituelle qui fait l'objet d'une analyse méthodique de la part de certains experts américains. Une procédure que les politiciens américains nomment le « marchandage politique » et que l'on devrait plutôt appeler « négoce du vote ». À chaque fois que des groupes sont insuffisamment représentés au sein du corps législatif pour imposer leur propre volonté à d'autres, ils négocient les votes avec le plus grand nombre possible de groupes neutres afin de mettre leur « victime » en position minoritaire. Chacun des groupes « neutres » soudoyés aujourd'hui est prêt à son tour à soudoyer d'autres groupes pour imposer demain sa propre volonté à d'autres « victimes ». C'est de cette façon que les majorités changent au sein d'une législature, mais il y a toujours des « victimes », de même qu'il y a ceux qui tirent profit du sacrifice de ces « victimes ».

Malheureusement, ce n'est pas à l'heure actuelle le seul inconvénient majeur du processus d'inflation législative. La législation implique toujours, pour tous ceux qui y sont soumis, une forme inévitable de coercition et de contrainte. Des spécialistes ont tenté récemment de considérer que les choix faits par des individus en tant que membres d'un groupe décisionnaire (une constituante ou une législature) sont similaires aux choix effectués par des individus dans d'autres champs de l'action humaine (dans le marché, en particulier). Ils manquent de voir une différence fondamentale entre ces deux types de choix.

En effet, le succès d'un choix individuel, qu'il soit effectué sur le marché ou par des individus en tant que membres d'un groupe, dépend toujours du comportement des autres personnes. Par exemple, personne ne

peut acheter s'il n'y a personne pour vendre. Les individus faisant leurs choix sur le marché sont cependant toujours libres de les rejeter en partie ou en totalité, dès lors qu'ils n'en sont pas satisfaits. Aussi déplorable que cela puisse paraître, cette possibilité est refusée aux individus qui essaient d'effectuer leurs choix au sein d'un groupe, que ce soit une constituante, une législature ou un autre type d'assemblée. Tout ce que choisit la partie gagnante du groupe est considéré comme la décision du groupe dans son ensemble ; et, à moins de quitter le groupe, les membres perdants ne sont même pas libres de rejeter le résultat d'un choix quand ils ne l'aiment pas.

Les partisans de l'inflation législative peuvent argumenter qu'il s'agit d'un moindre mal si les groupes doivent prendre des décisions et si leurs décisions doivent être effectives. La solution alternative serait de diviser les groupes en fractions de plus en plus petites pour finalement en arriver aux individus eux-mêmes. Dans ce cas de figure, les groupes ne pourraient plus fonctionner comme des unités. Ainsi la perte de liberté individuelle est le prix payé pour les supposés bénéfices reçus par les groupes travaillant comme des unités.

Je ne nie pas que les décisions de groupe ne peuvent souvent être prises qu'au prix de la perte de la liberté individuelle de choisir et de refuser de choisir. Ce que je tiens à souligner, c'est que les décisions de groupe valent que l'on paie ce coût *beaucoup moins fréquemment* que ne pourrait le penser un observateur superficiel.

La substitution de la législation à l'application spontanée de règles de comportement non légiférées est indéfendable, à moins que l'on puisse prouver que la deuxième méthode est incertaine ou insuffisante ou bien qu'elle génère des maux que la législation permet-

trait d'éviter tout en maintenant les avantages du système précédent. Les législateurs contemporains ne pensent même pas à cette évaluation préalable des choses. Au contraire, ils semblent penser que la législation est toujours bonne en elle-même et que la charge de la preuve repose sur ceux qui ne sont pas d'accord. Je suggère en toute humilité que la thèse selon laquelle une loi vaut mieux que rien (même si elle est mauvaise) devrait être davantage étayée.

Par ailleurs, c'est seulement si nous avons pleinement conscience de toutes les contraintes qu'implique le processus législatif que nous sommes en position de déterminer jusqu'où il est possible d'introduire un quelconque processus législatif tout en essayant de préserver la liberté individuelle.

Il semble incontestable qu'à partir de là nous devrions refuser de recourir à la législation *dès lors qu'elle sert uniquement à assujettir les minorités afin de les traiter comme les perdants de la course*. Il apparaît également évident que nous devrions rejeter le processus législatif *dès lors qu'il est possible pour les individus concernés d'atteindre leurs objectifs sans dépendre de la décision d'un groupe et sans forcer quiconque à faire ce qu'il n'aurait jamais fait sans y avoir été contraint*. Finalement, il semble tout simplement évident que, *dès lors qu'un doute survient sur l'utilité du processus législatif comparé à d'autres types de processus ayant pour objet de fixer des règles de conduite, une enquête très précise devrait être réalisée avant que le processus législatif soit adopté*.

Si la législation faisait l'objet d'un tel procès, je me demande ce qu'il en resterait.

Qu'un tel procès puisse être mené à bien est encore une autre question. Je ne prétends pas que ce serait facile à faire. Trop d'intérêts et de préjugés sont mani-

festement prêts à défendre l'inflation du processus législatif dans nos sociétés contemporaines. Je peux me tromper, mais je crois que tout le monde sera confronté un jour ou l'autre au problème que pose cette situation qui n'offre rien d'autre, semble-t-il, que l'agitation perpétuelle et l'oppression générale.

Les sociétés contemporaines ont visiblement violé un très vieux principe déjà énoncé dans l'Évangile et encore bien avant dans la philosophie confucéenne : « Ne faites pas à autrui ce que vous n'aimeriez pas qu'autrui vous fasse. » À ma connaissance, il n'existe pas dans la philosophie moderne d'assertion qui soit aussi concise que celle-ci. Elle doit sembler terne en comparaison des formules sophistiquées parfois habillées de symboles mathématiques obscurs que les gens semblent beaucoup apprécier de nos jours, que ce soit en économie ou en sciences politiques. Néanmoins ce principe confucéen semble encore applicable à la restauration et à la préservation de la liberté individuelle.

Il n'est pas aisé d'établir avec certitude ce que les gens ne voudraient pas que les autres leur fassent. Pourtant cela semble plus facile que de déterminer ce que les gens voudraient faire par eux-mêmes ou en collaboration avec d'autres. La volonté générale, comprise comme la volonté commune à chacun d'entre nous et à tous les membres de la société, est beaucoup plus facile à discerner en ce qui concerne son contenu s'il est exprimé de façon « négative », tel que dans le principe confucéen, plutôt que s'il l'est de façon « positive ». Personne ne contesterait le fait qu'une enquête réalisée au sein d'un groupe quelconque, avec pour objet de déterminer ce que ses membres refusent de subir du fait de l'action directe d'autres gens sur eux, donnerait des résultats plus clairs et plus précis qu'une enquête

liée à leurs désirs à d'autres égards. En fait, le fameux principe de « légitime défense » émis par John Stuart Mill peut non seulement se résumer au principe confucéen, mais de ce fait devient également applicable en tant que tel, car personne ne saurait décider de ce qui peut nuire ou pas à un individu λ dans une société donnée sans se référer en fin de compte au jugement de chacun des membres de cette dernière. Il appartient à chacun d'entre nous de définir ce qui est nuisible, c'est-à-dire ce que chacun d'entre nous n'aimerait pas que les autres lui fassent.

L'expérience montre maintenant qu'en un sens il n'y a pas de minorités au sein d'un groupe constitué autour d'une série de choses « à ne pas faire ». Même les gens qui sont susceptibles de faire ces choses admettent qu'ils n'aimeraient pas que d'autres les leur fassent.

Énoncer cette simple vérité ne revient pas à dire qu'il n'y a aucune différence entre un groupe ou une société et d'autres de ce point de vue, et encore moins à prétendre que les groupes ou les sociétés gardent les mêmes sentiments et les mêmes convictions tout au long de leur histoire. Pourtant aucun historicisme ou relativisme ne pourrait nous empêcher de convenir que dans toute société les sentiments et les convictions des gens sont beaucoup plus homogènes et plus facilement identifiables quand il s'agit de savoir ce qui *ne devrait pas* être fait. Une législation qui protège les individus contre ce qu'ils ne voudraient pas que les autres leur fassent est probablement plus facile à déterminer et plus généralement appropriée que toute autre législation fondée sur les désirs positifs de ces mêmes individus. En fait, la question n'est pas que ces désirs soient moins homogènes ou moins compatibles les uns avec les autres, mais qu'ils sont souvent très difficiles à établir.

Il est certain, comme certains théoriciens le soulignent, qu'« il y a toujours une forme de corrélation entre la machine étatique qui produit les changements législatifs et l'opinion publique de la communauté à laquelle ils doivent s'appliquer² ». Le seul problème, c'est que cette corrélation n'est pas forcément très révélatrice de « l'opinion publique de la communauté » (quoi que cela puisse vouloir dire) et encore moins des véritables opinions des gens concernés. La plupart du temps, la notion « d'opinion publique » n'a pas de sens, et il n'y a aucune raison d'élever au rang « d'opinion publique » les opinions personnelles des groupes et des individus qui sont en position de faire passer des lois, souvent aux dépens d'autres groupes et d'autres individus.

Prétendre que la législation est « nécessaire » à chaque fois que les autres moyens ne *parviennent pas* à « détecter » l'opinion des gens consisterait simplement à éluder de nouveau le problème. Ce n'est pas parce que d'autres méthodes échouent qu'il faut en déduire que la législation, elle, n'échoue pas. Nous pouvons présumer que soit « l'opinion publique » n'existe pas, soit qu'elle existe mais qu'elle est très difficile à déterminer. Dans le premier cas, faire le choix de la législation implique qu'il s'agit d'une alternative salutaire à l'absence « d'opinion publique » ; dans le second, cela veut dire que les législateurs savent comment découvrir l'introuvable « opinion publique ». Dans un cas comme dans l'autre, il faudrait que ces hypothèses soient démontrées avec soin avant que la législation ne

2. Wolfgang G. Friedmann, *Law in a Changing Society*, Londres, Stevens & Sons, 1959, p. 7.

soit mise en place. Mais il est tout simplement évident que personne n'essaie de le faire, surtout pas les législateurs. Il semble tout simplement admis que l'alternative (c.-à-d., la législation) est appropriée voire nécessaire, même par des théoriciens qui devraient pourtant être mieux informés. Ils se plaisent à déclarer que « ce qui pouvait autrefois être considéré comme un droit des juristes plus ou moins technique peut aujourd'hui être considéré comme une question urgente de politique sociale et économique », c'est-à-dire de règlements statutaires³. Pourtant la façon dont on détermine à la fois le caractère de ce qui est « urgent » et les critères retenus pour décider de son urgence, y compris de ce point de vue la référence à l'« opinion publique », restent obscurs. Il n'en reste pas moins que l'éventualité d'obtenir une solution satisfaisante par voie d'ordonnance est tout bonnement considérée comme acquise. Il semble qu'il soit uniquement question de décréter une ordonnance, un point c'est tout.

Les partisans de l'inflation législative partent de l'hypothèse plausible selon laquelle aucune société ne gravite autour des mêmes convictions et que d'ailleurs, au sein d'une même société, un grand nombre de convictions et de points de vue restent difficilement identifiables, pour aboutir à une conclusion assez singulière, à savoir qu'il faudrait *donc* faire abstraction de ce que les gens décident ou non au sein d'une société et que n'importe quel groupe de législateurs peut décider à leur place à tout moment.

De cette façon, on conçoit la législation comme un moyen sûr d'introduire une homogénéité qui n'existait

3. *Ibid.*, p. 30.

pas et de mettre en place des règles là où il n'y en avait pas. Par conséquent, la législation semble « rationnelle » ou, comme l'aurait dit Max Weber, elle est « l'un des composants caractéristiques d'un processus de rationalisation... s'étendant à toutes les sphères de l'action communautaire ». Mais, comme Weber a pris soin de le souligner lui-même, on ne peut attendre qu'un succès très restreint de l'extension de la législation et de la menace de coercition qui l'accompagne. Comme ce dernier l'a montré, cela vient du fait que « les moyens de coercition et de punition les plus drastiques sont voués à l'échec lorsque les administrés restent récalcitrants » et que « le pouvoir du droit sur les comportements économiques, au lieu de se renforcer, s'est au contraire affaibli à de nombreux points de vue par rapport à des époques antérieures ». La législation peut avoir et a en fait aujourd'hui dans de nombreux cas un effet négatif sur l'efficacité des règles et l'homogénéité des convictions et des points de vue *prévalant déjà* dans une société donnée. Car la législation peut également, de façon accidentelle ou délibérée, troubler l'homogénéité en détruisant des règles déjà établies et en supprimant des accords et des contrats jusqu'alors volontairement acceptés et perpétués. Encore plus destructeur est le fait que la possibilité d'annuler des accords et des conventions par le biais de la législation tend à long terme à inciter les individus à ne plus se fier aux conventions existantes et à ne plus respecter les accords passés. D'autre part, le changement incessant des règles du jeu que cause l'inflation de la législation empêche cette dernière de remplacer de façon durable et efficace l'ensemble des règles non législatives (les usages, les accords, les contrats) qui ont été éliminées au cours du processus. Ce que l'on aurait pu juger

comme étant un processus « rationnel » a tout l'air au bout du compte d'être voué à l'échec.

On ne peut faire abstraction de cela sous prétexte que l'idée selon laquelle la sphère des normes étatiques doit être « limitée » serait dépassée et qu'elle aurait perdu de son sens aujourd'hui, au sein de sociétés dont l'industrialisation et l'organisation sont toujours plus évoluées⁴.

Il semblerait que la critique de Carl von Savigny, au début du siècle dernier, à l'égard de la tendance consistant à tout codifier et à légiférer en général, se soit évanouie dans les brumes de l'histoire. On peut aussi observer qu'au début du siècle la confiance donnée par Eugene Ehrlich au « droit vivant des gens », par opposition à la législation mise en place par les « représentants » du peuple, ait connu un destin similaire. Pourtant non seulement les critiques émises par Savigny et Ehrlich à l'égard de la législation n'ont pas été réfutées jusqu'à aujourd'hui, mais en plus les problèmes graves qu'elles ont soulevés à leur époque, loin d'avoir été éliminés, sont de plus en plus difficiles à résoudre et même à ignorer de nos jours.

Ceci est certainement dû, entre autres, au culte convenu que notre époque voue aux vertus de la démocratie « représentative », en dépit du fait que la « représentation » soit perçue comme un procédé assez douteux, y compris par ces experts politiques qui n'iraient pas jusqu'à dire, comme Schumpeter, qu'aujourd'hui la démocratie représentative est une « imposture ». Cette foi aveugle peut nous empêcher de reconnaître que plus on veut, par le biais du processus législatif, « représen-

4. *Ibid.*, p. 4.

ter » un nombre important de gens, et plus on augmente le nombre de domaines dans lesquels on essaie de les représenter, moins le mot « représentation » a de rapport avec la volonté réelle des gens. Il s'agit en fait de la volonté des personnes qui ont été désignées comme « leurs représentants ».

Démonstration a déjà été faite au début des années vingt par des économistes tels que Max Weber, Boris Brutzkus et de façon plus aboutie par le professeur Ludwig von Mises, qu'une économie centralisée, dirigée par un comité de dirigeants qui supprime les prix du marché et qui agit sans eux, ne fonctionne pas. En effet, les dirigeants ne peuvent pas savoir quelle serait l'offre et la demande sans tenir compte de ce que révèle de façon continue le marché. Cette démonstration n'a encore été contredite par aucun argument valable de ses adversaires, tels que Oskar Lange, Fred M. Taylor, Henry D. Dickinson ou d'autres partisans d'une prétendue solution alternative au problème. En fait on peut considérer que cette démonstration est la contribution actuelle la plus importante et la plus durable des économistes à la cause de la liberté individuelle. *Cependant on peut considérer que ces conclusions ne constituent qu'un cas particulier d'un ensemble plus général, à savoir qu'aucun législateur ne pourrait déterminer à lui seul, sans une quelconque collaboration continue de toutes les personnes concernées, les règles gouvernant le comportement que chacun a au sein de cette infinité de relations avec les autres.* Aucune forme de consultation populaire, de sondage de l'opinion publique, de référendum ne pourrait rendre les législateurs aptes à déterminer ces règles, pas plus que des procédures du même type ne permettraient à des dirigeants de définir l'ensemble de l'offre et de la demande pour tous les

biens et services. Le comportement des gens s'adapte continuellement de lui-même aux changements de situation. De plus, il ne faut pas confondre le comportement des gens avec les opinions qui ressortent des sondages populaires et d'autres études du même acabit, pas plus que l'émission verbale de souhaits et de désirs ne doit être confondue avec la demande « effective » sur le marché.

La conclusion inéluctable, c'est que, pour redonner au mot « représentation » son sens premier et raisonnable, il faudrait procéder à une réduction drastique soit du nombre de « représentés », soit du nombre de domaines dans lesquels les gens sont représentés, ou bien des deux.

Il est pourtant difficile d'admettre qu'une réduction du nombre de ceux qui sont représentés serait compatible avec la liberté individuelle si nous supposons qu'ils ont le droit d'exprimer leur propre volonté au moins en tant qu'électeurs. Par ailleurs, une réduction du nombre des domaines au sein desquels les gens doivent être représentés augmente de façon correspondante le nombre de domaines au sein desquels les individus prennent des décisions libres, comme c'est le cas des individus qui ne sont pas représentés du tout. *Cette dernière réduction semble ainsi de nos jours être le seul chemin laissé à la liberté individuelle.* Je ne nie cependant pas que ceux qui tirent avantage du processus de représentation, que ce soient les représentants ou les membres des groupes représentés, ont quelque chose à y perdre. Pourtant il est évident qu'ils ont aussi beaucoup à y gagner dans tous les cas où ils auraient été « victimes » d'un processus législatif illimité. Le résultat devrait en fin de compte être bénéfique à la fois pour la cause de la liberté individuelle et aussi, selon Hobbes, à l'en-

semble des êtres humains qui se verraient empêchés d'intervenir dans la vie et la propriété des uns et des autres, évitant de déboucher sur la situation déplorable qu'il décrit comme étant « la guerre de tous contre tous ».

En fait, ce à quoi nous sommes souvent confrontés aujourd'hui n'est ni plus ni moins qu'une potentielle *guerre légale de tous contre tous* par le biais de la législation et de la représentation. L'alternative peut seulement être une situation au sein de laquelle une telle guerre légale ne peut plus se produire ou en tout cas qu'elle ne nous menace pas de façon aussi large et dangereuse qu'actuellement.

Bien sûr une simple réduction de la sphère couverte par la législation à l'heure actuelle ne pourrait pas résoudre totalement le problème de l'organisation légale de notre société pour ce qui est de préserver la liberté individuelle, pas plus que la législation ne le résout en fait en supprimant progressivement cette même liberté. Il reste encore à découvrir un ensemble d'éléments tels que l'usage, les règles tacites, les implications des conventions, les critères généraux relatifs aux solutions appropriées applicables à des problèmes légaux particuliers, également en référence avec les changements possibles de l'opinion publique et le contexte matériel de ces opinions. On peut dire qu'il s'agit d'une tâche incontestablement difficile, parfois douloureuse et nécessitant souvent un long processus. Cela a toujours été le cas. Si l'on se réfère à l'expérience de nos ancêtres, celle des pays anglo-saxons et plus généralement de l'ensemble des pays occidentaux, nous l'avons déjà dit précédemment, le moyen habituel d'affronter cette difficulté consistait à confier ce processus à des gens dont c'était la formation, comme les

juristes ou les juges. La vraie nature de l'activité de ces personnes, et le degré de leur initiative personnelle dans la recherche de solutions légales, soulèvent toujours des questions. Il est indéniable que les juristes et les juges sont des hommes comme les autres et que leurs ressources sont limitées ; on ne peut pas nier non plus qu'ils peuvent être tentés de substituer leur propre volonté à l'attitude impartiale d'un scientifique dès lors qu'une question est obscure et que leurs convictions les plus profondes sont en jeu. En outre on pourrait affirmer qu'au sein de nos sociétés contemporaines l'activité de tels types d'*honorationes* est selon toute vraisemblance aussi dépourvue de sanctions que celle des législateurs en ce qui concerne l'interprétation exacte de la volonté des gens.

Cependant le rôle des avocats et des juges des pays occidentaux, comme celui des *honorationes* de sociétés antérieures, est fondamentalement différent de celui des législateurs, tout au moins sur trois points fondamentaux. Premièrement, les juges ou les juristes et tous ceux qui ont des fonctions analogues interviennent uniquement quand les gens concernés font appel à eux. Leur décision est prise et devient effective, au moins pour les questions civiles, seulement suite à une collaboration constante avec les parties et dans ses limites. Deuxièmement, la décision des juges ne s'applique qu'aux parties concernées et rarement à une tierce personne et pratiquement jamais à des gens qui n'ont rien à voir avec les parties concernées. Troisièmement, les juges et les juristes prennent rarement des décisions sans tenir compte de ce que les autres juges et juristes ont fait dans des cas similaires. Ils sont donc en relation avec toutes les parties concernées à la fois présentes et passées.

Cela signifie que les auteurs de ces décisions ne peuvent pas exercer un pouvoir sur les citoyens au-delà de la mission que ces derniers sont prêts à leur confier pour régler un cas particulier.

Cela veut dire aussi que ce pouvoir est ensuite limité par le fait que chaque décision se réfère de façon incontournable à toutes celles qui ont été prises précédemment dans des cas identiques par d'autres juges ⁵. Enfin, cela signifie que tout le processus peut être décrit comme une sorte de vaste collaboration continue et surtout spontanée entre les juges et ceux qui sont jugés, dans le but de découvrir ce qu'est la volonté des individus dans une série de cas bien définis. Cette collaboration peut être comparée à bien des égards à celle qui existe entre les divers acteurs d'un marché libre.

Si nous comparons la position des juges et des juristes avec celle des législateurs de nos sociétés contemporaines, on peut aisément prendre conscience que ces derniers ont beaucoup plus de pouvoir sur les citoyens et à quel point ce pouvoir est nettement moins précis, moins impartial et moins fiable quand il s'agit d'essayer « d'interpréter » la volonté des gens.

De ce point de vue, un système légal reposant sur la législation est comparable, comme nous l'avons déjà souligné, à une économie centralisée au sein de laquelle les décisions importantes sont prises par une poignée de dirigeants dont la connaissance de l'ensemble de la situation est inévitablement limitée et dont le respect, si respect il y a, pour la volonté des gens est soumise à cette limite.

5. La position particulière des cours suprêmes à cet égard n'est qu'une attribution du principe général souligné ci-dessus, et nous y reviendrons plus tard.

Ce ne sont pas les titres solennels, les cérémonies pompeuses, l'enthousiasme des foules battant des mains qui peuvent cacher la crudité de la réalité. Les législateurs comme les dirigeants d'une économie centralisée ne sont que des individus lambda comme vous et moi, qui ignorent quatre-vingt-dix pour cent du temps ce qui se passe autour d'eux en ce qui concerne les transactions, les contrats, les comportements, les opinions et les convictions des gens. L'un des paradoxes de notre époque est d'assister au recul permanent des croyances religieuses traditionnelles face à l'avancée de la science et de la technologie, conséquence de l'impératif implicite d'adopter une attitude calme et concrète et un raisonnement impartial, accompagné d'un *recul non moins continu du même type d'attitude et de raisonnement vis-à-vis des questions politiques et légales*. La mythologie de notre époque n'est pas religieuse mais politique. Ses principaux mythes semblent être d'un côté la « représentation » du peuple, et de l'autre la prétention des dirigeants politiques qui pensent détenir la vérité et agir en fonction.

Il est également paradoxal de voir que les économistes qui défendent le libre marché à l'heure actuelle semblent peu s'intéresser à la question de savoir si un libre marché pourrait vraiment perdurer au sein d'un système légal fondé sur la législation. Le fait est que les économistes sont rarement des juristes et vice versa. C'est probablement la raison pour laquelle les systèmes économiques et légaux font généralement l'objet d'analyses distinctes et sont rarement mis en relation les uns avec les autres. Cela explique pourquoi on appréhende moins bien qu'on ne le devrait la relation étroite qui existe entre l'économie de marché et un système légal reposant sur des juges et/ou des juristes et non sur la

législation, même si la relation intime qui unit une économie planifiée et la législation est trop évidente pour rester elle aussi méconnue des étudiants et de la population en général.

Si je ne m'abuse, je pense *qu'il y a plus qu'une simple analogie entre l'économie de marché et un droit judiciaire ou un droit des juristes, tout comme il y a plus qu'une simple analogie entre une économie planifiée et la législation*. Si l'on tient compte du fait que l'économie de marché fonctionnait mieux que ce soit à Rome ou dans les pays anglo-saxons avec respectivement un droit des juristes et un droit judiciaire, il semble raisonnable de penser qu'il ne s'agissait pas d'une simple coïncidence.

Bien sûr cela ne veut pas dire que la législation n'est pas utile. En plus des cas où il est question de déterminer ce qui « ne devrait pas être fait » en fonction des opinions et des convictions communément partagées par les gens – il y a des situations où il peut être très intéressant d'avoir des règles de conduite bien déterminées, même quand les gens concernés ne sont pas encore parvenus à définir quel devrait en être le contenu. Il est bien connu que les gens préfèrent parfois avoir n'importe quelle règle plutôt que de ne pas en avoir du tout. Cela peut se produire dans plusieurs cas. Ce besoin de règles bien définies est probablement la raison pour laquelle, comme l'a dit Karl Hildebrand à propos des règles légales romaines archaïques ou comme Eugen Ehrlich l'a dit du *Corpus Juris* justinien au Moyen Âge, les gens semblent enclins à accepter parfois une règle plus sévère, obsolète ou encore insatisfaisante avant d'en trouver une plus acceptable.

Le problème de notre époque est cependant, semble-t-il, tout juste le contraire : non pas que nous nous satisfassions d'avoir des lois médiocres en raison d'une rareté

fondamentale et « d'une soif de règles », mais parce que nous en avons assez d'une horde de règles nuisibles ou du moins inutiles résultant d'une saturation, pour ne pas dire d'une indigestion de celles-ci. Par ailleurs il est indéniable que le droit des juristes ou le droit judiciaire peut avoir tendance à prendre les caractéristiques de la législation, y compris celles qui sont indésirables, dès lors que les juristes ou les juges ont le droit de décider de façon ultime dans un procès. Il semble que quelque chose de ce type soit arrivé au cours de la période postclassique du droit romain, lorsque les empereurs ont confié à certains jurisconsultes le pouvoir de rendre des prescriptions légales (*jus respondendi*) qui ont finalement été imposées aux juges dans certaines circonstances. De nos jours, il y a certains pays où le mécanisme de l'organisation judiciaire donne aux « cours suprêmes » le droit d'imposer la vue personnelle de certains de ses membres, ou de la majorité d'entre eux, sur tous les autres, dès lors qu'il y a un nombre important de désaccords entre l'opinion des premiers et les convictions des seconds. Mais, comme j'ai tenté de l'expliquer dans le dernier chapitre de cet ouvrage, la nature du droit des juristes ou du droit judiciaire n'implique pas nécessairement ce mode de fonctionnement. Il s'agit plutôt d'une dérive et d'une introduction du processus législatif sous la dénomination trompeuse de droit des juristes ou judiciaire à son stade le plus élevé. Mais cette dérive peut être évitée et ne constitue donc pas un obstacle insurmontable au fonctionnement normal de la fonction judiciaire qui consiste à déterminer la volonté des gens. Après tout, le système des poids et contre-poids peut très bien s'appliquer à la sphère de la fonction judiciaire, c'est-à-dire à son plus haut niveau hiérarchique, tout comme il est

appliqué aux diverses fonctions et pouvoirs de notre société politique.

Il me reste à faire une remarque finale. Je ne traite ici que des principes *généraux*. Je n'offre pas de solutions particulières à des problèmes spécifiques. Je suis convaincu cependant qu'il est beaucoup plus facile de trouver des solutions en relation avec les principes généraux que j'ai proposés qu'en en appliquant d'autres.

Par ailleurs, aucun principe abstrait ne fonctionnera de lui-même ; les gens doivent toujours faire quelque chose pour le faire marcher. Cela s'applique aux principes que j'avance dans ce livre comme aux autres. Je ne cherche pas à changer le monde, mais simplement à proposer quelques idées modestes qui devraient, si je ne m'abuse, être prises en compte avec attention et de façon équitable avant de conclure, comme le font les partisans de l'inflation législative, que les choses sont immuables, même si ce n'est pas ce qu'il y a de mieux, et qu'il s'agit de la réponse inévitable aux besoins de notre société contemporaine.

I

QUELLE LIBERTÉ ?

Abraham Lincoln, lors d'un discours à Baltimore en 1864, a reconnu à la fois la difficulté qu'il y a à définir la « liberté » et le fait que la guerre civile entre le Nord et le Sud était fondée, d'une certaine façon, sur un malentendu lié à ce mot. « Le monde, a-t-il déclaré, n'a jamais eu une bonne définition du mot "liberté"... En utilisant le même mot, nous ne voulons pas dire la même chose¹ ».

En fait, il n'est pas facile de définir la « liberté » ou d'être parfaitement conscient de ce que nous faisons quand nous la définissons. Si nous voulons définir la « liberté », nous devons d'abord décider dans quel but nous le faisons. Une approche « réaliste » supprime le problème préliminaire : « la liberté » est quelque chose qui est simplement « là », et la seule question est de trouver les mots appropriés pour la décrire.

1. Cité par Maurice Cranston, *Freedom*, Londres, Longmans, Green & Co., 1953, p. 13.

Un exemple d'une définition « réaliste » de la liberté a été donné par lord Acton au début de son *The History of Freedom* : « Par liberté j'entends l'assurance que tout homme sera protégé, lorsqu'il accomplit ce qu'il croit être son devoir, contre l'influence de l'autorité et des majorités, de la coutume et de l'opinion. » De nombreux critiques diraient qu'il n'y a pas de raison d'appeler « liberté » uniquement l'assurance que tout homme sera protégé lorsqu'il accomplit ce qu'il croit être son *devoir*, et non ce qu'il croit aussi, par exemple, être son *droit* ou son *plaisir* ; il n'y a aucune raison non plus de dire que cette protection doit être assurée seulement contre les majorités et l'autorité, et non contre les minorités et les citoyens individuels.

En réalité, lorsque lord Acton a fait à Bridgenorth en 1887 ses célèbres conférences sur l'histoire de la liberté, le respect accordé aux minorités religieuses par les autorités et la majorité anglaises était encore l'un des problèmes majeurs de la vie politique de l'époque victorienne au Royaume-Uni. Avec l'abolition de lois discriminatoires telles que le *Corporation Act* de 1661 et le *Test Act* de 1673, et avec l'admission des protestants dissidents et des catholiques (on les appelait les papistes) aux universités d'Oxford et de Cambridge, lesdites Églises libres venaient juste de gagner une bataille qui avait duré deux siècles. Auparavant ces universités n'étaient ouvertes qu'aux étudiants appartenant à l'Église réformée d'Angleterre. Lord Acton, on le sait, était lui-même un catholique, et pour cette raison on l'a empêché, et ce contre sa volonté la plus chère, d'aller à Cambridge. Le type de « liberté » qu'il avait à l'esprit était semblable à celui que Franklin Delano Roosevelt, dans le plus célèbre de ses slogans, a appelé la « liberté de religion ». Lord Acton, en tant que catho-

lique, faisait partie d'une minorité religieuse à une époque où le respect pour les minorités religieuses en Angleterre commençait à l'emporter sur l'hostilité des majorités anglicanes et sur des actes de l'autorité légale, tels que le *Corporation Act*. Ainsi ce qu'il entendait par « liberté » n'était rien d'autre que la liberté religieuse. Il est très probable que c'était aussi l'idée que se faisaient de la « liberté » les membres des Églises libres au Royaume-Uni ainsi que d'autres individus de l'époque victorienne – un terme qui était alors évidemment lié, entre autres choses, à des techniques légales comme le *Corporation Act* ou le *Test Act*. Mais ce qu'a fait lord Acton, lors de ses conférences, a consisté à présenter son idée de la « liberté » comme étant la liberté *tout court*.

Cela arrive assez fréquemment. L'histoire des idées politiques expose une série de définitions du même ordre que celle donnée par lord Acton.

Une approche plus prudente du problème de définition de la « liberté » impliquerait une enquête préliminaire. La « liberté » est avant tout un mot. Je n'irais pas jusqu'à dire qu'il s'agit *seulement* d'un mot, comme peuvent le soutenir plusieurs représentants de l'école de philosophie analytique contemporaine dans leur prétendue révolution philosophique. Les penseurs qui commencent par affirmer que quelque chose n'est simplement qu'un mot, et qui concluent que ce n'est rien d'autre qu'un mot, me rappellent l'expression selon laquelle il ne faut pas jeter le bébé avec l'eau du bain.

Mais le fait que la « liberté » soit avant tout un mot appelle, je pense, un certain nombre de remarques linguistiques préalables.

L'analyse linguistique a reçu une attention grandissante dans certains milieux, surtout après la seconde

guerre mondiale, mais n'est pas encore très populaire. Beaucoup de gens ne l'aiment pas trop ou ne tiennent pas à s'en embarrasser. Les intellectuels qui ne se consacrent pas aux questions philosophiques ou philologiques ont plus ou moins tendance à penser qu'il s'agit d'une occupation vaine. Nous ne pouvons pas non plus recevoir davantage d'encouragements de l'exemple des philosophes de l'école analytique contemporaine. Après avoir focalisé leur attention sur des problèmes linguistiques et mis ces derniers au cœur de leur recherche, ils semblent plus enclins à anéantir qu'à analyser le sens des mots appartenant au vocabulaire politique. Du reste, l'analyse linguistique n'est pas facile. Mais je dirais qu'elle est particulièrement nécessaire en ces temps de confusion sémantique.

Quand nous essayons de définir ou simplement de nommer ce que l'on appelle généralement une chose « matérielle », nous trouvons qu'il est plutôt facile de nous faire comprendre de nos auditeurs. Si une incertitude devait surgir à propos de la signification de nos mots, il suffirait simplement de montrer la chose dont nous parlons ou que nous définissons pour dissiper le malentendu. Ainsi le fait que respectivement nous-même et notre interlocuteur utilisions deux mots différents se référant à la même chose prouverait qu'ils sont équivalents. Nous pourrions substituer un mot à l'autre, que nous parlions le même langage que notre auditeur (comme nous le faisons avec des synonymes) ou que nous parlions des langues différentes (comme nous le faisons dans le cas des traductions).

Cette méthode simple qui consiste à montrer des choses matérielles est le fondement de toute conversation entre des personnes parlant des langues différentes, ou entre des gens qui ont fait l'acquisition d'un

langage et ceux qui ne parlent pas encore (c'est-à-dire, les enfants). C'est cela qui a permis aux premiers explorateurs européens de se faire comprendre par les habitants d'autres parties du monde, et qui permet toujours à des milliers de touristes américains actuels de passer leurs vacances, disons par exemple en Italie, sans connaître un seul mot d'italien. En dépit de leur ignorance, ils se font comprendre pour de nombreux impératifs d'ordre pratique par les serveurs italiens, les chauffeurs de taxi et les porteurs. La possibilité de montrer des choses matérielles comme la nourriture, les bagages et ainsi de suite est le facteur commun de la conversation. Bien sûr il n'est pas toujours possible de montrer les choses matérielles auxquelles nos mots se réfèrent. Mais, à chaque fois que deux mots différents se réfèrent à des choses matérielles, il est facile de prouver qu'ils sont interchangeables. Les biologistes s'accordent assez facilement sur l'utilisation de mots désignant des phénomènes nouvellement découverts. Ils choisissent en général des mots grecs ou latins, et leur méthode est fructueuse puisque l'incertitude peut être évitée en montrant quels phénomènes sont désignés par ces mots.

Cela rappelle la sagesse d'une réplique qu'un vieux pédagogue confucéen a faite à son disciple céleste, un très jeune empereur de Chine à qui son professeur avait demandé le nom de certains des animaux qu'ils avaient croisés alors qu'ils faisaient une promenade à la campagne. Le jeune empereur répondit : « Ce sont des moutons. »

« Le Fils des cieux a parfaitement raison, dit le pédagogue poliment. Il me faut seulement ajouter que ce genre de moutons sont généralement appelés des cochons. »

Malheureusement une difficulté bien plus importante surgit si nous essayons de définir des choses qui ne sont pas matérielles et si notre interlocuteur ignore le sens du mot que nous utilisons. Dans un tel cas de figure, nous ne pouvons lui montrer aucun objet matériel. Notre mode de compréhension mutuel est complètement différent, et il est nécessaire de recourir à des moyens totalement différents pour découvrir un facteur commun, si facteur il y a, entre notre langage et le sien. Aussi banal et évident que cela puisse paraître, ce fait n'est vraisemblablement pas remarqué, ou du moins il n'est pas suffisamment souligné quand nous réfléchissons à l'utilisation de notre langage. Nous sommes tellement habitués à nos vocabulaires que nous oublions l'importance que nous attachions, au début de notre processus d'apprentissage, à montrer des choses. Nous avons tendance à considérer nos acquisitions linguistiques principalement en termes de définitions simplement lues dans des livres. Par ailleurs, comme beaucoup de ces définitions se rapportent à des choses matérielles, nous nous comportons souvent comme si les choses non matérielles étaient simplement « là » et comme s'il n'était question que de leur attribuer une définition verbale.

Cela explique certaines tendances métaphysiques parmi ces philosophes grecs de l'antiquité qui traitaient les choses non matérielles – la justice par exemple – comme si elles étaient similaires à des choses visibles, matérielles. Cela explique aussi des tentatives plus récentes de redéfinition du « droit » ou de « l'État » comme s'il s'agissait d'entités telles que le soleil ou la lune. Comme le professeur Glanville L. Williams le souligne dans son essai (1945) portant sur la controverse autour du mot « droit », le juriste anglais John

Austin, célèbre fondateur de la jurisprudence, affirmait que sa définition du « droit » correspondait au « droit correctement défini », sans jamais émettre le moindre doute sur le fait qu'il existe une telle chose que « le droit correctement défini ». De nos jours, une idée assez similaire à celle d'Austin a été avancée par le fameux professeur Hans Kelsen qui s'est vanté dans son ouvrage, *General Theory of the Law and the State* (1947), et se vante toujours d'avoir découvert que ce que l'on appelle « correctement » l'« État » n'est rien d'autre que l'ordre légal.

La croyance naïve selon laquelle les choses non matérielles peuvent facilement être définies s'effondre rapidement dès que l'on essaie de traduire, par exemple en italien ou en français, des termes *juridiques* tels que « *trust* », « *equity* » ou bien « *common law* ». Dans tous ces cas de figure, non seulement nous ne pouvons montrer aucune chose matérielle qui permettrait à un Italien, à un Français ou à un Allemand de comprendre ce que nous voulons dire, mais en plus nous ne pouvons pas trouver de dictionnaire italien, français ou allemand qui nous donnera un synonyme exact de ces mots, dans chacune de ces langues différentes. Ainsi nous avons le sentiment que nous avons perdu quelque chose en passant d'une langue à une autre. En réalité, rien n'a été perdu. Le problème, c'est que ni les Français, ni les Italiens, ni les Allemands n'ont des concepts exactement identiques à ceux que recouvrent les mots anglais « *trust* », « *equity* » ou « *common law* ». D'une certaine façon, « *trust* », « *equity* » et « *common law* » sont des *entités*, mais comme ni les Américains ni les Anglais ne peuvent simplement les montrer aux Français et aux Italiens, il est difficile pour les premiers d'être compris des seconds à cet égard.

C'est cela qui rend impossible en pratique la traduction d'un ouvrage légal, anglais ou américain, en allemand ou en italien. De nombreux termes ne pourraient pas être traduits avec les mots équivalents parce que ces derniers n'existent simplement pas. À la place d'une traduction, il faudrait fournir une *explication* longue, volumineuse et compliquée sur les origines historiques de nombreuses institutions, sur leur façon actuelle de fonctionner dans les pays anglo-saxons et sur le mode de fonctionnement analogue d'institutions similaires, si tant est qu'il y en ait, en Europe continentale. À leur tour, les Européens ne pourraient pas montrer aux Américains ou aux Anglais quoi que ce soit de matériel pour désigner un *conseil d'État*, une *préfecture*, une *cour de cassation*, une *corte costituzionale*, etc.

Ces mots sont souvent si fermement enracinés dans un environnement historique bien défini que nous ne pouvons pas trouver des mots équivalents au sein d'autres environnements.

Bien sûr les étudiants de droit comparé ont essayé à plusieurs reprises de franchir le fossé qui existe entre les traditions légales européennes et anglo-saxonnes. Par exemple, il y a l'essai inclus dans le *Bibliographical Guide to the Law of the United Kingdom*, publié par le London Institute of Advanced Legal Studies, et qui s'adresse principalement aux boursiers étrangers, c'est-à-dire aux étudiants de « droit civil ». Mais un essai n'est pas un dictionnaire, et c'est précisément là où je veux en venir.

Ainsi l'ignorance réciproque est le résultat d'institutions différentes au sein de pays différents, et l'ignorance historique provient des changements institutionnels survenant dans un même pays. Comme sir Carlton Kemp Allen nous le rappelle dans son livre *Aspects of Justice*

(1958), la plupart des comptes rendus anglais des procès médiévaux sont aujourd'hui tout simplement illisibles non seulement parce qu'ils sont écrits, comme il le dit avec humour, dans un « latin de barbare » ou dans un « sale français », mais aussi parce que les Anglais (et tous les autres) n'ont pas d'institutions équivalentes.

Malheureusement le fait d'être incapable de montrer des choses matérielles n'est pas la seule difficulté que nous rencontrons quand il s'agit de définir des concepts légaux. Des mots qui ont apparemment la même sonorité peuvent avoir des sens complètement différents dans des époques et des endroits différents.

C'est souvent le cas avec des mots qui ne sont pas techniques ou avec des mots ayant à l'origine un usage technique mais qui ont été introduits assez négligemment dans le langage quotidien sans tenir compte de leur sens technique ou sans même le reconnaître. S'il est dommage que des mots purement techniques, comme ceux appartenant au langage juridique par exemple, ne puissent pas être traduits par des mots équivalents dans d'autres langues, il est encore plus regrettable que des mots non techniques ou mi-techniques puissent être traduits trop facilement par d'autres mots dans une même langue, ou bien par des mots de la même origine, issus d'autres langues, qui ont une sonorité similaire. Dans le premier cas, cela crée une confusion entre des mots qui en réalité ne sont pas synonymes, alors que, dans le second, des gens parlant une autre langue pensent que le sens qu'ils attribuent à un mot dans leur langage correspond à la signification que vous attachez à un mot apparemment similaire dans le vôtre.

De nombreux termes appartenant à la fois au langage de l'économie et de la politique sont exemplaires

à cet égard. Le philosophe allemand Hegel a déclaré une fois que tout le monde est à même de déterminer si une institution juridique est appropriée ou non sans être avocat, comme tout le monde est capable de décider si une paire de chaussures convient à ses pieds sans être cordonnier. Cela ne semble pas s'appliquer à *toutes* les institutions juridiques. Peu de gens en fait se montrent méfiants ou inquisiteurs à l'égard du cadre d'institutions légales telles qu'une preuve, des contrats, etc. Mais beaucoup de gens pensent que les institutions politiques et économiques les concernent de près. Ils suggèrent, par exemple, que les gouvernements doivent adopter ou rejeter telle ou telle politique afin de, disons par exemple, redresser la situation économique d'un pays ou de modifier les termes du commerce international ou bien les deux à la fois.

Toutes ces personnes utilisent ce que l'on appelle « le langage courant », qui comprend un nombre important de mots appartenant à des vocabulaires techniques comme ceux du langage du droit ou de l'économie. Ces langages utilisent des termes de façon spécifique et sans ambiguïté. Mais, dès lors que de tels mots techniques sont introduits dans le langage courant, ils deviennent rapidement *non techniques* ou *mi-techniques* (j'utilise le terme de « mi » comme dans l'expression « mi-cuit »), parce que personne ne s'embarrasse de reconnaître leur sens d'origine dans les langages techniques ou bien d'établir un nouveau sens à ces mots dans le langage courant.

Quand, par exemple, les gens parlent « d'inflation » en Amérique, ils veulent généralement parler de l'augmentation des prix. Il y a peu de temps encore, les gens entendaient généralement par « inflation » (et c'est toujours ce qu'ils veulent dire en Italie) une augmentation

de la quantité de monnaie circulant dans un pays. Ainsi la confusion sémantique qui peut surgir de l'utilisation ambiguë de ce mot, qui à l'origine est technique, est amèrement déplorée par des économistes qui, comme le professeur Ludwig von Mises, soutiennent que l'augmentation des prix est une conséquence de l'augmentation de la quantité de monnaie circulant dans un pays. L'utilisation du même mot « inflation » pour signifier différentes choses est considérée par ces économistes comme une incitation à confondre une cause avec ses effets et à adopter une solution inexacte.

Un autre exemple frappant d'une confusion sémantique similaire est fourni par l'utilisation contemporaine du mot « démocratie » dans plusieurs pays et par différentes personnes. Ce mot appartient au langage de la politique et de l'histoire des institutions politiques. À présent il fait aussi partie du langage commun, et c'est la raison pour laquelle un nombre important de malentendus surgissent maintenant entre des gens qui utilisent le même mot avec un sens complètement différent, disons par exemple entre un individu lambda en Amérique et un dirigeant politique russe.

Je dirais que la raison particulière pour laquelle les sens des mots mi-techniques tendent à être confondus est qu'au sein des langages techniques (comme celui de la politique) les significations de ces mots étaient souvent associées à l'origine à d'autres mots techniques qui n'ont pas été introduits dans le langage courant pour la simple raison qu'ils n'étaient pas facilement ou pas du tout traduisibles. Ainsi des pratiques qui donnaient un sens sans équivoque à l'utilisation initiale d'un mot ont disparu.

« Démocratie », par exemple, était un mot qui appartenait au langage de la politique en Grèce au temps de

Périclès. Nous ne pouvons pas en comprendre le sens sans nous référer à des termes techniques tels que *polis*, *demos*, *ecclesia*, *isonomia* et ainsi de suite, tout comme nous ne pouvons pas comprendre le sens de la « démocratie » suisse contemporaine sans nous reporter à des termes techniques comme *Landsgemeinde*, *referendum*, etc. Notons que des mots comme *ecclesia*, *polis*, *Landsgemeinde* et *referendum* sont généralement cités dans d'autres langues sans avoir fait l'objet d'une traduction parce qu'il n'existe pas de mots satisfaisants à cet effet.

Coupés de leur lien initial avec des mots techniques, les termes non techniques ou mi-techniques sont généralement dévoyés dans le langage courant. Leur sens peut changer selon la personne qui les emploie, même si leur sonorité reste toujours la même. Pour empirer les choses, plusieurs significations du même mot peuvent s'avérer complètement incompatibles à certains égards. Il s'agit d'une source perpétuelle de malentendus mais aussi de conflits verbaux ou pire.

Les affaires politiques et économiques sont les principales victimes de cette confusion sémantique quand, par exemple, plusieurs types de comportement qu'impliquent différentes significations du même mot se trouvent être incompatibles entre eux et que des tentatives sont faites pour leur accorder à tous une place, au sein du même système légal et politique.

Je ne dis pas que cette confusion, qui constitue l'une des caractéristiques les plus évidentes de l'histoire des sociétés occidentales d'aujourd'hui, soit uniquement sémantique, mais elle est *aussi* sémantique. Des hommes comme Ludwig von Mises et Friedrich A. Hayek ont montré à plusieurs reprises qu'il est nécessaire de supprimer les confusions sémantiques pas seu-

lement pour les économistes mais aussi pour les politologues. C'est une tâche très importante pour les personnes érudites que de collaborer à la suppression de toute confusion sémantique tant dans le langage de la politique que de l'économie. Bien sûr, comme le souligne avec franchise le professeur Mises, cette confusion n'est pas toujours fortuite, mais correspond dans plusieurs cas à certains plans malintentionnés élaborés par ceux qui essaient d'exploiter la sonorité familière de mots affectionnés, comme « démocratie », dans le but de convaincre les autres d'adopter de nouveaux types de comportement². Mais il ne s'agit probablement pas de la seule explication d'un phénomène qui se manifeste dans le monde entier.

Cela me rappelle ce que Leibniz a dit une fois au sujet de la façon dont notre civilisation est menacée par le fait qu'après l'invention de l'imprimerie trop de livres pourraient être écrits et diffusés et peu d'entre eux seraient vraiment lus par chaque individu, avec comme résultat vraisemblable que le monde pourrait sombrer dans une nouvelle ère de barbarisme.

En fait, de nombreux écrivains, principalement des philosophes, ont plus que contribué à la confusion sémantique. Certains d'entre eux ont utilisé des mots du langage courant pour leur donner un sens particulier. Dans de nombreux cas, ils ne se souciaient jamais de définir ce qu'ils voulaient vraiment dire en utilisant un mot, ou plutôt ils ont donné des définitions arbitraires qui différaient de celles des dictionnaires mais qui étaient acceptées par leurs lecteurs et leurs dis-

2. On peut trouver des preuves de confusion sémantique planifiée de ce type dans *The Guide to Communist Jargon*, par Robert N. Carew-Hunt, Londres, Geoffrey Bles, 1957.

ciples. Cette pratique a contribué, au moins dans une certaine mesure, à la confusion des sens acceptés dans le langage courant.

Dans un nombre important de cas, ces définitions, prétendues plus précises et plus profondes que les définitions habituelles, étaient simplement présentées comme le résultat d'une enquête sur la nature de la « chose » mystérieuse que les écrivains voulaient définir. À cause, d'une part, des relations entre des sujets éthiques et politiques et, d'autre part, entre des sujets économiques et éthiques, certains philosophes ont contribué, consciemment ou non, à un accroissement du stock énorme de confusion sémantique et aux contradictions qu'il y a entre les sens des mots dans le langage courant d'aujourd'hui.

Tout ce que j'ai pu dire sur ce sujet s'applique aussi bien au mot « *freedom* » qu'à son synonyme d'origine latine « *liberty* » ainsi qu'à certains mots dérivés tels que « libéral » et « libéralisme ».

Il est impossible de montrer une « chose » matérielle quand on se réfère à la « liberté », que ce soit dans le langage courant ou dans les langages techniques de l'économie et de la politique auxquels il appartient. De plus ce mot a différentes significations selon les contextes historiques au sein desquels il a été utilisé à la fois dans le langage commun et dans les langages techniques de la politique et de l'économie. Nous ne pouvons pas comprendre, par exemple, le sens du mot latin *libertas* sans nous référer à des termes techniques utilisés par les Romains tels que *res publica*, *jus civitatis* ou bien encore à d'autres mots techniques comme *manus* (qui désignait le pouvoir des *patres familias* sur leurs femmes, leurs enfants, leurs esclaves, leurs terres, leurs biens, etc.) ou encore *manumissio* qui désignait l'acte

légal, ou plutôt la cérémonie légale, par laquelle un esclave changeait de statut et devenait *libertus*. D'autre part, nous ne pouvons pas comprendre le sens du terme « *freedom* » dans le langage politique de l'Angleterre moderne sans mentionner d'autres mots techniques comme l'*habeas corpus* ou bien la *rule of law*, qui jusqu'à présent n'ont jamais été traduits, à ma connaissance, dans d'autres langues avec des mots ayant exactement la même signification.

En dépit de ses implications techniques, le mot « liberté » est entré très tôt dans le langage courant des pays occidentaux. Cela impliquait, tôt ou tard, une déconnection entre le mot lui-même et plusieurs termes techniques appartenant au langage légal ou au langage politique de ces pays. Finalement, au cours des cent dernières années, le mot « liberté » a, semble-t-il, commencé à flotter sans ancrage (comme pourrait le dire un auteur contemporain). Les changements sémantiques ont été introduits à volonté par quantité de personnes différentes en divers lieux. Beaucoup de nouvelles significations ont été proposées par des philosophes, différentes de celles déjà acceptées dans le langage courant occidental. Des personnes habiles ont essayé d'exploiter les connotations positives de ce mot pour convaincre les autres de changer leurs modes de comportement correspondants et d'en adopter d'autres, différents et parfois opposés. Des confusions ont surgi, dont le nombre et la gravité ont augmenté au fur et à mesure que les usages multiples du mot « liberté » sont devenus plus nombreux et plus conséquents dans les domaines de la philosophie, de l'économie, de la politique, de la morale, etc.

Le mot « *free* », pour prendre un exemple trivial, dans son usage anglais courant, peut correspondre ou non au mot français *libre* ou au mot italien *libero*. Bien

sûr les Italiens et les Français attachent à ce mot plusieurs significations qui correspondent au mot anglais et américain, comme lorsqu'on dit qu'un noir américain est devenu « libre » après la guerre civile, c'est-à-dire qu'il n'était plus esclave. Cependant ni les Français ni les Italiens n'utilisent le mot *libre* ou *libero* comme les Anglais ou les Américains le font avec le terme « *free* », pour dire par exemple que quelque chose est *gratuit*.

Il est devenu habituel, surtout à l'époque moderne, de parler de la liberté comme de l'un des principes de base des bons systèmes politiques. Le sens de « liberté », comme on a coutume de définir ou simplement de nommer ce principe, n'est pas du tout le même dans le langage courant de chaque pays. Quand, par exemple, le colonel Nasser ou les *fellaghas* algériens parlent aujourd'hui de leurs « libertés » ou bien de la « liberté » de leur pays, ils se réfèrent seulement, ou également, à quelque chose de complètement différent de ce que voulaient dire les Pères fondateurs dans la Déclaration d'indépendance et dans les dix premiers amendements de la Constitution américaine. Tous les Américains n'ont pas tendance à reconnaître ce fait. Je ne peux pas être d'accord avec des écrivains comme Chester Bowles qui soutient visiblement dans son ouvrage, *New Dimensions of Peace* (Londres, 1956), qu'il n'y a pas ou qu'il y a peu de différences, à cet égard, entre l'attitude politique des Anglais des colonies américaines de la Couronne britannique et celle de peuples tels que les Africains, les Indiens ou les Chinois, qui réclament à présent la « liberté » dans leurs pays respectifs.

Les systèmes politiques anglais et américain ont été imités dans une certaine mesure et le sont toujours à de nombreux points de vue par les peuples du monde entier. Les nations européennes ont inventé de très

belles imitations de ces systèmes, cela est aussi dû au fait que leur histoire et leur civilisation étaient en quelque sorte analogues à celles des populations anglophones. De nombreux pays européens, imités maintenant à leur tour par leurs anciennes colonies dans le monde entier, ont introduit dans leurs systèmes politiques quelque chose de semblable au Parlement anglais ou à la Constitution américaine et se flattent ainsi d'avoir le type de « liberté » politique dont bénéficient actuellement les Anglais ou les Américains ou dont ces pays ont autrefois bénéficié dans le passé. Malheureusement, même dans les pays qui ont, comme c'est le cas de l'Italie par exemple, la plus ancienne civilisation européenne, la « liberté » en tant que principe politique signifie quelque chose de différent de ce que cela signifierait s'il était lié, comme c'est le cas en Angleterre et aux États-Unis, à l'institution de l'*habeas corpus* ou avec les dix premiers amendements de la Constitution américaine. Les règles peuvent sembler quasiment identiques, mais elles ne fonctionnent pas de la même façon. Ni les citoyens, ni les fonctionnaires ne les interprètent comme les Anglais ou les Américains le font, la pratique qui en résulte étant plutôt différente à de nombreux égards.

Je ne peux pas trouver de meilleur exemple pour illustrer ce que je veux dire que celui de la façon dont on traite les procès criminels en Angleterre et aux États-Unis où ils doivent être réglés et de fait sont réglés par un « procès rapide et public » (comme il est exigé dans le sixième amendement de la Constitution américaine). Dans d'autres pays, y compris en Italie, en dépit de lois comme de certains articles (par exemple l'article 272) du *Codice di procedura penale* italien qui comprend plusieurs dispositions relatives aux personnes suspectées de crime et maintenues en prison en attendant le pro-

cès, un homme qui a été arrêté pour répondre d'un crime peut rester en prison pendant une longue période pouvant aller jusqu'à un ou deux ans. Lorsque finalement il est reconnu coupable et condamné, il peut être relâché immédiatement puisqu'il a déjà purgé sa peine. Bien sûr, s'il est reconnu non coupable, personne ne peut lui rendre ses années perdues en prison. On dit quelquefois que les juges ne sont pas suffisamment nombreux en Italie et que l'organisation des procès n'est sûrement pas aussi efficace qu'elle pourrait l'être, mais l'opinion publique n'est pas assez lucide ou alerte pour dénoncer ces défaillances du système judiciaire, et ne voit pas à quel point elles sont incompatibles avec le principe de liberté politique alors que cela sauterait aux yeux de l'opinion publique anglaise ou américaine.

La « liberté », alors, en tant que terme désignant un principe politique général, peut donc avoir des significations similaires seulement en apparence, pour différents systèmes politiques. Il faut aussi souligner que ce mot peut avoir différentes significations ainsi que différentes implications à des époques différentes au sein de l'histoire d'un même système légal, et, ce qui est encore plus frappant, c'est qu'il peut avoir différentes significations au sein d'un même système à une même époque en fonction de circonstances différentes et pour différentes personnes.

L'histoire de la conscription militaire dans les pays anglo-saxons illustre le premier cas. Jusqu'à une époque relativement récente, la conscription militaire, du moins en temps de paix, était considérée à la fois par les Anglais et les Américains comme incompatible avec la liberté politique. Par ailleurs, les Européens du Continent comme les Français ou les Allemands (ou les Italiens depuis la deuxième moitié du dix-neuvième

siècle) considéraient presque comme allant de soi qu'ils devaient accepter la conscription militaire comme un attribut nécessaire de leurs systèmes politiques sans même se demander si ces derniers pouvaient toujours être caractérisés de « libres ». Mon père, qui était italien, avait coutume de me raconter que, lorsqu'il est allé en Angleterre pour la première fois en 1912, il a demandé à ses amis anglais pourquoi il n'existait pas de conscription militaire, alors même qu'ils étaient confrontés au fait que l'Allemagne était devenue une redoutable puissance militaire. Il a toujours obtenu la même réponse fière : « Parce que nous sommes un peuple libre. » Si mon père pouvait à nouveau rendre visite aux Anglais et aux Américains, personne ne lui dirait que ces pays ne sont plus « libres » parce que la conscription militaire existe. Le sens de la liberté politique a simplement changé entre-temps au sein de ces nations. À cause de ces changements, des relations que l'on tenait pour acquises auparavant sont maintenant perdues, et des contradictions apparaissent qui sont assez étranges aux yeux des techniciens mais que les autres personnes acceptent inconsciemment ou même volontairement comme des ingrédients naturels de leur système politique ou économique.

Les pouvoirs légaux sans précédent qui ont été conférés aux syndicats à la fois aux États-Unis et au Royaume-Uni aujourd'hui sont un bon exemple de ce que j'entends par « contradictions » à cet égard. Pour reprendre les termes employés par le *Chief Justice* d'Irlande du Nord, lord MacDermott, dans ses *Hamlin Lectures* (1957), le *Trade Disputes Act* de 1906 « a placé le syndicalisme dans une position aussi privilégiée que celle dont bénéficiait encore la Couronne britannique dix ans auparavant eu égard aux actes injustes commis

en son nom ». Cette loi accordait la protection à une série d'actions commises conformément à un accord ou à une association de deux ou de plusieurs personnes en prévision de ou pour faire avancer un conflit commercial, actions qui avaient toujours été exposées à des poursuites auparavant. Par exemple des actes provoquant la violation d'un contrat de service ou bien interférant avec le commerce, les affaires ou l'emploi d'une autre personne ou avec le droit d'un individu de disposer de son capital ou de son travail comme il le souhaite. Comme lord MacDermott le souligne, il s'agit d'une vaste disposition qui peut être utilisée pour couvrir des actes qui sont commis en dehors du commerce ou de l'emploi impliqués et qui causent inévitablement une perte ou un préjudice à des intérêts qui ne participent pas au conflit. Une autre loi, le *Trade Union Act* de 1913, abrogé par un autre *Trade Disputes and Trade Union Act* en 1927, mais remis en vigueur dans son intégralité par le *Trade Disputes and Trade Union Act* de 1946 quand le Parti travailliste est revenu aux affaires, a conféré aux syndicats britanniques un pouvoir politique énorme sur leurs membres ainsi que sur l'ensemble de la vie politique du pays, en autorisant les syndicats à dépenser l'argent de leurs adhérents à des fins qui n'étaient pas directement liées au commerce et sans même consulter leurs adhérents sur la façon dont ils souhaitaient que leur argent soit utilisé.

Avant que ces *Trade Union Acts* ne passent, il n'y avait aucun doute que le sens de la « liberté » politique en Angleterre était associé à la protection équitable de la loi qui conférait à chacun le droit de disposer de son capital ou de son travail comme il lui plaisait, et ce à l'abri de la contrainte d'autrui. Depuis la mise en vigueur de ces lois en Grande-Bretagne, la protection

des uns contre les autres n'existe plus à cet égard, et il n'y a aucun doute que ce fait a introduit une contradiction saisissante au sein du système en ce qui concerne la liberté et sa signification. Si vous êtes maintenant un citoyen des îles Britanniques, vous êtes « libre » de disposer de votre capital et de votre travail en négociant avec des individus, mais vous n'êtes plus libre de le faire en négociant avec des gens qui appartiennent à des syndicats ou qui agissent au nom des syndicats.

Aux États-Unis, en vertu de l'*Adamson Act* de 1916, comme Orval Watts l'écrit dans sa brillante étude sur l'*Union Monopoly*, le gouvernement fédéral a pour la première fois utilisé son pouvoir policier pour faire ce que les syndicats probablement « n'auraient pas pu accomplir sans une lutte longue et coûteuse ». Le sub-séquent *Norris-LaGuardia Act* de 1932, qui constitue d'une certaine façon la contrepartie américaine du *Trade Union Act* anglais de 1906, a limité les juges fédéraux dans leur utilisation des injonctions pour les conflits du travail. Les injonctions dans le droit américain et anglais sont des ordres de tribunaux imposant à certaines personnes de ne pas faire certaines choses qui causeraient des pertes qu'aucun procès en compensation ne pourrait réparer. Comme Watts l'a souligné, « les injonctions ne font pas le droit. Elles appliquent simplement des principes de lois déjà codifiés, et les syndicats du travail l'utilisent souvent dans cet objectif contre des employeurs et des syndicats rivaux ». À l'origine, les injonctions étaient généralement émises par des juges fédéraux en faveur des employeurs dès lors qu'un nombre important de personnes pouvaient, avec peu de moyens, causer des dommages pour un objectif et au moyen d'actes illicites tels que la destruction de la propriété. Les tribunaux américains se com-

portaient d'une façon similaire aux tribunaux anglais avant 1906. L'*English Act* de 1906 était conçu comme un « remède » en faveur des syndicats du travail face aux décisions des tribunaux anglais, comme le *Norris-LaGuardia Act* de 1932 avait pour but de défendre les syndicats des ordres des tribunaux américains. À première vue, on pourrait penser que les tribunaux américains comme les tribunaux anglais avaient des préjugés contre les syndicats. Beaucoup de gens l'ont dit, que ce soit aux États-Unis et en Angleterre. En fait, les tribunaux adoptaient seulement à l'égard des syndicats les mêmes principes que ceux qu'ils appliquent toujours à toutes les personnes qui conspirent, par exemple pour détériorer la propriété. Les juges ne pouvaient pas admettre que les mêmes principes qui fonctionnaient pour protéger les gens de la contrainte des autres puissent être enfreints quand ces autres étaient des fonctionnaires syndiqués ou des membres de syndicats. Le terme « libéré de la contrainte » avait pour les juges une signification technique évidente qui expliquait l'émission d'injonctions dans le but de protéger les employeurs et toute autre personne menacée de la contrainte d'autrui.

Cependant, après la mise en vigueur du *Norris-LaGuardia Act*, tout le monde dans ce pays a été « libéré » de la contrainte de tous, sauf dans des cas où des fonctionnaires syndiqués ou des membres de syndicats voulaient contraindre des employeurs à accepter leurs réclamations en les menaçant ou, en fait, en causant des dommages aux employeurs eux-mêmes. Ainsi l'expression « libéré de la contrainte », dans le cas particulier des injonctions, a donc changé de sens tant en Amérique qu'en Angleterre depuis la mise en vigueur du *Norris-LaGuardia Act* aux États-Unis en 1932 et de l'*English Trade Disputes Act* en 1906. L'*American Wagner*

Labor Relations Act a encore empiré les choses en 1935, non seulement en limitant davantage la signification de la « liberté » pour les citoyens qui étaient employeurs, mais également en modifiant ouvertement le sens du mot « interférence » et en introduisant donc une confusion sémantique qui mérite d'être citée dans un inventaire linguistique du mot « liberté ». Comme Watts l'a montré, « personne ne devrait *interférer avec* les activités légitimes de qui que ce soit si *interférer* signifie faire l'usage de la coercition, de la fraude, de l'intimidation, de la restriction ou de paroles insultantes ». Ainsi un salarié n'interfère pas avec les propriétaires de General Motors quand il va travailler chez Chrysler. Mais, comme le souligne Watts dans son essai, on ne pourrait pas dire qu'il n'interfère pas, si nous devons appliquer à son comportement les critères qu'utilise le *Wagner Act* pour établir quand un employeur « interfère » avec les activités syndicales des employés, dès lors, par exemple, qu'il embauche de préférence des employés non syndiqués plutôt que des membres de syndicats. Ainsi il découle de cet usage du mot « interférence » le résultat sémantique extraordinaire que, alors que les gens syndiqués n'interfèrent pas quand ils obligent leurs employeurs à accepter leurs demandes par des actes illégaux, les employeurs interfèrent bien lorsqu'ils ne contraignent personne à faire quoi que ce soit³.

Cela nous rappelle certaines définitions étranges, comme celle donnée par Proudhon (« la propriété, c'est

3. Un essai récent de Roscoe Pound, ancien doyen de la Harvard Law School, intitulé *Legal Immunities of Labor Unions*, fournit une description détaillée de ce dont bénéficient ces organisations à l'heure actuelle dans le droit américain. L'essai est publié in *Labor Unions and Public Policy*, Washington D. C., American Enterprise Association, 1958.

le vol »), ou encore l'histoire d'Akaki Akakievitch dans le célèbre conte de Gogol, *Le manteau*, dans lequel un voleur dépouille un pauvre homme de son pardessus en disant : « Tu as volé mon pardessus ! » Si l'on tient compte des relations que le mot « liberté » a dans le langage courant avec le mot « interférence », nous pouvons avoir une idée juste de l'ampleur avec laquelle un changement comme celui que nous avons vu peut affecter le vrai sens de la « liberté ».

Si nous nous demandons quelle est en réalité le sens d'être « libéré de la contrainte » dans des systèmes politiques et judiciaires tels que ceux des Américains ou des Anglais aujourd'hui, nous nous trouvons confrontés à d'immenses difficultés. Pour être honnêtes, nous devons dire qu'il existe plus d'un sens légal au fait d'être « libéré de la contrainte », en fonction des personnes qui sont contraintes.

Il est plus que probable que cette situation soit liée au changement sémantique de la signification du mot « liberté » dans le langage courant que les énormes groupes de pression et de propagande ont promu et promeuvent encore dans le monde entier. Le professeur Mises a raison lorsqu'il déclare que les partisans du totalitarisme contemporain ont essayé d'inverser le sens du mot « liberté » (tel qu'il était plus ou moins communément accepté dans les civilisations occidentales) en appliquant au mot « liberté » la condition d'individus vivant dans un système au sein duquel ils n'ont d'autre droit que celui d'obéir aux ordres.

Cette révolution sémantique est à son tour probablement connectée aux spéculations de certains philosophes qui aiment à définir la « liberté » comme quelque chose qui implique la coercition, et cela en opposition totale avec les significations usuelles du

mot dans le langage courant. Ainsi Bosanquet, le disciple anglais d'Hegel, pouvait soutenir dans sa *Philosophical Theory of the State* que « l'on peut parler, sans contradiction, d'être forcé à être libre ». Je suis d'accord avec Maurice Cranston quand il suggère, dans son essai sur le sujet, que de telles définitions de la liberté sont principalement fondées sur une théorie de « l'homme dédoublé », c'est-à-dire d'un homme pris comme une « entité corps-esprit » qui est en même temps rationnel et « irrationnel ». La liberté impliquerait ainsi une sorte de coercition de la partie rationnelle de l'homme sur celle qui est irrationnelle. Mais ces théories sont strictement associées à la notion d'une coercition qui peut être physiquement appliquée par les personnes soi-disant « rationnelles » au nom de, mais aussi éventuellement contre, la volonté des gens prétendument « irrationnels ». À cet égard les théories de Platon me semblent constituer l'exemple le plus célèbre. Sa notion philosophique d'un homme dédoublé est strictement combinée avec sa notion politique d'une société au sein de laquelle les hommes rationnels doivent gouverner les autres et, si nécessaire, sans tenir compte du consentement de ces derniers. Comme les chirurgiens, dit-il, qui incisent et brûlent leurs patients sans se soucier de leurs cris.

Toutes les difficultés auxquelles j'ai fait référence nous avertissent que nous ne pouvons pas utiliser le mot « liberté » et être correctement compris sans définir clairement le sens que nous attachons à ce mot. Pour définir la liberté, l'approche réaliste ne peut pas réussir. Il n'existe pas une chose telle que la « liberté » qui soit indépendante des gens qui en parlent. En d'autres termes, on ne peut pas définir la « liberté » comme on définit un objet que tout le monde peut montrer.

II

« LIBERTÉ » ET « CONTRAINTE »

Une approche plus prudente du problème de définition de la « liberté » que celle dite réaliste, que nous avons rejetée ici, impliquerait une enquête préliminaire concernant la nature et l'objectif d'une telle définition. Il est d'usage de distinguer les définitions « stipulatives » des définitions « lexicographiques ». Toutes les deux sont descriptives de la signification attachée à un mot ; mais la première se réfère au sens que l'auteur de la définition propose d'adopter pour le mot en question, alors que la seconde se réfère au sens que les gens donnent communément au mot dans l'usage courant.

Depuis la seconde guerre mondiale, une nouvelle tendance a émergé au sein de la philosophie linguistique. Elle reconnaît l'existence de langages dont l'objectif n'est pas uniquement descriptif ou même pas descriptif du tout. Des langages que l'école du fameux Cercle de Vienne aurait condamnés comme étant complètement erronés ou inutiles. Les partisans de ce nouveau mouvement accordent aussi de la reconnaissance à des langages non descriptifs (appelés parfois aussi « persuasifs »). L'objectif des définitions persuasives

n'est pas de décrire les choses mais de modifier le sens traditionnel des mots avec des connotations positives, afin d'inciter les gens à adopter certaines croyances ou certains types de comportement. Il est évident que plusieurs définitions de la « liberté » peuvent être et ont été inventées avec pour but, par exemple, d'inciter les gens à obéir aux ordres de certains dirigeants. La formulation de ce type de définitions persuasives ne serait pas une tâche appropriée pour le chercheur. D'un autre côté, ce dernier est habilité à élaborer des définitions stipulatives de la « liberté ». En faisant cela, un chercheur peut en même temps échapper à l'accusation d'utiliser des définitions équivoques à des fins de supercherie et s'affranchir de la nécessité d'élaborer une définition lexicographique, qui présente des difficultés évidentes en raison de la multiplicité, déjà mentionnée, des significations attribuées au mot « liberté ».

Les définitions stipulatives peuvent sembler être, en surface, une solution au problème. Stipuler semble dépendre entièrement de nous, ou au plus d'un partenaire qui est d'accord avec nous sur ce que nous voulons définir. Quand les partisans de l'école linguistique parlent de définitions stipulatives, ils insistent sur le caractère arbitraire de telles formulations. Comme en témoigne par exemple l'enthousiasme avec lequel les partisans des définitions stipulatives citent un expert qui n'est pas à proprement parler un philosophe, du moins il ne l'est pas officiellement. Ce gentleman souvent cité n'est autre que Lewis Carroll, l'auteur brillant d'*Alice au pays des merveilles* et d'*À travers le miroir*, qui décrit les personnages insensés et sophistiqués que rencontre Alice au cours de ses voyages. L'un d'entre eux, Humpty Dumpty, faisait dire aux mots ce qu'il voulait

qu'ils disent et leur versait également une sorte de salaire pour leur service.

« Quand j'utilise un mot », disait Humpty Dumpty d'un ton assez méprisant, cela signifie juste ce que je choisis que cela signifie – pas plus, pas moins. »

« La question est, disait Alice, si vous pouvez faire que les mots signifient tant de choses différentes. »

« La question est, disait Humpty Dumpty, qui doit être le maître, c'est tout¹. »

Quand ils parlent de définitions stipulatives, les philosophes analytiques ont principalement à l'esprit celles de la logique ou des mathématiques, où tout le monde semble être libre de commencer quand et où il veut, pourvu qu'il définisse précisément les termes qu'il emploie dans son raisonnement. Sans entrer dans des questions compliquées relatives à la nature des procédures mathématiques ou logiques, nous nous sentons néanmoins obligés d'émettre une mise en garde contre toute confusion entre ces procédures et celles des gens qui parlent de sujets comme la « liberté ». Un triangle est assurément un concept, que ce concept soit aussi quelque chose d'autre ou pas, comme par exemple un objet de l'expérience, de l'intuition ou quelque chose d'équivalent. La « liberté », alors qu'elle se présente comme un concept, est aussi ce que beaucoup de gens croient être une raison de vivre, quelque chose pour laquelle ils disent être prêts à se battre, quelque chose sans laquelle ils ne pourraient pas vivre. Je ne pense pas que les gens se battraient pour

1. Lewis Carroll (Charles Lutwidge Dodgson), « Through the Looking Glass », in *The Lewis Carroll Book*, édité par Richard Herrick, New York, Tudor Publishing Co., 1944, p. 238.

des triangles. Peut-être quelques mathématiciens le feraient. Mais beaucoup de gens déclarent qu'ils sont prêts à se battre pour la liberté tout comme ils sont prêts à se battre pour un morceau de territoire ou pour protéger la vie de ceux qu'ils aiment.

L'objectif n'est pas de faire un panégyrique de la liberté. Les faits mentionnés ici peuvent être facilement vérifiés dans les documents historiques de nombreux pays ou bien être observés dans la vie quotidienne. Le fait que les gens soient prêts à se battre pour ce qu'ils appellent leur « liberté » est lié au fait qu'ils disent aussi qu'ils ont « maintenu », « perdu » ou « restauré » leur liberté, bien qu'ils ne disent jamais qu'ils ont « maintenu », « perdu » ou « restauré » leurs triangles ou n'importe quel autre concept géométrique. Par ailleurs, la « liberté », en fait, ne peut pas être montrée. Ce n'est pas une chose concrète. Même considérée comme une chose matérielle, la « liberté » ne pourrait pas être la même pour tout le monde, puisqu'il existe différentes significations de la « liberté ». Néanmoins nous pouvons probablement dire que la « liberté » est, du moins pour chaque personne qui en parle, une réalité, une chose définie. La « liberté » peut être une situation jugée satisfaisante par ceux qui l'appellent de leurs vœux ; elle peut être un objet d'une expérience non sensorielle provoquant une prise de conscience de choses non matérielles telles que des valeurs, des convictions, et ainsi de suite. La « liberté » est, semble-t-il, un objet d'une expérience psychologique. Cela signifie qu'elle n'est pas conçue par le commun des mortels uniquement comme un mot, comme une entité nominale, avec laquelle il suffit simplement d'être d'accord sur la signification au moyen d'une définition stipulative comparable à celles des mathématiques ou de la logique.

Dans ces conditions, je me demande si nous pouvons ou non définir la « liberté » de façon stipulative. Bien sûr, toutes les définitions sont dans une certaine mesure stipulatives, puisqu'elles impliquent un certain agrément sur la façon dont un mot doit être utilisé. Même les définitions lexicographiques n'excluent pas les stipulations en ce qui concerne la façon de décrire, disons, ce que les gens entendent par l'utilisation d'un certain mot dans l'usage courant en France, en Angleterre, ou les deux, ou bien dans le monde entier. Par exemple, nous pouvons faire des stipulations sur les langues à prendre en compte en élaborant une définition lexicographique ou sur le choix à faire parmi les significations du même mot quand les dictionnaires en donnent plusieurs. Mais dans tous ces cas, nous n'oublions jamais qu'il existe certains usages qui sont révélés par les dictionnaires et qui ne peuvent pas être changés par une stipulation sans négliger les significations des mots tels que les gens les utilisent en fait.

Les stipulations sont simplement des dispositifs utiles pour transmettre aux autres quelque chose que nous voulons qu'ils sachent. En d'autres termes, elles constituent un moyen de communiquer ou de transmettre l'information, mais l'information elle-même ne peut pas être stipulée. Nous pouvons stipuler que le noir sera appelé « blanc » et le blanc, « noir », mais nous ne pouvons pas faire des stipulations sur les expériences réelles que nous communiquons et auxquelles nous donnons arbitrairement le nom de « noir » ou de « blanc ». Une stipulation est possible et également utile tant qu'il existe un *facteur commun* qui permet sa communication. Ce facteur commun peut être une intuition en mathématiques ou une expérience sensorielle en physique, mais il n'est jamais lui-même à son

tour un sujet de stipulation. Dès lors qu'une stipulation semble être fondée sur une autre stipulation, le problème de trouver un facteur commun qui permette à la stipulation de fonctionner est simplement ajourné ; il ne peut pas être éliminé. Ce serait la limite au pouvoir de Humpty Dumpty, si celui-ci n'était pas un personnage fictif de conte pour enfants, mais une personne réelle faisant avec d'autres des stipulations sur l'usage d'un mot.

Donc il ne serait pas très utile de faire une définition stipulative de la « liberté » qui ne transmettrait pas à d'autres gens certaines informations incluses dans le sens véritable de ce mot tel qu'il est déjà compris, et on pourrait se demander si les théoriciens, en parlant des définitions stipulatives, avaient vraiment à l'esprit une chose telle que la « liberté ».

Ainsi, si une définition stipulative de la « liberté » doit faire sens, elle doit transmettre de l'information. Il est douteux qu'une information connue seulement de l'auteur de la définition présenterait un intérêt quelconque pour toutes les personnes qui ne partagent pas le contenu de cette information. En étant complètement personnelle, elle n'aurait que peu d'intérêt pour les autres. De plus, il serait impossible de la révéler aux autres. Une définition exclusivement stipulative de la « liberté » ne pourrait pas faire fi de cette déficience. À chaque fois que des philosophes politiques ont proposé une définition stipulative de la « liberté », ils n'ont pas uniquement voulu transmettre une information à propos de leurs sentiments et croyances personnelles, mais aussi rappeler aux autres les sentiments et les croyances qu'ils considéraient comme étant communs à ceux à qui ils s'adressaient. En ce sens, les définitions stipulatives de la « liberté » proposées de temps à autre

par les philosophes politiques sont aussi plus ou moins clairement concernées par l'usage lexical du mot et donc par quelque recherche lexicographique à son propos.

Ainsi une définition réellement effective de la « liberté » doit par conséquent, en dernière analyse, être lexicographique, en dépit du fait que cela implique les difficultés de la recherche lexicographique.

Pour résumer : la « liberté » est un mot utilisé par les gens dans le langage courant pour signifier certains types d'expériences psychologiques. Ces dernières sont différentes suivant les époques et les lieux et sont également liées à des concepts abstraits et à des mots techniques, mais elles ne peuvent pas être simplement identifiées à des concepts abstraits ou réduites à un simple mot. Finalement, il est possible, et probablement utile aussi ou même nécessaire, de formuler une définition stipulative de la « liberté », mais les stipulations ne peuvent pas éviter la recherche lexicographique car seule cette dernière peut révéler les significations que les gens attachent réellement à ce mot dans le langage courant.

La « liberté », cela dit, est un mot à connotations positives. Il est peut être utile d'ajouter que le mot « liberté » sonne bien parce que les gens l'utilisent pour désigner leur attitude positive autour de ce qu'ils appellent « être libre ». Comme Maurice Cranston l'a observé dans son essai sur *Freedom* (Londres, 1953), cité précédemment, les gens n'utilisent jamais des expressions telles que « je suis libre » pour dire qu'ils vivent sans quelque chose qu'ils considèrent être bon pour eux. Personne ne dit, du moins pas dans les échanges de la vie de tous les jours, « je suis libéré de l'argent » ou bien « je suis libéré de la bonne santé ». D'autres mots sont

utilisés pour exprimer l'attitude des gens par rapport à l'absence de bonnes choses : ils disent qu'il leur manque quelque chose ; et cela s'applique, autant que je sache, à tous les langages européens d'aujourd'hui comme d'hier. En d'autres termes, être « libéré » de quelque chose signifie « être sans quelque chose qui n'est pas bon pour nous », alors que, par ailleurs, manquer de quelque chose veut dire être sans quelque chose qui est bon.

Bien sûr la « liberté » a peu de sens quand elle est uniquement accompagnée de l'expression « de quelque chose », et nous nous attendons à ce que les gens nous disent également ce qu'ils sont libres de faire. Mais la présence d'une implication négative dans le mot « liberté » et dans certains des mots qui lui sont associés, comme « libre », semble indéniable. Cette implication négative est aussi présente dans des mots dérivés associés au terme « *liberty* » qui est simplement l'équivalent d'origine latine du mot « *freedom* » et non pas un mot ayant un sens différent². Par exemple, le mot « libéral » désigne, que ce soit en Europe ou en Amérique, une attitude négative par rapport à la « contrainte », en dépit de la nature de la « contrainte » en elle-même qui de son côté est perçue de façon très différente par les « libéraux » américains et européens.

Ainsi, dans le langage courant, « liberté » et « contrainte » sont des termes antithétiques. Bien sûr on peut aimer la « contrainte » ou une certaine forme de « contrainte », comme les officiers de l'armée russe dont Tolstoï disait qu'ils aimaient la vie de militaires

2. En dépit de l'opinion contraire de sir Herbert Read (cité par Maurice Cranston, *op. cit.*, p. 44).

parce qu'elle s'est avérée une sorte de « paresse forcée ». Il y a beaucoup plus de gens dans le monde que nous ne l'imaginons probablement qui aiment la « contrainte ». Aristote a fait une remarque clairvoyante lorsqu'il a dit, au début de son traité sur la politique, que les gens sont divisés en deux grandes catégories, ceux qui sont nés pour décider et ceux qui sont nés pour obéir aux dirigeants. Mais, même si on apprécie la « contrainte », ce serait un abus de langage de dire que la « contrainte », *c'est* la liberté. Néanmoins l'idée que la « contrainte » est quelque chose d'associé de très près à la liberté est au moins aussi vieille que l'histoire des théories politiques du monde occidental.

La principale raison en est, je pense, que personne ne peut être dit « libéré » d'autrui si autrui est « libre » de le contraindre d'une façon ou d'une autre. En d'autres termes, chacun est libre s'il peut contraindre, d'une certaine manière, les autres à s'abstenir de le contraindre à certains égards. En ce sens, la « liberté » et la « contrainte » sont inévitablement liées et, quand les gens parlent de la « liberté », cela est probablement trop souvent oublié. Mais la « liberté » elle-même, dans le langage courant, ne correspond jamais à la contrainte, et la contrainte qui est liée de façon inévitable à la liberté est uniquement une contrainte négative ; c'est-à-dire une contrainte imposée exclusivement aux autres pour les faire renoncer à contraindre à leur tour. Tout ceci n'est pas un simple jeu de mots. C'est une description très abrégée de la signification des mots dans le langage courant des sociétés politiques dès lors que des individus ont un pouvoir, quel qu'il soit, pour se faire respecter ou, pourrait-on dire, dès lors qu'ils ont un pouvoir de type négatif leur permettant d'être dits « libres ».

En ce sens, nous pouvons dire qu'un « marché libre » implique aussi inévitablement l'idée d'une « contrainte », dans la mesure où tous les membres d'une société de marché ont le pouvoir d'exercer un contrôle sur des gens tels que les voleurs. Il ne saurait y avoir une chose telle qu'un marché libre avec des pouvoirs contraignants surajoutés. Un marché libre est ancré dans une situation au sein de laquelle ceux qui sont engagés dans des transactions de marché ont un certain pouvoir pour contraindre les ennemis d'un marché libre. Ce point n'est probablement pas suffisamment souligné par ces auteurs qui, en focalisant leur attention sur le « libre marché », finissent par le considérer comme l'antithèse de la contrainte gouvernementale.

Ainsi le professeur Mises, par exemple, un auteur que j'admire beaucoup pour sa défense intransigeante du « libre marché », fondée sur un raisonnement logique et convaincant et une maîtrise extraordinaire de toutes les questions que cela implique, dit que « la liberté est un terme employé pour décrire les conditions sociales des membres individuels d'une société de marché au sein de laquelle le pouvoir de l'appareil hégémonique indispensable, l'État, est limité sous peine de mettre en danger le fonctionnement du marché³ ». Notons ici qu'il qualifie « d'indispensable » l'appareil hégémonique de l'État, mais il entendait par liberté, comme il le dit aussi, « le contrôle imposé sur l'exercice du pouvoir policier⁴ » sans ajouter exactement, alors que selon moi, en tant que partisan du marché libre, il aurait été raisonnable qu'il le fasse, que la

3. Ludwig von Mises, *Human Action : A Treatise on Economics*, New Haven, Yale University Press, 1949, p. 281.

4. *Ibid.*

liberté implique aussi le contrôle imposé à l'exercice du pouvoir de quiconque d'interférer avec le marché libre. Dès lors que nous admettons cette signification de la liberté, l'appareil hégémonique de l'État n'est pas seulement quelque chose à limiter, mais aussi, et je dirais surtout, quelque chose que nous utilisons pour limiter les actions des autres.

Les économistes ne démentent pas, mais ils ne tiennent pas directement compte aussi du fait que chaque action économique, en règle générale, est également un acte légal dont les conséquences peuvent être imposées par les autorités si, par exemple, les parties de la transaction ne se comportent pas comme on attend d'elles qu'elles se comportent sur la base de leur accord. Comme le professeur Lionel Robbins l'a souligné dans son livre *Nature and Significance of Economics*, les études sur la relation entre l'économie et le droit sont toujours assez inhabituelles chez les économistes, et la relation en elle-même, bien qu'indéniable, est plutôt négligée. Beaucoup d'économistes ont débattu sur la distinction entre le travail productif et improductif, mais peu d'entre eux ont examiné ce que le professeur Lindley Frazer, dans *Economic Thought and Language*, appelle le travail « malproductif », c'est-à-dire, le travail qui est utile pour le travailleur mais pas pour ceux pour qui ou contre qui il travaille. Le travail « malproductif » tel que celui des mendiants, des maîtres-chanteurs et des voleurs, reste en dehors du domaine de l'économie, probablement parce que les économistes tiennent pour acquis que le travail « malproductif » est généralement illégal. De cette façon, les économistes reconnaissent que les besoins qu'ils prennent en considération sont uniquement ceux qui sont compatibles avec le droit existant de la plupart des pays. Ainsi la relation entre

l'économie et le droit est impliquée, mais elle est rarement considérée par les économistes comme un objet spécifique digne de leur recherche. Ils tiennent compte, par exemple, de l'échange des biens mais pas de l'échange comportemental qui rend possible un échange de biens réglementé, et parfois imposé à cet effet, par le droit de tous les pays. Par conséquent, un marché libre semble être quelque chose de plus « naturel » qu'un gouvernement, ou au moins quelque chose qui est indépendant d'un gouvernement, si ce n'est, en plus, quelque chose qu'il est nécessaire de maintenir « contre » le gouvernement. En fait, un marché n'est pas plus « naturel » qu'un gouvernement et tous deux ne sont pas plus naturels que, disons, des ponts. Les gens qui ignorent ce fait devraient prendre au sérieux un couplet chanté autrefois dans un cabaret à Montmartre :

*Voyez comme la nature a eu un bon sens bien profond
À faire passer les fleuves justement sous les ponts.*

Il est certain, la théorie économique n'a pas ignoré le fait, que c'est le gouvernement qui donne aux gens le pouvoir pratique d'éviter la contrainte des autres sur le marché. Robbins l'a souligné à juste titre dans son essai *The Theory of Economic Policy in English Political Economy* (Londres, 1952) en notant que « nous aurions une vue totalement déformée » du sens de la doctrine que Marshall a appelée le système de liberté économique, « à moins que nous la voyions en relation avec la théorie du droit et des fonctions du gouvernement que ses auteurs (depuis Smith) ont également proposée ». Comme le dit Robbins, « l'idée de la liberté *in vacuo* était totalement étrangère à leurs conceptions ». Mais le professeur Robbins a aussi souligné dans *Economic*,

Planning and International Order (Londres, 1937) que les économistes classiques ont prêté peu d'attention au fait que le commerce international ne pourrait pas émerger comme une simple conséquence de la théorie des coûts comparatifs, mais requerrait un certain type d'organisation légale internationale pour écarter les ennemis du libre-échange international, qui, dans une certaine mesure, sont comparables aux ennemis du libre marché au sein d'une nation, tels que les voleurs.

D'un autre côté, le fait que la contrainte soit d'une certaine façon inévitablement liée à la liberté dans toutes les sociétés politiques a fait germer ou du moins a favorisé l'idée que « l'accroissement de la liberté » pourrait être, d'une façon ou d'une autre, compatible, dans ces sociétés, avec « l'accroissement de la contrainte ». Cette idée, à son tour, était associée à une confusion sur le sens des termes « contrainte » et « liberté », qui est principalement due non pas à la propagande, mais aux incertitudes qui peuvent surgir au sujet du sens de ces mots dans le langage courant.

Le professeur Mises dit que la « liberté » est un concept humain. Nous devons ajouter qu'il est humain tant qu'une certaine préférence des hommes est toujours impliquée quand nous utilisons ce terme dans le langage ordinaire. Mais cela ne signifie pas qu'un homme peut être dit « libre » uniquement quand il est libéré du pouvoir des autres hommes. Un homme peut aussi être dit « libre » quand il est libéré de la maladie, de la peur, du besoin, pour reprendre ces expressions employées dans le langage courant. Cela a encouragé les gens à considérer le fait d'être « libéré de la contrainte des autres hommes » comme allant de pair avec le fait d'être « libéré du besoin », sans se rendre compte que cette deuxième forme de liberté peut

n'avoir en rien affaire avec la première. Un explorateur peut mourir de faim dans un désert où il a décidé de se rendre seul, sans être contraint par qui que ce soit. À présent, il n'est pas « libéré de la faim », mais il se trouve, comme c'était le cas au préalable, totalement « libéré de la contrainte ou de la coercition » des autres.

Plusieurs penseurs, aussi bien anciens que modernes, ont essayé de relier le fait que certaines personnes ne sont pas libérées de la faim ou de la maladie avec le fait que d'autres, au sein de la même société, ne sont pas libérées de la contrainte de leurs concitoyens. Bien sûr la relation est évidente quand quelqu'un est l'esclave de personnes qui le traitent mal et qui le laissent, par exemple, mourir de faim. Pourtant certains penseurs ont cru à tort que, à chaque fois que quelqu'un manque de quelque chose dont il a besoin ou qu'il désire simplement, il a été injustement « privé » de cette chose par ceux qui l'ont.

L'histoire foisonne tellement d'exemples de violence, de pillages, d'invasions de territoires et ainsi de suite que les penseurs ont cru justifié de dire que l'origine de la propriété c'est simplement la violence et qu'elle doit donc être considérée comme irrémédiablement illicite, aussi bien à l'heure actuelle qu'aux époques primitives. Les stoïciens, par exemple, ont imaginé que tous les territoires sur terre étaient, à l'origine, communs à tous les hommes. Ils ont appelé cette situation légendaire *communis possessio originaria*. Certains Pères de l'Église chrétienne, en particulier dans les pays latins, ont repris cette hypothèse. Ainsi saint Ambroise, le célèbre archevêque de Milan, pouvait écrire au cinquième siècle que, alors que la nature avait pourvu à des choses communes à tous, les droits de propriété étaient dus à l'usurpation. Il cite les stoï-

ciens qui soutenaient, comme il le dit, que toute chose sur terre et dans les mers a été créée pour l'usage commun de tous les êtres humains. Un disciple de saint Ambroise, nommé Ambrosiaster, déclare que Dieu a tout donné en commun aux hommes et que cela s'applique autant au soleil, à la pluie qu'aux terres. La même chose est déclarée par saint Zénon de Vérone (dont le nom a été donné à l'une des plus belles églises du monde) en référence aux hommes des époques très anciennes : « Ils n'avaient pas de propriété privée, mais ils avaient tout en commun, le soleil, les jours, les nuits, la pluie, la vie et la mort, comme toutes ces choses leur ont été données à part égale, sans exception, par la providence divine. » Et il ajoute, en admettant visiblement l'idée que la propriété privée naît de la contrainte et de la tyrannie : « Le propriétaire privé est sans aucun doute similaire à un tyran, détenant à lui seul le contrôle total de choses qui pourraient être utiles à plusieurs autres personnes. » On peut retrouver presque la même idée quelques siècles plus tard dans l'œuvre de certains canonistes. Par exemple l'auteur de la première codification des règles de l'Église, le fameux *decretum Gratiani*, dit : « Quiconque est déterminé à conserver plus de choses qu'il n'en a besoin est un voleur. »

Les socialistes modernes, y compris Marx, ont simplement élaboré une version révisée de la même idée. Par exemple, Marx distingue différentes étapes dans l'histoire de l'espèce humaine : une première étape où les relations de production étaient fondées sur la coopération et une deuxième étape où quelques personnes ont pris pour la première fois le contrôle des facteurs de production, mettant ainsi une minorité dans la position d'être nourrie par la majorité. Le vieil archevêque de Milan aurait dit, dans un langage moins

compliqué et plus efficace : « La nature se charge du droit des choses communes ; l'usurpation se charge du droit privé. »

Bien sûr nous pouvons nous demander s'il est possible de parler de « choses communes à tous ». Qui a décrété que toutes les choses sont « communes » à tous les hommes, et pourquoi ? La réponse habituelle que donnent les stoïciens et leurs disciples, les Pères chrétiens aux premiers siècles après Jésus-Christ, était que comme la lune et le soleil et la pluie sont communs à tous les hommes, alors il n'y a pas de raison d'affirmer que les autres choses, comme la terre, ne sont pas elles aussi communes. Ces avocats du communisme ne se sont pas embarrassés de faire une analyse sémantique du mot « commun ». Autrement, ils auraient découvert qu'une terre ne peut pas être « commune » à tous les hommes dans le même sens que le soleil et la lune le sont, et que ce n'est donc pas la même chose que de laisser des gens cultiver des terres en commun et de les laisser utiliser le rayon de lune ou la lumière du soleil ou encore l'air frais quand ils vont se promener dehors. Les économistes modernes expliquent la différence en soulignant qu'il n'y a pas de rareté de rayon de lune, alors qu'il y a rareté de terres. En dépit de la nature truistique de cette affirmation, au regard de nombreuses personnes une prétendue analogie entre des choses rares telles que les terres cultivables et celles qui sont abondantes comme le rayon de lune a toujours été une bonne raison pour prétendre que les « dépossédés » ont été « contraints » par les « possédants », que ces derniers ont privé de façon illicite les premiers de certaines choses qui étaient à l'origine communes à tous les hommes. La confusion sémantique dans l'usage du mot « commun », introduite par les stoïciens et les pre-

miers Pères chrétiens dans cette relation, a été entretenue par toutes sortes de mensonges de la part des socialistes modernes. Elle est, je crois, à l'origine de la tendance, manifeste surtout de nos jours, consistant à utiliser le mot « liberté » de façon équivoque et à associer le fait d'être « libéré du besoin » avec celui d'être « libéré de la contrainte des autres ».

Cette confusion est associée à son tour avec une autre. Quand un épicier, un médecin ou un avocat attendent la visite de clients, chacun d'entre eux peut se sentir dépendant de ces derniers pour vivre. C'est plutôt vrai. Mais si aucun client ne vient, ce serait un abus de langage d'affirmer que les clients qui ne viennent pas forcent l'épicier, le médecin ou l'avocat à mourir de faim. En fait, personne n'a exercé de contrainte à leur encontre pour la simple raison que personne ne s'est présenté. Pour aborder la question avec les termes les plus simples possible, les clients n'existaient pas. Si nous supposons à présent qu'un client est venu et qu'il a proposé des honoraires extrêmement faibles au médecin ou à l'avocat, il n'est pas possible de dire que ce client particulier « contraint » le médecin ou l'avocat à accepter son tarif. Nous pouvons mépriser un homme qui sait nager et qui ne sauve pas un individu qu'il voit en train de se noyer dans une rivière, mais ce serait un abus de langage d'affirmer qu'en refusant de sauver l'homme qui se noie il le « contraint » à se noyer. À cet égard, je me dois d'être d'accord avec un célèbre juriste allemand du dix-neuvième siècle, Rudolph Jhering, qui était indigné par l'injustice de l'argument avancé en faveur d'Antonio par Portia, à l'encontre de Shylock, dans *The Merchant of Venice* de Shakespeare. Nous pouvons mépriser Shylock, mais nous ne pouvons pas dire qu'il a « contraint » Antonio ou qui que ce soit d'autre

à conclure un accord avec lui – un accord impliquant en l'occurrence la mort de ce dernier. Ce que Shylock voulait, c'était seulement « contraindre » Antonio à respecter son accord une fois qu'il l'avait signé. En dépit de ces remarques évidentes, les gens ont souvent tendance à juger Shylock de la même façon qu'ils jugeraient un meurtrier et à condamner les usuriers comme s'ils étaient des voleurs ou des pirates, même si ni Shylock ni aucun autre usurier ne peuvent être accusés, à proprement parler, de contraindre quiconque à aller les voir pour leur demander de l'argent à un taux usuraire.

En dépit de cette différence entre la « contrainte », au sens de quelque chose qui a été fait manifestement pour porter préjudice à quelqu'un contre sa volonté, et un comportement comparable à celui de Shylock, beaucoup de gens, surtout au cours des cent dernières années en Europe, ont essayé d'introduire dans le langage courant une confusion sémantique qui fait qu'un homme ne s'étant jamais engagé à accomplir une action définie en faveur d'autres personnes, et qui donc ne fait rien pour elles, est condamné à cause de sa supposée « omission » et est tenu pour responsable comme s'il avait « contraint » les autres à faire quelque chose contre leur volonté. Cela n'est pas, selon moi, en accord avec l'usage correct du langage ordinaire de tous les pays avec lesquels je suis familier. Vous ne « contraignez » pas quelqu'un si vous vous abstenez simplement de faire pour lui une chose, à laquelle vous n'avez pas donné votre consentement.

Toutes les théories socialistes de la supposée « exploitation » des travailleurs par les employeurs, et en général des « dépossédés » par les « possédants », sont en dernière analyse fondées sur cette confusion sémantique. Dès lors que les présumés historiens de la

révolution industrielle anglaise du dix-neuvième siècle parlent de l'« exploitation » des travailleurs par les employeurs, ils impliquent précisément cette idée que les employeurs faisaient usage de la « contrainte » sur les travailleurs pour leur faire accepter les maigres salaires de leur dur labeur. Quand des lois telles que le *Trade Disputes Act* de 1906 ont conféré aux syndicats anglais un privilège pour contraindre les employeurs à accepter leurs réclamations par le biais d'actes illégaux, l'idée était que les employés se trouvaient dans le camp des faibles et que par conséquent ils pouvaient être « contraints » par les employeurs à accepter de bas revenus au lieu de salaires élevés. Le privilège accordé par le *Trade Disputes Act* était fondé sur un principe familier aux libéraux européens de cette époque, et correspondant aussi à la signification de la « liberté » telle qu'elle était admise dans le langage courant, selon laquelle vous êtes « libre » quand vous pouvez contraindre les gens à s'abstenir de vous contraindre. Le problème c'était que le sens de la contrainte, conférée aux syndicats comme un privilège par la loi, correspondait au sens habituel de ce mot dans le langage courant, alors que la « contrainte » exercée par les employeurs, que le privilège était censé combattre, ne correspondait pas au sens que ce mot avait et a toujours dans le langage ordinaire. Si nous considérons les choses de ce point de vue, nous sommes obligés d'être d'accord avec sir Frederic Pollock qui a écrit dans *Law of Torts* que « la science légale n'a évidemment rien à voir avec le fonctionnement violent empirique du corps politique » que le corps législatif britannique a pensé bon de mettre en œuvre avec le *Trade Disputes Act* de 1906. Nous devons dire également que l'utilisation ordinaire du langage n'a rien à voir avec le sens de la « contrainte » qui a

rendu opportun, aux yeux des législateurs britanniques, d'infliger au corps politique un fonctionnement violent de ce type.

Des historiens impartiaux comme le professeur Thomas S. Ashton ont démontré que la situation générale des classes pauvres de la population anglaise après les guerres napoléoniennes était due à des causes qui n'ont rien à voir avec le comportement des entrepreneurs de la nouvelle ère industrielle de ce pays, et que son origine remontait loin dans l'histoire ancienne de l'Angleterre.

Qui plus est, les économistes ont souvent démontré, à la fois en apportant des arguments convaincants de nature théorique et en examinant des données statistiques, que des bons salaires dépendent du rapport entre le montant de capital investi et le nombre de travailleurs.

Mais ce n'est pas le point principal de notre argument. Si l'on attribue à la « contrainte » des significations différentes, telles que celles que nous venons juste de voir, on peut facilement en conclure que les entrepreneurs, à l'époque de la révolution industrielle en Angleterre, « contraignaient » les gens à habiter, par exemple, des vieilles maisons insalubres simplement parce qu'ils n'avaient pas construit pour leurs travailleurs un nombre suffisant de nouvelles et bonnes habitations. De la même façon, on pourrait dire que les industriels qui ne réalisent pas des énormes investissements dans des machines, en dépit des retours qu'ils peuvent en obtenir, « contraignent » leurs travailleurs à se contenter de salaires faibles. En fait, cette confusion sémantique est alimentée par plusieurs groupes de propagande et de pression qui ont intérêt à produire des définitions persuasives à la fois de la « liberté » et de

la « contrainte ». Il en résulte que des gens peuvent être condamnés pour la « contrainte » qu'ils exercent supposément sur d'autres personnes avec lesquelles ils n'ont jamais eu affaire. Ainsi la propagande de Mussolini et d'Hitler, avant et pendant la seconde guerre mondiale, incluait l'affirmation selon laquelle les habitants de pays aussi éloignés de l'Allemagne et de l'Italie que le Canada ou les États-Unis « contraignaient » les Italiens et les Allemands à se contenter de leurs pauvres ressources matérielles et de leurs territoires comparativement plus étroits, même si pas un seul mètre carré du territoire allemand ou italien n'a été pris par le Canada ou par les États-Unis. De la même façon, après la dernière guerre mondiale, beaucoup de gens, notamment de l'intelligentsia italienne, nous disaient que les propriétaires fortunés du sud de l'Italie étaient directement responsables de la misère des travailleurs pauvres là-bas, ou bien que les habitants du nord étaient responsables de la dépression du sud profond, bien qu'aucune démonstration ne pût sérieusement prouver que la richesse de certains propriétaires terriens du sud de l'Italie était la cause de la pauvreté des travailleurs, ni que le niveau de vie satisfaisant dont bénéficiaient les gens du nord était la cause de l'absence d'un tel standard dans le sud. L'hypothèse sous-jacente à toutes ces idées était que les « possédants » du sud de l'Italie « contraignaient » les « dépossédés » à vivre pauvrement, de la même façon que les habitants du nord de l'Italie « contraignaient » ceux vivant dans le sud à se contenter des revenus de l'agriculture au lieu de ceux des industries du bâtiment. Je dois souligner aussi qu'une confusion sémantique similaire est à la base d'un nombre important des demandes faites aux populations de l'Ouest (y compris

aux États-Unis) et des attitudes que les groupes dirigeants de certaines anciennes colonies comme l'Inde ou l'Égypte ont adoptées à leur égard.

Cela a pour conséquence des mutineries occasionnelles, des émeutes et toutes sortes d'actions hostiles provoquées par les personnes qui se sentent « contraintes ». Une autre conséquence non moins importante est une série de lois, de décrets et de dispositions, tant au niveau national qu'international, ayant pour objet d'aider les gens prétendument « contraints » à contrecarrer cette « contrainte » à l'aide de dispositifs, de privilèges, de subventions, d'indemnités, etc. imposés légalement.

Ainsi une confusion des mots provoque une confusion des sentiments, et toutes deux agissent l'une sur l'autre pour confondre encore plus les choses.

Je ne suis pas aussi naïf que Leibniz qui supposait que de nombreuses questions politiques ou économiques pouvaient être réglées *non pas par des conflits (clamoribus)*, mais par une sorte de calcul (*calculemus*) grâce auquel il serait possible, pour tous les gens concernés, de s'entendre, du moins en principe, sur les problèmes en jeu. Mais j'affirme qu'une clarification sémantique est certainement plus utile qu'on le ne croit généralement, si seulement les gens étaient mis en position d'en bénéficier.

III

LA LIBERTÉ ET LA *RULE OF LAW*

Il n'est pas facile d'établir ce que les anglophones entendent par l'expression « *rule of law* ». Le sens de ces mots a changé au cours des soixante-dix ou même des cinquante dernières années, et la formule elle-même a pris une tournure plutôt obsolète, que ce soit en Angleterre ou en Amérique. Néanmoins elle a autrefois correspondu à une idée (comme l'avait souligné le professeur Hayek dans sa première conférence sur la liberté et la *rule of law*, donnée à la Banque nationale d'Égypte en 1955) qui « a entièrement conquis les esprits, sinon la pratique, des nations occidentales », si bien que « peu de gens doutaient qu'elle était destinée bientôt à gouverner le monde¹ ».

L'histoire intégrale de ce changement ne peut pas encore être écrite, puisque le processus est encore en

1. Friedrich A. Hayek, *The Political Ideal of the Rule of Law* (Le Caire : Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures, National Bank of Egypt, 1955), p. 2. Pratiquement l'intégralité de ce livre a été republiée dans *The Constitution of Liberty* du même auteur.

cours. Cependant c'est une histoire, dans une certaine mesure, compliquée, fragmentaire, fastidieuse et surtout dissimulée aux gens qui ne lisent que des journaux, des magazines ou des romans et qui n'ont pas un goût particulier pour des sujets légaux ou pour des techniques telles que, par exemple, la délégation de l'autorité judiciaire et des pouvoirs législatifs. Mais c'est une histoire qui concerne tous les pays occidentaux qui ont participé et qui participent toujours non seulement à l'idéal judiciaire signifié par l'expression « *rule of law* », mais aussi à l'idéal politique désigné par le mot « liberté ».

Je n'irais pas jusqu'à dire, comme le professeur Hayek le fait dans la conférence mentionnée ci-dessus, que « c'est dans une discussion technique concernant le droit administratif que le sort de notre liberté est décidé ». Je préférerais dire que cette destinée est aussi décidée à d'autres endroits – au sein des parlements, dans la rue, à la maison et en fin de compte dans les esprits aussi bien des travailleurs ordinaires que d'hommes instruits tels que les scientifiques ou les professeurs d'université. Je suis d'accord avec le professeur Hayek pour dire que nous sommes confrontés à cet égard à une révolution silencieuse. Mais je ne dirais pas, comme lui ou comme le professeur français Ripert, qu'il s'agit d'une révolution – voire d'un *coup d'État* – promue uniquement ou principalement par des techniciens tels que les avocats ou les fonctionnaires des ministères ou des départements d'État. En d'autres termes, le changement continu et progressif du sens de la « *rule of law* » n'est pas le résultat d'une révolution « managériale », pour reprendre l'expression *ad hoc* de Burnham. Il s'agit d'un phénomène beaucoup plus vaste, lié à beaucoup d'événements et de situations

dont les réelles caractéristiques et la portée ne sont pas facilement constatables et auxquels les historiens se réfèrent avec des locutions de ce type : « la tendance générale de notre époque ». Le processus par lequel le mot « liberté » a commencé à revêtir plusieurs significations différentes et incompatibles, au cours des cent dernières années, impliquait – et nous l’avons vu – une confusion sémantique. Une autre confusion sémantique, moins évidente, mais tout aussi importante, est en train d’apparaître aux yeux de ceux qui sont suffisamment patients pour étudier la révolution silencieuse qui se produit dans l’utilisation de l’expression « *rule of law* ».

Depuis l’époque de Montesquieu et de Voltaire, les penseurs de l’Europe continentale, en dépit de leur sagesse, de leur instruction et de leur admiration pour le système politique britannique, n’ont pas été capables de comprendre la signification correcte de la constitution britannique. Montesquieu est probablement le plus célèbre de ceux qui sont sujets à cette critique, particulièrement en ce qui concerne son interprétation, consacrée, de la séparation des pouvoirs en Grande-Bretagne, en dépit du fait que son interprétation (beaucoup parleraient de ses erreurs d’interprétation) ait eu, à son tour, une influence énorme sur les pays anglophones eux-mêmes. Des penseurs anglais éminents ont à leur tour subi une critique semblable en raison de leurs interprétations des constitutions de l’Europe continentale. Le plus connu d’entre eux est certainement Dicey dont les interprétations erronées du *droit administratif* français ont été considérées par sir Carleton Kemp Allen, un autre érudit anglais bien connu, comme une « erreur fondamentale » et comme l’une des principales raisons pour laquelle la « *rule of*

law » a évolué de la sorte au sein des pays anglophones d'aujourd'hui. Le fait est que les pouvoirs du gouvernement n'ont jamais été réellement séparés en Angleterre, comme Montesquieu le croyait à son époque, et le *droit administratif* français ou le *diritto amministrativo* italien ou encore le *Verwaltungsrecht* allemand n'étaient pas vraiment non plus identifiables au « droit administratif » auquel sir Kemp Allen et l'ensemble des érudits anglais contemporains pensent quand ils parlent des changements récents intervenus dans les fonctions respectives du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif au Royaume-Uni.

Après une longue réflexion sur ce sujet, j'ai tendance à conclure que les mauvaises interprétations de Dicey d'une part, et de Montesquieu d'autre part, sont moins fondamentales que celles venant des savants et des gens ordinaires qui ont essayé d'adopter, sur le continent européen, la « *rule of law* » britannique et qui ont imaginé que l'imitation continentale du système anglais ou américain (disons par exemple le *Rechtsstat* allemand ou l'*état de droit* français ou encore le *Stato di diritto* italien) est vraiment quelque chose de très similaire à la « *rule of law* » anglaise. Dicey lui-même, qui était pourtant assez lucide sur certaines différences très importantes à cet égard et qui, selon plusieurs penseurs, avait des préjugés à l'égard des Français et plus généralement vis-à-vis des constitutions européennes, pensait en fait qu'au début du siècle il n'existait pas une grande différence entre la « *rule of law* » anglaise ou américaine et les constitutions continentales :

Si nous limitons notre observation à l'Europe du vingtième siècle, nous pouvons dire que, dans la plupart des pays européens, la *rule of law* est à présent presque aussi bien implantée qu'en Angleterre et que les individus, de

toutes conditions, qui ne se mêlent pas de la politique n'ont rien à craindre tant qu'ils tiennent le droit à l'écart à la fois du gouvernement ou de qui que ce soit².

D'un autre côté, certains penseurs du continent – c'est-à-dire les fameux *garantistes* français comme Guizot et Benjamin Constant et les théoriciens allemands du *Rechtsstaat* tels que Karl von Rotteck, K. Welcker, Robert von Mohl et Otto von Gierke – supposaient (je devrais préciser, à tort) qu'ils décrivaient et recommandaient à leurs concitoyens une forme d'État très semblable à celle de l'Angleterre. De nos jours, le professeur Hayek a essayé de démontrer que la doctrine allemande du *Rechtsstaat*, avant sa corruption par les *réactionnaires* historicistes et positivistes à la fin du dix-neuvième siècle, a beaucoup contribué, en théorie sinon en pratique, à l'idéal de la « *rule of law* ».

Cet idéal, et celui du *Rechtsstaat* avant sa corruption, avaient de fait beaucoup en commun. Presque toutes les caractéristiques que Dicey a décrites si brillamment, dans le livre cité ci-dessus, afin d'expliquer ce qu'était la « *rule of law* » anglaise, se retrouvent aussi dans les constitutions continentales, de la constitution française de 1789 à celles d'aujourd'hui.

La suprématie du droit était la principale caractéristique citée dans l'analyse de Dicey. Il a mentionné le vieux droit des tribunaux anglais : « *La ley est la plus haute inheritance, que le roi had ; car par la ley il même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roi et nul inheritance sera* » (« La loi est le bien le plus important dont le roi hérite, car lui et tous ses sujets sont gouver-

2. Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, huitième édition, Londres, Macmillan, 1915, p. 185.

nés par elle, et sans elle il n'y aurait plus ni roi ni royaume »). Selon Dicey, la suprématie de la loi était à son tour un principe qui correspondait à trois autres concepts et qui impliquait donc trois sens différents et concomitants de l'expression « *rule of law* » : (I) l'absence de pouvoir arbitraire des gouvernements pour punir les citoyens ou pour commettre des actes allant à l'encontre de la vie ou de la propriété ; (II) l'assujettissement de tout homme, quels que soient son rang ou sa condition, à la loi ordinaire du royaume et à la juridiction des tribunaux ordinaires ; (III) et une prédominance de l'esprit légal au sein des institutions anglaises, grâce auquel, comme l'explique Dicey, « les principes généraux de la constitution anglaise (comme par exemple le droit à la liberté personnelle ou le droit de réunion publique) sont le résultat de décisions judiciaires... ; tandis que, sous de nombreuses constitutions étrangères, la sécurité donnée aux droits des individus résulte ou semble résulter des principes généraux (abstraits) de la constitution³ ».

Les Américains peuvent se demander si Dicey considérait ou non le système américain comme faisant partie de la même catégorie que ceux de l'Europe continentale. Les Américains tirent ou semblent tirer leurs droits individuels des principes établis dans leur Constitution et dans les dix premiers amendements. En fait, Dicey considérait les États-Unis comme un exemple typique d'un pays vivant sous la « *rule of law* », parce qu'elle avait été héritée des traditions anglaises. Il avait raison, comme on le voit quand on rappelle, d'une part, le fait qu'un *bill of rights* écrit

3. *Ibid.*, p. 191.

n'était pas considéré, dans un premier temps, comme nécessaire par les Pères fondateurs – qui ne l'ont même pas inclus dans le texte de la constitution elle-même – et, d'autre part, quand on rappelle l'importance que les décisions judiciaires des tribunaux ordinaires avaient et ont toujours au sein du système politique des États-Unis en ce qui concerne les droits des individus.

Le professeur Hayek, parmi les plus récents théoriciens éminents de la « *rule of law* », a pris en compte quatre de ces caractéristiques qui correspondent dans une certaine mesure, bien que pas complètement, à la description de Dicey. Selon le professeur Hayek, la *généralité*, l'*égalité*, la *certitude* de la loi (comme le fait que la discrétion administrative dans l'action coercitive, c'est-à-dire quand elle interfère avec la personne et la propriété d'un citoyen privé, *doit toujours être sujette à inspection* par des tribunaux indépendants) sont « vraiment le nœud de la question, le point décisif dont dépend le fait que la *rule of law* prévaut ou non⁴. »

Apparemment, les théories du professeur Hayek et de Dicey coïncident, excepté sur certains détails. Le professeur Hayek insiste, il est vrai, sur la différence entre des lois et des décrets en relation avec la « généralité » de la loi et souligne que la loi ne doit jamais concerner des individus particuliers ou être mise en vigueur quand, au moment de sa promulgation, on peut prédire quels individus particuliers elle favorisera ou lèsera. Mais cela peut être simplement considéré comme un développement spécifique de l'idée de Dicey selon laquelle la « *rule of law* » signifie l'absence

4. Friedrich A. Hayek, *op. cit.*, p. 45.

de pouvoir arbitraire du gouvernement. L'*égalité*, à son tour, est une idée incarnée dans la description dicéenne de la deuxième caractéristique de la *rule of law*, c'est-à-dire que chaque homme, quels que soient son rang ou sa condition, est assujetti à la loi ordinaire du royaume.

Nous devons remarquer, à ce propos, une différence entre les interprétations de Dicey et de Hayek à propos de l'égalité ou du moins de ses applications à certains égards. Le professeur Hayek est d'accord avec sir Carleton Kemp Allen pour reprocher à Dicey une « erreur fondamentale » relative à l'interprétation du *droit administratif* français. Dicey, selon sir Carleton Kemp Allen et le professeur Hayek, avait tort de croire que le *droit administratif* français et en général celui du continent, du moins à son stade adulte, était une sorte de droit arbitraire parce qu'il n'était pas administré par des tribunaux ordinaires. Selon Dicey, seuls des tribunaux ordinaires, aussi bien en Angleterre qu'en France, pourraient réellement protéger les citoyens en appliquant la loi ordinaire du territoire. Le fait que des juridictions spéciales, comme le *Conseil d'État* en France, avaient reçu le pouvoir de juger dans des affaires où des citoyens privés étaient en litige avec des fonctionnaires employés au service de l'État, était, aux yeux de Dicey, une preuve que l'égalité de la loi pour tous les citoyens n'était pas vraiment respectée sur le continent. Les fonctionnaires, en litige dans le cadre de leurs compétences administratives avec des citoyens ordinaires, étaient « dans une certaine mesure exemptés de la loi ordinaire du territoire ». Le professeur Hayek accuse Dicey d'avoir énormément contribué à empêcher ou à retarder le développement d'institutions capables de contrôler, par le biais de tribunaux indépendants, la nouvelle organisation bureaucratique en Angleterre, à

cause d'une idée fausse selon laquelle des tribunaux administratifs séparés constitueraient toujours un déni de la loi ordinaire du territoire et donc un déni de la « *rule of law* ». Le fait est que le *Conseil d'État* procure aux citoyens ordinaires, aussi bien en France que dans la plupart des pays de l'Europe occidentale, une protection relativement impartiale et efficace contre ce que Shakespeare aurait appelé « l'arrogance du pouvoir ».

Est-il juste pourtant de tenir Dicey pour responsable du fait qu'aucun processus similaire à celui de la formation et du fonctionnement du *Conseil d'État* ne se soit encore produit au Royaume-Uni ? Ce qui a retardé peut-être le développement d'un tribunal d'appel administratif en Angleterre (qui correspondrait au *Conseil d'État* français ou au *consiglio di Stato* italien) est le fait, notifié par Allen, qu'en Angleterre, « dès que l'on évoque un *new-found halliday* [principe de droit allemand qui a été introduit dans la *common law* anglo-saxonne], beaucoup de gens sont horrifiés à l'idée d'une "importation" étrangère⁵ ». En fait, l'hostilité à l'égard des lois et des juridictions qui ne sont pas britanniques est une vieille caractéristique du peuple anglais. Les habitants actuels des îles Britanniques sont après tout les descendants de ceux qui ont proclamé avec fierté, des siècles auparavant, « *nolumus lesges Angliae mutari* » (nous voulons qu'aucun changement ne soit fait dans les lois des Anglo-Saxons). Le rôle de Dicey, dans la résistance à l'importation des formes continentales du droit en Angleterre, était comparativement faible. Allen lui-même, tandis qu'il suggère

5. Carleton Kemp Allen, *Law and Orders*, Londres, Stevens & Sons éd., 1956, p. 396.

avec prudence comment adopter de nouvelles significations pour protéger les citoyens de la bureaucratie britannique, ajoute brusquement que « personne de sain d'esprit ne propose d'imiter en Angleterre le *Conseil d'État* » et que les gens qui croient toujours que l'« *administrative law* » (s'ils permettent même le terme) est la même chose que le *droit administratif*, vivent à une époque révolue depuis longtemps⁶ ».

Incidemment, la chose amusante dans cette péroraison d'Allen c'est qu'il semble impliquer ici que l'« *administrative law* » est quelque chose de beaucoup mieux que le *droit administratif* étranger, alors qu'au début de son travail il avait reproché au pauvre Dicey « sa comparaison complaisante avec le droit administratif français », c'est-à-dire avec « cette jurisprudence remarquable, en tout cas selon son développement moderne », et il a accusé Dicey d'avoir « donné au public britannique l'impression que l'effet du droit administratif en France était de mettre les fonctionnaires dans une position privilégiée particulière plutôt que (comme c'est le cas) de donner au sujet une vaste mesure de protection contre l'action illégale de l'État⁷ ». On peut ajouter qu'il s'agit d'une protection que le droit administratif anglais actuel n'offre pas à tous les sujets de la Couronne britannique parce que, comme l'a souligné récemment un autre érudit anglais, Ernest F. Row :

Alors que les tribunaux administratifs sont des tribunaux et qu'ils administrent un code législatif parfait par le biais d'une procédure définie parfaitement, proche de celle des autres tribunaux, le nouveau système anglais

6. *Ibid.*, p. 396.

7. *Ibid.*, p. 32.

[c'est-à-dire cet octroi – au pouvoir exécutif – de fonctions juridiques que l'ancien lord *Chief Justice* (président de la Cour suprême) désignait autrefois « d'anarchie administrative » et de « nouveau despotisme »], n'est rien de la sorte, puisque les conflits entre les individus et le gouvernement sont réglés par ce dernier, lui-même partie au conflit, d'une façon complètement arbitraire, selon des principes non réguliers et non reconnus et par une procédure légale qui n'est pas clairement définie⁸.

Dicey et Hayek ne diffèrent légèrement que sur leurs interprétations respectives de l'égalité en tant que caractéristique de la *rule of law*. Tous deux soutiennent que des tribunaux indépendants sont essentiels pour accorder aux citoyens l'égalité devant la loi. Une différence mineure entre les deux interprétations des fonctions des tribunaux semble être que, alors que Dicey n'admet pas l'existence de deux ordres judiciaires différents, l'un pour régler les conflits entre les citoyens ordinaires uniquement et l'autre pour régler les conflits entre des citoyens ordinaires d'une part, et des fonctionnaires d'État d'autre part, Hayek pense que l'existence de deux ordres judiciaires différents n'est pas répréhensible en soi, pourvu que les deux ordres soient réellement indépendants de l'exécutif.

Les choses ne sont certainement pas aussi simples que la conclusion du professeur Hayek semble l'impliquer. Bien sûr, des tribunaux administratifs indépendants sont préférables au simple octroi du pouvoir

8. Ernest F. Row, *How States Are Governed*, Londres, Pitman & Sons, 1950, p. 70. Pour le cas des États-Unis, voir Walter Gellhorn, *Individual Freedom and Governmental Restraints*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1956, et Leslie Grey, « The Administrative Agency Colossus », *The Freeman*, octobre, 1958, p. 31.

judiciaire à l'exécutif dans les sujets administratifs, comme cela se passe en Angleterre aujourd'hui et, dans une certaine mesure, aux États-Unis aussi. Mais la présence de « tribunaux administratifs » accrédite le fait (que Dicey n'appréciait pas) qu'il n'y a pas un seul droit pour tous dans un pays, et donc que l'égalité de tous les citoyens devant la loi n'est pas vraiment respectée comme ça le serait s'il n'existait qu'un seul droit du territoire, et pas également un droit administratif à côté du droit commun.

Le doyen Roscoe Pound a souligné, dans un essai cité par le professeur Hayek⁹ que, les tendances contemporaines dans l'exposition du droit public subordonnent les intérêts « de l'individu à ceux des fonctionnaires publics » en autorisant ces derniers à « identifier une partie de la controverse avec l'intérêt public et donc de lui donner une grande importance et d'ignorer les autres ». Cela s'applique plus ou moins à tous les types de droit administratif, qu'ils soient administrés par des tribunaux indépendants ou non. Un principe général qui sous-tend toutes les relations entre les citoyens privés et les fonctionnaires du gouvernement agissant dans le cadre de leurs compétences administratives est ce que les théoriciens du continent (comme par exemple l'Allemand Georg Jellinek ou le Français Maurice Hauriou ou encore l'Italien Santi Romano) appelleraient le *status subjectionis* de l'individu vis-à-vis de l'administration et également la « suprématie » de cette dernière sur l'individu. Les fonctionnaires d'État, en tant que représentants de l'administration publique, sont considérés comme des gens ayant l'*eminentia jura*

9. Friedrich A. Hayek, *op. cit.*, p. 57.

(droits prééminents) sur d'autres citoyens. Ainsi des fonctionnaires sont habilités, par exemple, à imposer leurs décrets sans aucun contrôle préalable, quel qu'il soit, d'un juge sur la légitimité de ces ordres, alors qu'un tel contrôle serait exigé si un citoyen imposait quoi que ce soit à l'un de ses concitoyens. Il est vrai que les théoriciens du continent admettent aussi que des individus ont un droit à la liberté personnelle qui limite *l'eminentia jura* ou bien, comme ils le disent aussi, la *suprématie* de l'administration. Mais le principe de la suprématie de l'administration est quelque chose qui qualifie aujourd'hui le droit administratif de tous les pays en Europe continentale et, dans une certaine mesure, de tous les pays du monde.

C'est précisément ce principe que les tribunaux administratifs prennent en compte quand ils jugent des querelles entre des citoyens privés et des fonctionnaires, alors que des juges ordinaires considèreraient toutes les parties privées impliquées dans le procès comme étant exactement au même niveau. Ce fait, qui en lui-même n'a rien à voir avec le niveau d'indépendance des tribunaux administratifs par rapport à l'exécutif ou des fonctionnaires d'État, est à la base de l'existence de tribunaux administratifs en tant que tribunaux de justice séparés. Maintenant, si comme Dicey nous admettons que le seul droit à prendre en compte dans le jugement de querelles entre des citoyens (qu'ils soient des fonctionnaires d'État ou non) est celui qui est en conformité avec la *rule of law* telle que Dicey la conçoit, sa conclusion, comme quoi un système de tribunaux administratifs (qu'ils soient indépendants du gouvernement ou non) doit être évité et que seuls les tribunaux ordinaires doivent être acceptés, est parfaitement cohérente.

La conclusion de Dicey peut ou non être applicable aux circonstances actuelles, mais il s'agit d'une conséquence du principe de l'égalité devant la loi, c'est-à-dire de l'un des principes impliqués à la fois par l'interprétation de la signification de la *rule of law*, de ce dernier et de celle du professeur Hayek.

En Angleterre, selon Dicey,

L'idée de l'égalité légale, ou de l'assujettissement universel de toutes les classes à un seul droit administré par des tribunaux ordinaires, a été poussé à son point ultime. Avec nous, tous les fonctionnaires, du premier ministre jusqu'au constable ou au collecteur d'impôts, sont soumis aux mêmes responsabilités pour chaque fait commis sans justification légale, au même titre que les autres citoyens. Les rapports regorgent de procès dans lesquels des fonctionnaires ont été traînés devant les tribunaux et, à titre personnel, et ont été passibles de sanctions ou du paiement de réparations pour des actes commis, ayant un caractère administratif mais allant au-delà de leur autorité légale. Un gouverneur colonial, un secrétaire d'État, un officier militaire, et tous les subordonnés mettant en œuvre les ordres de leurs supérieurs, sont responsables de tous les actes que le droit n'autorise pas, au même titre qu'une personne privée et non fonctionnaire.¹⁰

La situation décrite par Dicey en 1885 n'est certainement pas celle qui prévaut de nos jours, pour ce qui est d'une caractéristique typique du nouveau « droit administratif » en Angleterre selon laquelle un nombre important de procès dans lesquels l'exécutif est, ou peut être l'une des parties du conflit, sont supprimés de la juridiction des tribunaux ordinaires.

10. Albert Venn Dicey, *op. cit.*, p. 189.

Dicey ne peut pas être critiqué à juste titre pour sa condamnation des tribunaux administratifs sur la base d'un principe qu'il a énoncé si clairement, c'est-à-dire celui de la sujétion universelle de toutes les classes à un seul droit. Sinon nous sommes obligés d'en conclure que, alors que tous les hommes sont égaux devant la loi, certains hommes « sont plus égaux que d'autres ».

En fait nous savons à présent jusqu'où l'interprétation du principe d'égalité devant la loi peut aller dans des systèmes politiques où le principe, purement formel voire protocolaire, de la légalité d'une règle, quelle qu'elle soit, en dépit de son contenu, a été substitué au principe de *Rechtsstaat* et également à celui de la « *rule of law* » dans son sens premier.

Nous pouvons former autant de catégories de gens que nous voulons pour leur appliquer les mêmes lois. Au sein de chacune d'entre elles, les individus seront tous « égaux » devant la loi particulière qui leur est applicable, en dépit du fait que d'autres personnes, appartenant à une autre catégorie, seront traitées complètement différemment par d'autres lois. Ainsi nous pouvons créer un « droit administratif » devant lequel tous les gens regroupés dans une certaine catégorie définie par la loi seront traités de la même façon par les tribunaux administratifs et, à côté, nous pouvons reconnaître un « droit commun » pour les personnes des autres catégories qui seront traitées tout aussi équitablement par les tribunaux ordinaires. Ainsi, par un changement subtil de la signification du principe « d'égalité », nous pouvons prétendre l'avoir préservé. Au lieu « d'égalité devant la loi », tout ce que nous aurons sera alors *l'égalité devant chacun des deux systèmes de droit mis en vigueur au sein du même pays*, ou, si nous voulons reprendre le langage de la formule dicéenne,

nous aurons *deux droits du territoire au lieu d'un seul*. Bien sûr nous pouvons avoir, de la même façon, trois, quatre ou des milliers de droits du territoire, un pour les propriétaires, un pour les locataires, un pour les employeurs et un autre pour les employés, etc. C'est précisément ce qui se produit aujourd'hui dans la plupart des pays occidentaux où l'on fait encore semblant d'appliquer le principe de la « *rule of law* » et donc celui « d'égalité devant la loi ».

Nous pouvons aussi imaginer que les mêmes tribunaux soient habilités à appliquer tous ces droits différents de façon égale à tous ceux qui font partie de la catégorie concernée. On peut toujours appeler cela approximativement « égalité devant la loi ». Mais il est évident que, dans un tel cas de figure, tout le monde ne recevra pas un traitement égal devant la loi du territoire, ce dernier étant considéré comme un tout. Par exemple, en Italie, le troisième article de la Constitution déclare que « tous les citoyens sont égaux devant la loi ». En réalité, il y a pourtant des lois qui imposent aux propriétaires de garder leurs locataires pour un loyer très faible, en dépit d'accords préalables prévoyant le contraire, alors que d'autres catégories de personnes, ayant signé des contrats comportant des dispositions différentes de celles s'appliquant aux propriétaires ou aux locataires, ne sont pas affectées par une loi spécifique et peuvent – voire doivent – toujours garder les contrats qu'elles avaient conclus. Dans mon pays, nous avons aussi d'autres lois qui obligent les gens à céder une partie de leurs terres pour une indemnité fixée par le gouvernement et qui est, du point de vue des propriétaires ridiculement basse par rapport aux prix du marché. D'autres personnes, par exemple des propriétaires de bâtiments, d'entreprises ou de porte-

feuilles, sont toujours libres de faire ce qu'ils veulent avec leur propriété. La Cour constitutionnelle italienne a entériné, dans une décision récente, une loi qui habilite le gouvernement à payer un prix nominal aux propriétaires expropriés par des lois de réforme agraire, sur la base desquelles le prix était fixé en fonction de l'intérêt général du pays (bien sûr, il est très difficile de définir ce qu'est « l'intérêt général »). Les théoriciens pourraient probablement élaborer une série de principes pour expliquer tout ça et parler par exemple d'un *jus subjectionis* des propriétaires ou de *jura eminentia* ou bien de la *suprématie* des locataires ou des fonctionnaires gouvernementaux qui fixent le montant à payer aux propriétaires expropriés. Mais les choses restent comme elles sont : les gens ne sont pas traités de façon égale par la loi du territoire considérée comme un tout, dans le sens voulu par Dicey dans son fameux livre.

La possibilité qu'il y ait plusieurs droits valables à la même époque pour des catégories différentes de citoyens au sein du même pays, mais les traitant différemment (l'imposition progressive en fonction du revenu des gens, qui est d'ores et déjà une caractéristique générale de la politique fiscale des pays occidentaux, en est l'exemple le plus banal) est liée à son tour au principe de *généralité de la loi*. De plus, il n'est pas facile d'établir ce qui fait qu'une loi est *générale* par rapport à une autre. Il existe plusieurs « genres » pour lesquels on peut élaborer des lois « générales », et on peut considérer qu'il y a plusieurs « espèces » faisant partie du même « genre ».

Dicey considérait que « l'esprit légal » était un attribut spécifique des institutions britanniques. L'ensemble du système politique anglais était fondé, selon lui, sur les principes généraux résultant « des décisions judi-

ciales qui déterminent les droits des personnes privées dans des cas particuliers portés devant les tribunaux ». Il a comparé cela avec ce qui se passe sur le Continent (et il aurait pu dire aux États-Unis également), où « la sécurité accordée aux droits des individus vient ou semble venir des principes généraux de la constitution », émergeant à leur tour d'un acte législatif. Dicey a expliqué avec sa lucidité habituelle ce qu'il voulait dire par là :

S'il est permis d'appliquer les formules de la logique aux questions de droit, la différence à ce sujet entre la constitution de la Belgique et celle de l'Angleterre peut être décrite par l'affirmation selon laquelle, en Belgique, les droits individuels sont des déductions tirées des principes de la constitution, alors qu'en Angleterre lesdits principes de la constitution sont des inductions ou des généralisations fondées sur des décisions particulières prononcées par les tribunaux, tout comme le sont les droits donnés aux individus¹¹.

Dicey a également affirmé que, même s'il « s'agissait bien sûr d'une différence formelle » ayant peu d'importance en soi, des grandes différences pratiques ont été révélées par l'épreuve de l'histoire, relative par exemple à la constitution française de 1791 qui a proclamé une série de droits, alors « que jamais une époque n'est restée dans les annales de l'espèce humaine, comme la Révolution française à son paroxysme, pour avoir des droits aussi incertains, voire inexistants ». Selon Dicey, la raison de ces différences entre les systèmes anglais et continentaux était le manque de compétence légale des législateurs (et ici Dicey semble rappeler l'agacement

11. *Loc. cit.*

bien connu, des juges anglais vis-à-vis du travail des législatures) requise pour trouver des remèdes sécurisant l'exercice des droits des citoyens. Dicey ne pensait pas que cette compétence était incompatible avec des constitutions écrites, et il a déclaré avec admiration que « les hommes d'État américains ont montré qu'ils avaient des compétences inégalées pour apporter des moyens accordant la sécurité légale des droits déclarés par la constitution américaine » ; de ce fait, la « *rule of law* » était une caractéristique aussi marquée aux États-Unis qu'en Angleterre¹² ». Selon Dicey, l'exercice des droits individuels était plus *certain* sous la constitution anglaise que l'exercice des droits similaires sous les constitutions du Continent ; et cette « certitude » était principalement due à une meilleure compétence légale des populations anglophones pour trouver des remèdes liés à ces droits.

La certitude est une caractéristique sur laquelle insiste aussi le professeur Hayek dans son analyse récente de l'idéal de la « *rule of law* ». Il la conçoit d'une façon qui diffère seulement en apparence de celle de Dicey, même si cette différence peut être très importante à certains égards.

Selon le professeur Hayek¹³, la certitude de la loi est probablement la condition la plus importante pour les activités économiques de la société, et elle a beaucoup contribué à une plus grande prospérité du monde occidental par rapport à l'Orient, où la certitude de la loi n'est pas arrivée aussi tôt. Mais il n'analyse pas ce que le terme « certitude » veut vraiment dire quand il est

12. *Ibid.*, p. 195.

13. Friedrich A. Hayek, *op. cit.*, p. 36.

relatif à la loi. C'est un point qui a besoin d'être traité avec beaucoup de précision dans une théorie de la « *rule of law* », même si ni Dicey, ni le professeur Hayek, ni à ce propos d'autres professeurs, n'ont vraiment abordé la question. Différentes significations de l'expression « certitude de la loi » peuvent être à l'origine de la plupart des malentendus entre les penseurs anglais et ceux d'Europe continentale, relatifs à la *rule of law* et à des concepts apparemment similaires comme ceux des constitutions écrites, du *Rechtsstaaten*, etc. Dicey n'avait pas une conception complètement claire de ce que signifiait pour lui « la certitude » de la loi lorsqu'il décrivait les principales caractéristiques de la « *rule of law* ». Apparemment ce fait est lié à l'absence de règles écrites – et donc, d'une certaine façon, *certaines* – dans le droit commun traditionnel britannique, y compris dans le droit constitutionnel. Si la certitude était uniquement liée à des règles écrites, ni le droit commun, ni cette partie de ce dernier qui peut être appelée droit constitutionnel, ne seraient certains du tout. En fait, la plupart des attaques récentes faites à « l'incertitude » de la jurisprudence, venant des anglophones et surtout des avocats américains et des politologues appartenant à la fameuse « école réaliste », sont fondées sur une signification du terme « certitude » qui implique l'existence d'une formule écrite avec précision, dont les mots ne doivent pas être changés à volonté par le lecteur. Cette intolérance à l'égard du droit non écrit est une excroissance du nombre grandissant de lois au sein des systèmes légaux et politiques contemporains et du poids toujours plus important que l'on a donné au droit statutaire par rapport à la jurisprudence (c'est-à-dire au droit non écrit), aussi bien en Angleterre que dans les pays du Commonwealth et aux États-Unis.

La certitude de la loi est associée à l'idée de formules écrites avec précision, semblables à celles que les Allemands appelleraient *Rechtssaetze*, et que l'on retrouve également dans le sens que le professeur Hayek donne au mot « certitude » lors de ses conférences sur la *rule of law*. Il déclare que même « la délégation de l'élaboration des règles à une sorte d'autorité non élue n'est pas nécessairement contraire à la *rule of law*, tant que cette autorité est bornée à établir et à publier les règles avant leur mise en application... ». Il ajoute que le problème posé par l'usage moderne répandu de la délégation n'est pas que le pouvoir d'édicter des règles générales soit délégué, mais qu'on ait donné en fait à des autorités le pouvoir d'exercer la coercition sans règles, parce qu'aucune règle générale ne peut être formulée pour l'exercice des pouvoirs en question¹⁴ ».

Il y a une sorte de parallèle entre ce qui pour le professeur Hayek est sans conséquence, en relation avec le droit ou les tribunaux administratifs, et ce qui est vraiment essentiel pour lui dans le concept de « certitude ». Ce qui compte pour lui, c'est que le droit administratif soit administré par des tribunaux *indépendants*, en dépit du fait qu'il existe quelque chose de singulier que l'on appelle le « droit administratif », et peu importe si les tribunaux l'administrant soient des tribunaux spéciaux ou non. De la même façon, le professeur Hayek croit qu'aucun inconvénient sérieux ne peut surgir du fait que des règles soient émises par des parlements ou par une sorte d'autorité déléguée, pourvu seulement que ces règles soient générales, clairement établies et publiées à l'avance.

14. *Ibid.*, p. 38.

Des réglementations établies en temps échu et portées à la connaissance des citoyens permettent à ces derniers de prévoir ce qui arrivera au niveau légal en conséquence de leur comportement, ou, pour utiliser les termes du professeur Hayek : « En tant que règle générale, les circonstances qui sont en dehors de son champ de vision [celui de l'individu] ne doivent pas servir de base pour sa coercition. »

Il s'agit très certainement d'une interprétation classique de la certitude de la loi. On peut aussi ajouter que c'est probablement la plus connue, puisqu'elle a fait l'objet à maintes reprises de formulations illustres et cela depuis la civilisation grecque de l'antiquité, comme pourraient aisément l'attester certaines citations de la *Politique* et de la *Rhétorique* d'Aristote. Quand le philosophe appelle de ses vœux le gouvernement des lois, il a probablement à l'esprit ces règles générales, connues à l'avance par tous les citoyens, qui étaient écrites à son époque sur les murs des bâtiments publics ou bien sur des morceaux de bois ou de pierre, comme le *kurbeis* que les Athéniens utilisaient à cet effet. L'idéal d'un droit écrit, conçu de façon générale et connu par tous les citoyens des petites et glorieuses villes disséminées un peu partout le long des côtes de la mer Méditerranée et habitées par les populations des descendants grecs, est l'un des dons les plus précieux que les pères de la civilisation occidentale ont légués à la postérité. Aristote connaissait bien le préjudice qu'une règle arbitraire, contingente et imprévisible (qu'il s'agisse d'un décret approuvé par la pègre de l'*agora* d'Athènes ou de l'ordre d'un tyran sicilien capricieux), pouvait causer aux gens ordinaires de son époque. Ainsi il considérait les lois, c'est-à-dire les règles générales énoncées en des termes qui étaient précis et

connus de tous, comme une institution indispensable pour des citoyens que l'on pouvait appeler « libres », et Cicéron a repris cette conception aristotélicienne dans sa célèbre maxime dans l'*Oratio pro Cluentio* : « *Omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus* » (« Nous devons tous obéir au droit si nous devons rester libres »).

Cet idéal de certitude a été implanté et renforcé en Europe continentale suite à une longue série d'événements. Le *Corpus Juris Civilis* justinien a été pendant de nombreux siècles l'ouvrage au sein duquel l'idéal de certitude de la loi, compris comme la certitude d'un *droit écrit*, semblait être incarné, aussi bien dans les pays latins que germaniques. Cet idéal n'était pas réfuté, mais il a même été accentué, aux dix-septième et dix-huitième siècles en Europe continentale, lorsque les gouvernements absolutistes ont voulu s'assurer, comme l'a souligné le professeur Ehrlich dans son brillant essai sur le raisonnement légal (*Juristische Logik*), que leurs juges n'altéraient pas le sens de leurs règles. Tout le monde sait ce qui s'est produit au dix-neuvième siècle au sein des pays du continent européen. Ces derniers ont adopté des constitutions et des codes écrits, entérinant l'idée que des formules écrites avec précision pourraient protéger les gens des agressions de n'importe quels types de tyrans possible. Les gouvernements comme les tribunaux ont accepté cette interprétation de l'idée de la certitude de la loi comme étant la précision d'une formule écrite énoncée par des législatures. Ce n'était pas la seule raison pour laquelle les pays d'Europe continentale ont adopté des codes et des constitutions, mais c'était en tout cas l'une des principales. En bref, l'idée continentale de la certitude de la loi correspondait à l'idée d'une formule écrite en des termes bien précis. Cette idée de la certitude était

conçue comme correspondant dans une grande mesure à l'idée de *précision*.

Que ce soit réellement la notion qu'avaient les Anglais de la certitude de la loi et que cette idée ait été vraiment impliquée dans leur idéal de la « *rule of law* » n'est pas clair à première vue. Nous reviendrons sur cette question un peu plus tard.

La notion grecque et continentale de la certitude de la loi correspond de fait à l'idéal de liberté individuelle formulée par les auteurs grecs qui parlent d'un gouvernement des lois. Il n'y a aucun doute qu'un gouvernement des lois est préférable à un gouvernement par décrets de tyrans ou de la pègre. Les lois générales sont toujours plus prévisibles que des ordres particuliers et soudains, et si la prévisibilité des conséquences est l'une des prémisses inévitables des décisions humaines, il est nécessaire d'en conclure que plus les lois générales rendent prévisibles, du moins d'un point de vue légal, les conséquences des actions individuelles, plus ces actions peuvent être dites « libérées » de l'intervention des autres, y compris de celle des autorités.

De ce point de vue, nous sommes obligés d'admettre que les règles générales, formulées en des termes précis (comme elles peuvent l'être quand des lois écrites sont adoptées), constituent un progrès par rapport aux ordres et aux décrets imprévisibles des tyrans. Mais malheureusement tout ceci ne forme pas l'assurance d'être « libéré » de l'intervention des autorités. Nous pouvons mettre de côté pour l'instant les questions qui surgissent du fait que des règles peuvent être parfaitement « certaines » dans le sens que nous avons décrit auparavant, c'est-à-dire précisément formulées, et en même temps être si tyranniques que personne ne peut être dit « libre » en se comportant en fonction de celles-ci.

Mais il y a un autre inconvénient qui résulte aussi de l'adoption de telles règles générales écrites, même quand elles nous donnent une « liberté » considérable dans notre comportement individuel. Le procédé habituel d'élaboration de la loi se fait dans de tels cas par le biais de la législation. Mais le processus législatif n'est pas quelque chose qui se produit une bonne fois pour toutes. Il a lieu tous les jours et se poursuit continuellement.

Ceci est particulièrement vrai à notre époque. Dans mon pays, le processus législatif représente à présent environ deux mille lois chaque année, et chacune d'entre elles peut être constituée de plusieurs articles. Parfois nous trouvons des douzaines ou même des centaines d'articles dans la même loi. Il est assez fréquent qu'une loi soit incompatible avec une autre. Nous avons une règle générale qui prévoit que, lorsque deux règles particulières sont mutuellement incompatibles à cause de leur contenu contradictoire, la règle la plus récente annule l'ancienne. Mais, selon notre système, personne ne peut dire si une règle peut avoir seulement un an, un mois ou un jour quand elle est abrogée par une nouvelle règle. Toutes ces règles sont énoncées précisément dans des formules écrites que les lecteurs ou les interprètes ne peuvent pas changer à leur gré. Néanmoins elles peuvent toutes disparaître aussi abruptement qu'elles sont apparues. La conséquence en est que, si nous laissons de côté les ambiguïtés du texte, nous sommes toujours « certains » en ce qui concerne le contenu littéral de chaque règle à n'importe quel moment, mais nous ne sommes *jamais certains* que demain nous aurons toujours les mêmes règles qu'aujourd'hui.

Cela constitue « la certitude de la loi » au sens grec ou continental. Maintenant, je n'irais pas jusqu'à dire qu'il s'agit du sens de la « certitude » requis pour pré-

voir que les conséquences des actions légales entreprises aujourd'hui seront toujours libérées de l'intervention légale, demain. Ce type de « certitude », si ardemment souhaitée par Aristote et par Cicéron, n'a en fin de compte rien à voir avec la certitude dont nous aurions besoin pour être vraiment « libres » au sens qu'entendaient ces anciens et glorieux représentants de notre civilisation occidentale.

Cependant ce n'est pas la seule signification de l'expression « certitude de la loi » telle qu'elle est utilisée et comprise en Occident. Il existe un autre sens qui est plus conforme avec l'idéal de la « *rule of law* » telle que la conçoivent aussi bien les Anglais que les Américains, du moins aux époques où la « *rule of law* » était un idéal lié sans aucun doute avec la liberté individuelle, comprise comme le fait d'être libéré de l'intervention de tous, y compris de celle des autorités.

IV

LA LIBERTÉ ET LA CERTITUDE DE LA LOI

La conception grecque de la certitude de la loi était celle d'un droit écrit. Même si nous ne sommes pas directement concernés ici par des problèmes de recherche historique, il peut être intéressant de rappeler que les Grecs, surtout à des époques plus reculées, avaient aussi une conception coutumière du droit et généralement de lois non écrites. Aristote lui-même parle de ces dernières. Celles-ci ne devaient pas être confondues avec le concept plus récent du droit conçu comme un complexe de formules écrites au sens technique que supposait le mot *nomos* au cinquième et au quatrième siècle avant Jésus-Christ. Mais les Grecs de l'antiquité, au cours d'une période plus adulte de leur histoire, ont eu l'occasion aussi d'en avoir assez de leur idée habituelle du droit conçu comme quelque chose d'écrit et de mis en vigueur par des corps législatifs tels que l'assemblée populaire d'Athènes.

L'exemple des Grecs de l'antiquité est particulièrement pertinent à cet égard, non seulement parce qu'ils étaient les créateurs des systèmes politiques adoptés plus tard par les pays occidentaux, mais aussi parce

que la plupart des Grecs, en particulier les Athéniens, étaient sincèrement attachés à la liberté politique, dans un sens qui nous est parfaitement compréhensible et qui est comparable au nôtre. Ce que Thucydide rapporte par exemple de la célèbre oraison funèbre prononcée par Périclès en hommage aux soldats et aux marins qui, les premiers, avaient trouvé la mort lors de la guerre du Péloponnèse pourrait être répété presque littéralement par des représentants modernes de l'idéal politique de la liberté, tels que Jefferson, Tocqueville, John Stuart Mill, lord Acton ou encore Spencer. L'authenticité des souvenirs que Thucydide avait utilisés pour reconstruire le discours de Périclès est toujours sujette à question. Mais, même si nous imaginons que Thucydide a écrit lui-même ce discours à la place de Périclès, l'autorité de Thucydide, en ce qui concerne le sentiment des Athéniens et les conditions de son époque, ne serait pas moins importante que celle de Périclès à cet égard. Ainsi Périclès, tel que cité par Thucydide, a utilisé les mots suivants pour décrire le système politique et civil athénien au milieu du cinquième siècle avant Jésus-Christ :

Notre constitution politique n'a rien à envier aux lois qui régissent nos voisins ; loin d'imiter les autres, nous donnons l'exemple à suivre. Du fait que l'État, chez nous, est administré dans l'intérêt de la masse et non d'une minorité, notre régime a pris le nom de démocratie. En ce qui concerne les différends particuliers, l'égalité est assurée à tous par les lois ; mais en ce qui concerne la participation à la vie publique, chacun obtient la considération en raison de son mérite, et la classe à laquelle il appartient importe moins que sa valeur personnelle ; enfin nul n'est gêné par la pauvreté et par l'obscurité de sa condition sociale, s'il peut rendre des services à la cité. La liberté est notre règle dans le gouvernement de la république, et

dans nos relations quotidiennes la suspicion n'a aucune place ; nous ne nous irritons pas contre le voisin s'il agit à sa tête ; enfin nous n'usons pas de ces humiliations qui, pour n'entraîner aucune perte matérielle, n'en sont pas moins douloureuses par le spectacle qu'elles donnent. La contrainte n'intervient pas dans nos relations particulières ; une crainte salutaire nous retient de transgresser les lois de la république ; nous obéissons toujours aux magistrats et aux lois et, parmi celles-ci, surtout à celles qui assurent la défense des opprimés et qui, tout en n'étant pas codifiées, impriment à celui qui les viole un mépris universel.¹

Cette idée grecque de la liberté, telle qu'elle est reflétée dans le discours de Périclès, est assez similaire à notre idée contemporaine de la liberté, conçue comme un maximum d'indépendance vis-à-vis de la contrainte exercée par les autres, y compris par les autorités, sur notre comportement individuel. La vieille notion soutenue par des penseurs comme Fustel de Coulanges, selon laquelle les Grecs de l'antiquité n'auraient pas donné au mot « liberté » un sens similaire à celui que nous lui attribuons dans bien des cas, a été révisée avec succès à des époques plus récentes. Il y a par exemple un livre intitulé *The Liberal Temper in Greek Politics* (1957), écrit par un penseur canadien, le professeur Eric A. Havelock, avec pour but de montrer la contribution splendide que beaucoup de penseurs grecs moins connus que Platon ou qu'Aristote ont apportée à l'idéal de la liberté politique par opposition à l'esclavage dans tous les sens du terme. L'une des conclusions qui res-

1. Thucydide, *The History of the Peloponnesian War*, II, 37-39, traduit en anglais par R. Crawley, Londres, J. M. Dent & Sons, 1957, p. 93.

sortent de ce livre est que la liberté des Grecs n'était pas la « libération du besoin », mais *la libération des hommes*. Comme Démocrite l'a souligné dans un fragment qui a été préservé jusqu'à nos jours, « la pauvreté sous une démocratie est de loin préférable à ce qu'une oligarchie appelle prospérité, comme la liberté l'est par rapport à l'esclavage ». Liberté et démocratie viennent en premier dans cette échelle de valeurs ; la prospérité vient après. Il y a peu de doute qu'il s'agissait aussi de l'échelle de valeurs des Athéniens. C'était certainement celle de Périclès et celle de Thucydide. Nous lisons aussi, dans l'oraison funèbre, que ces Athéniens qui avaient péri pendant la guerre doivent être pris comme modèle par leurs concitoyens qui, « en considérant que la liberté se confond avec le bonheur et le courage avec la liberté, n'ont jamais regardé avec dédain les périls de la guerre² ».

L'élaboration du droit était l'affaire des assemblées législatives populaires, et les règles générales déposées sous forme écrite par ces dernières étaient en opposition avec les décrets arbitraires des tyrans. Mais les Grecs, et particulièrement les Athéniens, allaient pleinement se rendre compte, au cours de la deuxième moitié du cinquième et au quatrième siècle avant Jésus-Christ, des graves inconvénients que présentait un processus d'élaboration du droit au moyen duquel toutes les lois étaient *certaines* (c'est-à-dire des formules écrites en des termes précis), mais *personne n'était certain qu'une loi, en vigueur aujourd'hui, pourrait perdurer jusqu'au lendemain* sans être abrogée ou modifiée par une loi ultérieure. La réforme de la constitution athénienne par

2. *Loc. cit.*

Tisamène à la fin du cinquième siècle nous offre un exemple d'un remède apporté à cet inconvénient qui pourrait être utilement médité par les politologues contemporains et les politiciens. Une procédure rigide et complexe a été introduite à Athènes afin de discipliner les changements législatifs. Chaque projet de loi proposé par un citoyen (au sein de la démocratie directe athénienne, tous les hommes appartenant à l'assemblée générale législative étaient habilités à proposer un projet de loi, alors qu'à Rome seuls les magistrats élus pouvaient le faire) était étudié de fond en comble par un comité spécial de magistrats (*nomotetai*) dont la tâche était précisément celle de défendre la législation antérieure vis-à-vis des nouvelles propositions. Bien sûr les auteurs du projet pouvaient librement débattre devant l'assemblée générale législative contre les *nomotetai* pour soutenir leurs propres projets, afin que l'ensemble de la discussion soit plus fondée sur une comparaison entre l'ancienne et la nouvelle loi que sur un simple éloge en faveur de cette dernière.

Mais ce n'était pas tout. Même lorsque le projet de loi avait finalement été entériné par l'assemblée, l'auteur du projet était tenu responsable pour sa proposition si un autre citoyen, agissant en tant que plaignant contre l'auteur lui-même, pouvait prouver, lorsque la loi avait été approuvée par l'assemblée, que la nouvelle législation présentait de graves déficiences ou bien qu'elle était en contradiction irrémédiable avec des lois plus anciennes toujours en vigueur. Dans ce cas de figure, l'auteur du projet pouvait légitimement être jugé, et les sanctions pouvaient être très graves, pouvant aller jusqu'à la peine de mort, même si, en règle générale, les infortunés coupables n'ont eu en réalité à subir que des amendes. Ce n'est pas une légende.

Nous avons appris cela de l'accusation proférée par Démosthène contre l'un des ces auteurs malencontreux appelé Timocrate. Ce système consistant à mettre des amendes aux auteurs d'une législation inappropriée n'était pas en contradiction avec la démocratie, si nous entendons par ce mot un régime au sein duquel les gens sont souverains et si nous admettons que la souveraineté signifie aussi la responsabilité, comme c'est le cas dans un nombre important d'interprétations historiques de celle-ci.

Nous devons en conclure que la démocratie d'Athènes à la fin du cinquième et pendant le quatrième siècle avant Jésus-Christ n'était pas satisfaite avec une notion de la certitude de la loi qui pouvait simplement être assimilée avec celle d'une formule exprimée avec précision dans un texte écrit.

Avec la réforme de Tisamène, les Athéniens ont enfin découvert qu'ils ne pouvaient pas être libérés de l'intervention du pouvoir politique simplement en obéissant aux lois du jour présent ; ils avaient besoin également de pouvoir prévoir les conséquences de leurs actions selon les lois en vigueur le lendemain.

Il s'agit en réalité de la limite principale à l'idée que la certitude de la loi peut être simplement identifiée à une règle écrite avec des termes bien précis, qu'elle soit générale ou non.

Mais l'idée mentionnée ci-dessus n'a pas, dans l'histoire des systèmes politiques et légaux de l'Ouest, seulement le sens évoqué précédemment. Elle a aussi été comprise dans un sens complètement différent.

La certitude de la loi, au sens d'une formule écrite, se réfère à un état des choses inévitablement conditionné par la possibilité que la loi actuelle puisse être remplacée à n'importe quel moment par une loi ulté-

rieure. Plus le processus d'élaboration de la loi est intense et accéléré, plus il est incertain que la législation actuelle perdurera pendant une longue durée. En outre il n'y a rien qui puisse empêcher une loi, certaine au sens mentionné précédemment, d'être modifiée de façon imprévisible par une autre loi non moins « certaine » que la précédente.

Ainsi la certitude de la loi, en ce sens, pourrait donc être qualifiée de certitude à *court terme* de la loi. De plus il semble qu'il existe de nos jours un parallèle frappant entre les types de dispositions court-termistes adoptées en matière de politique économique et la certitude à court terme des lois qui sont mises en vigueur pour sécuriser ces dispositons. De façon plus générale, les systèmes politiques et légaux de la plupart des pays d'aujourd'hui pourraient être définis à cet égard de systèmes court-termistes par rapport aux systèmes classiques à long terme du passé. La célèbre maxime de lord Keynes, « à long terme, nous serons tous morts », pourrait être le slogan que les futurs historiens adopteront pour qualifier notre époque. Peut-être sommes-nous devenus de plus en plus habitués à attendre des résultats immédiats en raison des progrès rapides et monumentaux des moyens techniques et des procédés scientifiques développés pour accomplir toutes sortes de tâches et pour atteindre tous types de résultats de façon matérielle. Sans aucun doute, ce fait a été créé pour nombre de personnes qui ignorent ou essaient d'ignorer les dissimilitudes, une attente de résultats immédiats dans d'autres domaines également et à l'égard d'autres choses ne dépendant pas du tout du progrès technologique et scientifique.

Je me souviens d'une conversation que j'ai eue avec un vieil homme qui faisait pousser des plantes dans

mon pays. Je lui ai demandé de me vendre un grand arbre pour mon jardin. Il m'a répondu : « Tout le monde aujourd'hui veut des grands arbres. Les gens les veulent sur-le-champs ; et ça leur est égal que les arbres grandissent lentement et qu'il faille beaucoup de temps et d'attention pour qu'ils croissent. Tout le monde aujourd'hui est constamment pressé » ; concluant tristement : « et je ne sais pas pourquoi. »

Lord Keynes aurait pu lui en fournir la raison : les gens pensent qu'à long terme ils seront tous morts. On peut déceler la même attitude à l'égard du déclin général des croyances religieuses que déplorent aujourd'hui tant de prêtres et de pasteurs. Les croyances religieuses chrétiennes insistaient non pas sur la vie actuelle de l'être humain, mais sur la vie future. Moins les hommes croient en ce monde futur, et plus ils sont attachés à leur vie présente et, comme ils pensent que leur vie est courte, ils sont pressés. Cela a provoqué une importante sécularisation des croyances religieuses, tant en Occident qu'en Orient, si bien que même une religion aussi détachée du monde présent que le bouddhisme se voit attribuer, par certains de ses adeptes, une signification terrestre « sociale », si ce n'est « socialiste ». Un écrivain américain contemporain, Dagobert Runes, dans son ouvrage sur la contemplation, déclare que « les Églises ont perdu contact avec le divin et se sont tournées vers les comptes rendus et la politique³ ».

Cela peut aider à expliquer pourquoi on prête à présent si peu d'attention à une conception à long terme de la certitude de la loi ou, en fait, à toute autre concep-

3. Dagobert D. Runes, *A Book of Contemplation*, New York, Philosophical Library, 1957, p. 20.

tion à long terme qui est relative au comportement humain. Bien sûr cela ne veut pas dire que des systèmes court-termistes sont en fait plus efficaces que ceux à long terme, pour parvenir aux véritables fins que les gens s'efforcent d'atteindre, en imaginant, disons, une nouvelle politique miraculeuse de plein emploi ou quelque disposition légale sans précédent, ou simplement en demandant aux horticulteurs des grands arbres pour leurs jardins.

Le concept à court terme n'est pas la seule notion de la certitude de la loi que présente l'histoire des systèmes politiques et légaux des pays occidentaux à un chercheur qui est suffisamment patient pour reconnaître les principes qui sous-tendent les institutions.

Cela ne remonte pas à si loin. Même si la Grèce pouvait être décrite dans une certaine mesure, par les historiens, comme un pays de droit écrit, il est douteux que ce fût vrai de la Rome antique.

Nous sommes probablement tellement habitués à penser le système légal romain en termes de *Corpus Juris* justinien, c'est-à-dire en termes de livre de droit écrit, que nous ne parvenons pas à réaliser comment fonctionnait de fait le droit romain. Une grande partie des règles de droit romaines n'étaient pas dues à un quelconque processus législatif, quel qu'il soit. Le droit privé romain, que les Romains appelaient le *jus civile*, a été tenu pratiquement hors de la portée des législateurs pendant presque toute la longue histoire de la République romaine et de l'Empire. Des penseurs éminents, tels que les professeurs italiens Giovanni Rotondi et Vincenzo Arangio Ruiz et le juriste anglais William W. Buckland, ont souligné à plusieurs reprises que « les notions fondamentales, l'organisation générale du droit romain, doivent être cherchées dans le

droit civil, une série de principes qui ont évolué progressivement et qui ont été redéfinis par une jurisprudence s'étendant sur des siècles, avec une très faible intervention du corps législatif⁴ ». Buckland note également, probablement sur la base des travaux de Rotondi, que « parmi les centaines de *leges* [lois] qui sont répertoriées, il n'y en avait pas plus de quarante qui avaient de l'importance en droit privé », si bien que, à l'époque classique du droit romain tout au moins, la « loi, en ce qui concerne le droit privé, n'occupe qu'une position très subordonnée⁵ ».

Il est évident que cela n'était pas le résultat d'un manque de savoir-faire des Romains pour concevoir des lois. Ils disposaient d'un nombre important de dispositifs législatifs : le *leges*, le *plebiscita* et le *senatus consulta*, approuvés respectivement par la population ou par le Sénat, et ils avaient également à leur disposition plusieurs formes de *leges*, telles que les *leges imperfectae*, le *minusquamperfectae* et le *plusisquamperfectae*. Mais, en règle générale, ils réservaient le droit statutaire à un domaine où les corps législatifs étaient directement qualifiés pour intervenir, à savoir le droit public, *quod ad rem Romanam spectat*, relatif au fonctionnement des assemblées politiques, du Sénat, des magistrats, c'est-à-dire aux fonctionnaires du gouvernement. Pour les Romains, le droit statutaire correspondait essentiellement au droit constitutionnel et au droit public (ainsi qu'au droit criminel), et n'était rela-

4. William W. Buckland, *Roman Law and Common Law* (deuxième édition révisée par F. H. Lawson, Cambridge, Cambridge University Press, 1952, p. 4. Ce livre est une comparaison fascinante des deux systèmes.

5. *Ibid.*, p. 18.

tif qu'indirectement à la vie et aux affaires privées des citoyens.

Cela signifiait qu'à chaque fois que surgissait un différend entre les citoyens romains, au sujet de leurs droits et de leurs devoirs selon un contrat, par exemple, ils pouvaient rarement fonder leurs réclamations sur une loi ou sur une règle écrite formulée avec précision, et donc *certaine* au sens grec, ou à court terme. Ainsi l'un des plus éminents historiens contemporains de l'histoire de la science légale et du droit romain, le professeur Fritz Schulz, a souligné que cette *certitude* (au sens court-termiste) était inconnue du droit civil romain. Cela ne veut pas du tout dire que les Romains n'étaient pas en mesure de prévoir les conséquences légales futures de leurs actions. Tout le monde connaît le développement phénoménal de l'économie romaine, et il n'est guère nécessaire de se référer ici au travail imposant de Rostovtzeff à ce sujet.

Par ailleurs, il est bien connu de tous ceux qui étudient le droit privé romain que, comme le dit le professeur Schulz, « l'individualisme du libéralisme hellène a fait que le droit privé s'est développé sur la base de la liberté et de l'individualisme⁶ ». En réalité, la plupart des codes continentaux contemporains, tels que ceux de la France, de l'Allemagne ou de l'Italie, ont été écrits selon les règles du droit romain consignées dans le *Corpus Juris* justinien. Ils ont été catalogués comme « bourgeois » par certains réformateurs socialistes. Des prétendues « réformes » sociales dans certains pays européens aujourd'hui peuvent être mises en route (si

6. Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946, p. 84.

c'est encore le cas) uniquement en modifiant ou en supprimant des règles qui très souvent remontent au droit privé de l'antiquité romaine.

Ainsi les Romains avaient un droit suffisamment certain pour permettre aux citoyens de faire librement et en toute confiance des plans pour l'avenir, et ce sans être du tout un droit écrit, c'est-à-dire sans être une série de règles précisément formulées comparables à celles d'une loi écrite. Le juriste romain était une sorte de scientifique : l'objet de sa recherche était de trouver les solutions aux cas que les citoyens lui soumettaient pour étude, tout comme les industriels pourraient soumettre aujourd'hui à un physicien ou à un ingénieur un problème technique concernant leurs matériaux ou leur production. Par conséquent le droit privé romain était quelque chose qui se décrivait ou se découvrait, mais pas quelque chose qui était décrété – un monde de choses qui étaient là, faisant partie de l'héritage commun de tous les citoyens romains. Personne ne mettait en vigueur ce droit ; personne ne pouvait le changer par l'exercice quelconque de sa volonté personnelle. Cela ne signifiait pas l'absence de changement, mais cela voulait certainement dire que personne n'allait se coucher la nuit en faisant ses plans sur la base d'une règle actuelle, pour se réveiller le lendemain et découvrir que la règle avait été renversée par un changement législatif.

Les Romains acceptaient et appliquaient un concept de certitude de la loi qui pourrait être décrit comme signifiant que le droit ne devait jamais être soumis à des changements soudains et imprévisibles. En outre, le droit ne devait jamais être soumis, en règle générale, à la volonté ou au pouvoir arbitraires d'aucune assemblée législative ni de personne d'autre, y compris des

sénateurs ou d'autres magistrats importants de l'État. Il s'agit du concept à long terme ou, si vous préférez, du concept romain de la certitude de la loi.

Ce concept était certainement indispensable à la liberté dont jouissaient les Romains dans leurs affaires et leur vie privée. Dans une certaine mesure, cela a placé les relations juridiques entre les citoyens à un niveau très similaire aux relations économiques occasionnées par le libre marché. Le droit, dans son ensemble, n'était pas moins libéré de la contrainte que le marché lui-même. Je ne peux pas, en fait, concevoir un marché vraiment libre s'il n'est pas ancré, à son tour, dans un système légal qui est libre de l'intervention arbitraire (c'est-à-dire abrupte et imprévisible) des autorités ou de n'importe quelle autre personne au monde.

Certains pourraient objecter que le système légal romain devait être fondé sur le système constitutionnel romain et que donc, indirectement sinon directement, la liberté romaine, pour ce qui est du commerce et de la vie privée, était en réalité fondée sur le droit statutaire. On pourrait arguer que ce dernier était soumis en fin de compte à la volonté arbitraire des sénateurs ou d'assemblées législatives telles que la *comitia* ou la *concilia plebis*, pour ne pas mentionner la volonté des citoyens illustres qui, comme Sulla, Marius ou César, ont pris de temps en temps le contrôle de tout et, par conséquent, détenaient le pouvoir de renverser la constitution.

Les hommes d'État et les politiciens romains ont cependant toujours été très prudents en utilisant leur pouvoir législatif pour intervenir dans la vie privée des citoyens. Même des dictateurs comme Sulla se sont conduits de façon plutôt prudente à cet égard, et ils auraient probablement considéré l'idée de ren-

verser le *jus civile* aussi étrange que nos dictateurs modernes auraient trouvé curieux de transformer des lois physiques.

Il est vrai que des hommes comme Sulla se sont acharnés à changer la constitution à bien des égards. Sulla lui-même a essayé d'assouvir sa vengeance sur les peuples italiens et sur des cités comme Arretium ou Volaterrae, qui préalablement avaient aidé son principal ennemi, Marius, en faisant adopter par les assemblées législatives des lois qui privaient soudainement les habitants de ces villes du *jus civitatis* romain, c'est-à-dire de la citoyenneté romaine et de tous les privilèges que cela impliquait. Nous connaissons tout ceci de l'un des discours de Cicéron prononcé en faveur de Cecina devant un tribunal romain. Mais nous savons aussi que Cicéron a gagné son procès en plaissant que la loi mise en vigueur par Sulla n'était pas légitime, puisqu'aucune assemblée législative ne pouvait priver un citoyen romain, par le biais d'une loi, de sa citoyenneté, pas plus qu'elle ne pouvait par la loi priver un citoyen romain de sa liberté. La loi instituée par Sulla était une loi formellement approuvée par le peuple, une loi du type que les Romains avaient coutume d'appeler une *lex rogata*, c'est-à-dire une loi dont l'approbation avait été requise et obtenue auprès d'une assemblée populaire, par un magistrat élu, selon la procédure légitime. Nous apprenons de Cicéron, à ce propos, que tous les projets de loi qui devenaient des lois statutaires contenaient, et cela depuis des époques très anciennes, une clause dont la signification (même si cette dernière n'était pas totalement compréhensible à des époques plus tardives) était manifestement liée à la possibilité que le contenu d'un projet de loi, s'il devenait une loi, pourrait ne pas être légal : « *Si quid jus non esset roga-*

rier, eius ea lege nihilum rogatum » (« S'il y a dans ce projet de loi dont je vous demande l'approbation, disait le magistrat à l'assemblée législative du peuple romain, quoi que ce soit qui n'est pas légal, votre approbation sera considérée comme nulle »).

Cela semble prouver qu'il y avait des lois qui pouvaient être contraires au droit et que des lois comme celles privant des citoyens de leur liberté ou de leur citoyenneté n'étaient pas considérées comme légales par les tribunaux romains.

Si Cicéron dit vrai, nous pouvons en conclure que le droit romain était limité par un concept de légitimité incroyablement proche de celui exposé par Dicey en ce qui concerne la « *rule of law* » anglaise⁷.

Selon le principe anglais de la *rule of law*, qui est étroitement connecté à l'histoire de la *common law*, les règles n'étaient décemment pas le résultat de l'exercice de la volonté arbitraire d'hommes spécifiques. Elles font l'objet d'une enquête impartiale de la part des tribunaux judiciaires, tout comme les règles romaines faisaient l'objet d'une enquête impartiale de la part des juristes romains auxquels les plaignants soumettaient leurs affaires. On considère maintenant qu'il est vieux jeu de soutenir que les tribunaux de justice *décrivent* ou *découvrent* la solution appropriée à un cas, comme sir Carleton Kemp Allen l'a souligné dans son ouvrage justement célèbre et stimulant, *Law in the Making*. La fameuse « école réaliste » contemporaine, alors qu'elle

7. Je suis redevable de ceci et d'autres remarques intéressantes sur le système légal romain au professeur Vincenzo Arangio Ruiz, dont l'essai *La Règle de droit dans l'antiquité classique*, republié par l'auteur in *Rariora* (Rome, Edizioni di storia e letteratura, 1946, p. 233), est très informatif et stimulant.

prétend révéler toutes sortes de déficiences dans ce processus de découverte, est simplement trop satisfaite de conclure que le travail des juges de la *common law* n'était et n'est toujours pas plus objectif, et seulement moins manifeste, que celui des législateurs. En réalité, beaucoup plus de choses doivent être dites sur ce sujet qu'il n'est possible de le faire ici. Mais on ne peut pas nier que l'attitude des juges de la *common law* autour des *rationes decidendi* de leurs affaires (c'est-à-dire des fondements de leurs décisions) a toujours été beaucoup moins celle d'un législateur que celle d'un savant essayant de constater des choses au lieu de les changer. Je ne nie pas que les juges de la *common law* peuvent avoir parfois délibérément dissimulé leurs désirs pour avoir quelque chose qui soit statué d'une certaine façon, sous couvert d'une affirmation découlant prétendument d'une règle existant déjà dans le droit du pays. Le plus célèbre de ces juges, en Angleterre, sir Edward Coke, n'est pas exempt de ce soupçon, et j'ose dire que le plus fameux des juges américains, le *Chief Justice* Marshall, peut aussi être comparé à cet égard à son illustre prédécesseur anglais du dix-septième siècle.

Mon propos est simplement de dire que des tribunaux de justice ne pouvaient pas facilement mettre en vigueur leurs propres règles arbitraires, car ils n'étaient jamais en position de le faire directement, c'est-à-dire à la manière habituelle, soudaine, impérieuse et de grande envergure, des législateurs. En outre, il y avait tellement de tribunaux en Angleterre, et ils étaient tous tellement jaloux les uns des autres, que même le fameux principe du précédent obligatoire n'était pas ouvertement reconnu comme valable par ces derniers, jusqu'à des époques relativement récentes. De plus, ils ne pouvaient jamais décider de quoi que ce soit qui ne leur ait

été préalablement présenté par des personnes privées. Finalement, relativement peu de gens avaient coutume d'aller devant les tribunaux pour leur demander les règles régissant leurs affaires. Par conséquent les juges étaient plus en position de spectateurs que d'acteurs dans le processus d'élaboration du droit, et en outre dans la position d'un spectateur qui n'est pas autorisé à voir toutes les choses qui se passent sur scène. Les citoyens privés étaient sur scène ; la *common law* était en majeure partie juste ce qu'ils pensaient communément être le droit. Les citoyens ordinaires étaient les véritables acteurs à cet égard, tout comme ils sont toujours les véritables protagonistes dans l'élaboration du langage, et, en partie du moins, dans les transactions économiques des pays occidentaux. Les linguistes qui incarnent les règles du langage, ou bien les statisticiens qui enregistrent les prix ou les quantités des biens échangés sur le marché d'un pays, pourraient être décrits à meilleur escient comme de simples spectateurs de ce qui se passe autour d'eux que comme des dirigeants de leurs concitoyens en ce qui concerne le langage ou l'économie.

L'importance croissante du processus législatif à l'heure actuelle a inévitablement éclipsé, que ce soit sur le continent européen ou dans les pays anglophones, le fait que le droit est simplement un complexe de règles relatives au comportement des gens ordinaires. Il n'y a aucune raison de considérer ces règles de comportement comme étant très différentes d'autres règles de comportement pour lesquelles l'intervention du pouvoir politique n'a été qu'exceptionnellement, si seulement elle l'a été, exercée. Il est vrai, aujourd'hui le langage semble être la seule chose que les gens ordinaires peuvent garder pour eux-mêmes et protéger de

l'intervention politique, du moins au sein du monde occidental. Dans la Chine communiste actuelle, par exemple, le gouvernement œuvre avec force pour changer l'écriture traditionnelle, et une intervention similaire a déjà été pratiquée avec succès dans certains autres pays de l'Est, comme la Turquie. Ainsi, dans quantité d'États, les gens ont presque complètement oublié l'époque où, par exemple, les billets de banque n'étaient pas seulement émis par une banque gouvernementale, mais aussi par des banques privées. En outre très peu de personnes savent aujourd'hui qu'à d'autres époques la fabrication des pièces était une activité privée et que les gouvernements se bornaient à protéger les citoyens des activités frauduleuses des contrefacteurs, en certifiant l'authenticité et le poids du métal employé. Une tendance similaire est notable, dans l'opinion publique, par rapport aux entreprises gérées par le gouvernement. En Europe continentale, où les chemins de fer et les télécommunications ont été monopolisés par les gouvernements pendant longtemps, peu de gens, même parmi ceux qui sont instruits, imaginent à présent que dans un pays les chemins de fer et les télécommunications sont des commerces privés au même titre que des films, des hôtels ou des restaurants. Nous nous sommes de plus en plus habitués à considérer l'élaboration de la loi comme un sujet qui concerne les assemblées législatives et non les hommes ordinaires, et en plus comme quelque chose qui peut être fait en fonction des idées personnelles de certains individus, pourvu qu'ils soient en position officielle de le faire. Le fait que le processus d'élaboration de la loi est, ou était, essentiellement une affaire privée concernant des millions de gens au travers de douzaines de générations, et s'étalant sur plusieurs

siècles, passe pratiquement inaperçu de nos jours, même parmi l'élite instruite.

On dit que les Romains avaient peu de goût pour les considérations historiques et sociologiques. Mais ils avaient une perception parfaitement claire du fait que je viens de mentionner. Par exemple, selon Cicéron, Caton le Censeur, le partisan du mode de vie à la romaine contre l'importation étrangère (celle des Grecs), disait que :

la raison pour laquelle notre système politique était supérieur à ceux de tous les autres pays était la suivante : les systèmes politiques des autres pays ont été créés en introduisant des lois et des institutions sur le conseil personnel de quelques individus, comme Minos en Crète et Lycurgus à Sparte, alors qu'à Athènes les changements de système politique, qui ont eu lieu à plusieurs reprises, ont été le fruit d'un nombre important de personnes comme Theseus, Draco, Solon, Cleisthenes et bien d'autres encore... Notre État, au contraire, n'est pas dû à la création personnelle d'un seul homme, mais de beaucoup ; il n'a pas été fondé au cours de l'existence d'un individu en particulier, mais à travers une série de siècles et de générations. Car il n'a jamais existé aucun homme assez intelligent pour prévoir tout et que, même si nous pouvions mettre les cerveaux de tous dans la tête d'un seul individu, il lui serait impossible de pourvoir à tout, une bonne fois pour toutes, sans avoir l'expérience qui vient de la pratique au travers de l'histoire.⁸

Incidemment ces propos nous rappellent les termes beaucoup plus célèbres, et non moins impressionnants, employés par Burke pour justifier sa vue conservatrice de l'État. Mais les mots de Burke avaient une intona-

8. Cicéron, *De republica*, ii. 1,2.

tion légèrement mystique que nous ne trouvons pas dans les déclarations dépassionnées du vieil homme d'État romain. Caton montre simplement des faits, il ne persuade pas les gens, et les faits qu'il souligne doivent sans aucun doute avoir un poids important pour tous ceux qui connaissent quelque chose à l'histoire.

Le processus d'élaboration de la loi, comme le dit Caton, n'est pas celui d'un individu particulier, d'un *brain trust*, d'une époque ou d'une génération. Si vous pensez que c'est le cas, vous obtiendrez des résultats pires que si vous aviez gardé en tête ce que j'ai dit. Regardez le destin des cités grecques et comparez-le avec le nôtre. Vous serez convaincu. Il s'agit de l'enseignement, voire je dirais du message, d'un homme d'État dont nous ne connaissons généralement que ce que nous en avons appris à l'école, c'est-à-dire que c'était une personne barbante et bourrue, insistant toujours sur le fait que les Carthaginois devaient être tués et leur ville rasée.

Il est intéressant de souligner que, lorsque les économistes contemporains qui, comme Ludwig von Mises, critiquent la planification économique centralisée parce qu'il est impossible pour les autorités de faire un quelconque calcul concernant les besoins réels et les ressources véritables des citoyens, ils adoptent une position qui nous rappelle celle de l'homme d'État romain. Le fait que les autorités centralisées dans une économie totalitaire n'aient aucune connaissance des prix du marché, quand elles élaborent leurs plans économiques, n'est qu'un corrolaire du fait que des autorités centralisées n'ont jamais une connaissance suffisante du nombre infini d'éléments et de facteurs qui concourent aux relations sociales des individus, à tout moment et à tout niveau. Les autorités ne peuvent jamais être certaines

que ce qu'elles font est de fait ce que les gens voudraient qu'elles fassent, tout comme les gens ne peuvent jamais être certains que ce qu'ils veulent faire ne fera pas l'objet d'une intervention des autorités, si ces dernières doivent diriger l'ensemble du processus d'élaboration de la loi du pays.

Même ces économistes qui ont brillamment défendu le marché libre contre l'intervention des autorités ont généralement négligé la question parallèle selon laquelle aucun marché libre n'est vraiment compatible avec un processus d'élaboration de la loi centralisé par les autorités. Cela conduit certains de ces économistes à accepter une idée de la certitude de la loi qui correspond à des règles précisément formulées, telles que celles du droit écrit, qui n'est compatible ni avec celle d'un marché libre, ni, en dernière analyse, avec celle de la liberté comprise comme l'absence de contrainte exercée par d'autres, y compris par les autorités, sur la vie privée et le commerce de chaque individu.

Il peut sembler inconséquent à certains partisans du marché libre que les règles soient établies par des assemblées législatives ou bien qu'elles le soient par des juges, et on peut même soutenir le marché libre et tendre à penser que des règles élaborées par des assemblées législatives sont préférables aux *rationes decidendi* plutôt imprécises élaborées par une longue série de juges. Mais si l'on cherche une confirmation historique du lien strict entre le marché libre et le processus libre d'élaboration du droit, il suffit de considérer que le libre marché était à son apogée dans les pays anglophones quand la *common law* était pratiquement la seule source du droit du pays relatif à la vie privée et au commerce. Par ailleurs, des phénomènes tels que les actions interventionnistes actuelles du gouvernement

avec le marché sont toujours connectées avec un accroissement du droit statutaire et avec ce que l'on a appelé en Angleterre « l'officialisation » des pouvoirs judiciaires, comme le prouve sans le moindre doute l'histoire contemporaine.

Si nous admettons que la liberté individuelle au niveau commercial, c'est-à-dire le libre marché, est l'une des caractéristiques essentielles de la liberté politique, conçue comme l'absence de contrainte exercée par d'autres, y compris par les autorités, nous devons également conclure que la législation en matière de droit privé est fondamentalement incompatible avec la forme de liberté individuelle que nous avons mentionnée ci-dessus.

L'idée de la certitude de la loi ne peut pas dépendre de celle de la législation, si « la certitude de la loi » est comprise comme étant l'une des caractéristiques essentielles de la *rule of law* au sens classique de l'expression. Ainsi je pense que Dicey était parfaitement cohérent en présumant que la *rule of law* implique le fait que les décisions judiciaires soient au fondement même de la constitution anglaise, et en opposant ce fait avec le processus divergent sur le continent européen, où les activités légales et judiciaires semblent être fondées sur les principes abstraits d'une constitution légiférée.

La certitude, au sens de la certitude du droit à long terme, était juste ce que Dicey avait plus ou moins clairement en tête quand il a dit par exemple que, alors que chacune et toutes les garanties que les constitutions continentales offraient aux citoyens, relatives à leurs droits, pouvaient être suspendues ou supprimées par un pouvoir qui était au-dessus du droit ordinaire du territoire, en Angleterre « la constitution étant fondée sur la *rule of law* ; la suppression de la constitution, si

tant est qu'une telle chose puisse être conçue, ne signifierait... rien de moins qu'une révolution⁹ ».

Le fait que cette révolution se produise à présent ne réfute pas, mais confirme plutôt la théorie dicéenne. Une révolution a lieu en Angleterre en vertu du renversement progressif du droit ordinaire du pays par le biais du droit statutaire, et du fait de la transformation de la *rule of law* en quelque chose qui en arrive à ressembler de plus en plus à l'*état de droit* continental, c'est-à-dire à une série de règles qui sont *certaines* uniquement parce qu'elles sont écrites, et qui sont *générales* non pas en raison d'une croyance commune des citoyens à leur sujet, mais parce qu'elles ont été décrétées par une poignée de législateurs.

En d'autres termes, le droit impersonnel du pays est de plus en plus en train de passer sous le commandement du souverain en Angleterre, comme Hobbes et plus tard Bentham et Austin l'avaient préconisé, contre l'opinion des juristes anglais de leur époque.

Sir Matthew Hale, un disciple brillant de sir Edward Coke, et qui a été lui-même *Chief Justice* après Coke, a pris sa plume aux alentours de la fin du dix-septième siècle pour défendre son maître des critiques que Hobbes avaient émises dans son ouvrage peu connu, *Dialogue on the Common Law*. Hobbes avait affirmé, à sa manière scientifique typique, que le droit n'est pas le produit, comme Coke l'avait dit d'une façon curieuse, de « la raison artificielle », et que tout le monde pouvait établir des règles générales de droit en utilisant simplement la raison ordinaire commune à tous les hommes. « Bien qu'il soit vrai qu'aucun homme ne naît avec

9. Albert Venn Dicey, *loc. cit.*

l'usage de la raison, néanmoins tous les hommes, disait Hobbes, peuvent, autant que les avocats, y parvenir ; et quand ils ont appliqué leur raison aux lois... ils peuvent autant convenir et être aussi capables de rendre la justice que sir Edward Coke lui-même¹⁰ ». Il est assez surprenant qu'Hobbes ait pu considérer cet argument cohérent avec son assertion selon laquelle « personne ne peut produire une loi excepté celui qui a le pouvoir législatif ». Le conflit entre, d'un côté, Hobbes et, de l'autre, Coke et Hale, est hautement intéressant par rapport aux questions méthodologiques très importantes qui surgissent de la comparaison du travail des juristes avec celui d'autres personnes comme les phycisiens ou les mathématiciens. Étant en désaccord avec Hobbes, sir Matthew Hale a souligné qu'il ne servait à rien de comparer la science du droit avec les autres sciences telles que « les sciences mathématiques », parce que, pour « diriger des sociétés civiles et pour mesurer le vrai du faux », il n'est pas seulement nécessaire d'avoir des bonnes notions générales, mais il est aussi nécessaire de les appliquer correctement à des cas particuliers (ce qui est d'ailleurs justement ce que les juges essaient de faire). Hale a montré que

ceux qui s'imaginent qu'ils peuvent créer un système légal et politique infaillible [c'est-à-dire un système législatif et constitutionnel de droit écrit], applicable à tous les pays dans les même conditions, comme le démontre Euclide dans ses conclusions, seront déçus par des

10. Thomas Hobbes, *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1681) in sir William Molesworth, ed., *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, Londres, John Bohn, 1829-1845, VI, 3-161.

notions qui se révèleront inefficaces quand on devra les appliquer à des cas particuliers¹¹.

L'une des remarques les plus frappantes faites par Hale révèle la conscience qu'avaient aussi bien ce dernier que Coke de la condition de la certitude à long terme du droit :

Il est absurde et déraisonnable pour qui que ce soit de remettre en cause une institution parce qu'il croit qu'il aurait pu en faire une meilleure, ou bien parce qu'il attend qu'une démonstration mathématique vienne mettre en évidence la sagesse d'une institution ou bien qu'elle va de soi... C'est l'un des rôles les plus importants de la *common law* que de rester aussi proche que possible de la *certitude* de la loi et de son esprit, c'est-à-dire qu'une époque et qu'un tribunal puissent parler des mêmes choses et garder le même fil conducteur légal pour que le droit soit autant que possible une règle uniforme ; sinon, tout ce pourquoi les hommes se sont battus, en tous temps, et en tous lieux, par rapport au droit, à savoir la *certitude* de ce dernier, et ce afin d'éviter l'arbitraire et l'extravagance qui en découleraient si les raisons des juges et des avocats n'étaient pas contenues, serait perdu en quelques décennies. Et pour qu'un tel droit puisse être maintenu dans ces limites et ces frontières, il faut que les gens soient bien informés grâce à la poursuite d'études et par la lecture des jugements et des résolutions des époques antérieures.¹²

Il serait difficile d'associer de façon plus claire et plus catégorique le concept de certitude avec celui de l'uniformité des règles à travers les époques, et de la

11. Matthew Hale, "Reflections by the Lord Chief Justice Hale on Mister Hobbes, His *Dialogue of the Law*", publié pour la première fois par Holdsworth, *History of English Law*, Londres, Methuen & Co., 1924, vol. V, Appendix, p. 500.

12. *Ibid.*, p. 505.

continuité du travail modeste et limité des tribunaux de justice comparé à celui des assemblées législatives.

C'est exactement ce que l'on entend par *la certitude à long terme du droit*, et elle est incompatible, en dernière analyse, avec la certitude à court terme qu'implique l'identification du droit avec la législation.

La première était aussi la conception romaine de la certitude de la loi. Des penseurs célèbres ont noté le manque d'individualité des juristes romains. Savigny les a qualifiés de « personnalités fongibles ». Ce manque d'individualité était une contrepartie naturelle à leur conception individualiste du droit privé qu'ils étudiaient. Le droit privé était conçu par ces derniers comme un héritage commun à tous les citoyens romains. Donc personne ne se sentait habilité à le changer selon sa propre volonté. Quand des changements se produisaient, ils étaient reconnus par les juristes comme s'étant déjà produits dans leur environnement, plutôt que comme ayant été introduits par les juristes eux-mêmes. Pour la même raison, comme les juges anglais, leurs successeurs modernes, les juristes romains ne s'embarrassaient jamais de principes abstraits, mais étaient toujours concernés par des « cas particuliers », pour reprendre l'expression de Matthew Hale mentionnée ci-dessus. Qui plus est, le manque d'individualité des juristes romains était de la même nature que celle acceptée par sir Matthew Hale quand il a affirmé :

Pour moi, c'est une raison de préférer un droit par lequel un royaume a été bien gouverné pendant quatre ou cinq siècles que de hasarder le bonheur et la paix d'un royaume sur quelque nouvelle théorie venant de moi¹³.

13. *Ibid.*, p. 504.

Dans le même esprit, les juristes romains détestaient les théories abstraites et toute la paraphernalia de la philosophie du droit cultivée par les penseurs grecs. Comme l'a écrit autrefois, au deuxième siècle après Jésus-Christ, Neratius, un juriste romain (qui était également un homme d'État) : « *Rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet, alioquin multa quae certa sunt subvertuntur* » (« Il nous faut éviter de faire des recherches sur le sens de nos institutions de peur que leur certitude ne soit perdue et qu'elles ne soient renversées¹⁴ »).

Pour résumer très brièvement. Beaucoup de pays occidentaux, que ce soit à des époques antiques ou modernes, ont considéré l'idéal de liberté individuelle (l'absence de contrainte exercée par d'autres, y compris par les autorités) comme étant essentiel à leurs systèmes politiques et légaux. Une caractéristique manifeste de cet idéal a toujours été la certitude de la loi. Mais la certitude de la loi a été conçue de deux façons différentes et, en dernière analyse, incompatibles : premièrement, comme la précision d'un texte écrit émanant des législateurs, et deuxièmement, comme la possibilité ouverte aux individus de faire des projets à long terme sur la base d'une série de règles adoptées spontanément par les gens, en commun, et éventuellement constatées par les juges au travers des siècles et des générations. Ces deux conceptions de la « certitude » ont rarement, sinon jamais, été distinguées par les penseurs, et beaucoup d'ambiguïtés sur le sens de ce mot ont été entretenues par les gens ordinaires aussi bien en Europe continentale que dans les pays anglophones. C'est probablement la principale

14. *Dig.* I, 3, 21.

raison pour laquelle une comparaison entre les constitutions européennes et la constitution anglaise pourrait être jugée comme plus facile qu'elle ne l'était, et aussi la raison pour laquelle les politologues européens pourraient imaginer qu'ils étaient en train de concevoir de bonnes imitations de la constitution sans tenir compte de la portée qu'un type spécifique de processus d'élaboration du droit, appelé *common law*, a toujours eu pour la constitution anglaise.

Sans ce processus d'élaboration du droit, il est probablement impossible de concevoir la *rule of law* au sens classique anglais de l'expression exposée par Dicey. Par ailleurs, sans le processus législatif d'élaboration du droit, aucun système continental ne serait ce qu'il est aujourd'hui.

À l'heure actuelle, la confusion des significations de la « certitude » et de la « *rule of law* » s'est particulièrement accrue à cause de la tendance émergeant dans les pays anglophones à accentuer le processus d'élaboration du droit par la voie de la législation au lieu des tribunaux de justice.

Les effets évidents de cette confusion ont déjà commencé à se manifester à l'égard de l'idée de la liberté politique et de la liberté d'entreprise. Encore une fois, une confusion sémantique semble être à l'origine de bien des problèmes. Je ne soutiens pas que toutes nos difficultés sont le fait d'une confusion sémantique. Mais l'analyse des significations différentes et contradictoires qu'implique l'usage que nous faisons du mot « liberté » au regard de la « certitude de la loi » et de la « *rule of law* », respectivement, en Europe continentale et dans les pays anglophones est une tâche primordiale que doivent accomplir aussi bien les politologues que les économistes.

V

LIBERTÉ ET LÉGISLATION

On peut tirer une conclusion très importante des chapitres précédents. La *rule of law*, au sens classique de l'expression, ne peut pas être maintenue sans en fait que ne soit assurée la certitude de la loi, conçue comme la possibilité que les individus ont de planifier à long terme leurs comportements dans la vie privée et commerciale. De plus, on ne peut pas fonder la *rule of law* sur la législation, à moins d'avoir recours à des dispositions draconiennes frisant l'absurde, comme celles qu'élaboraient les Athéniens au temps de la *nomotetai*.

La tendance à accroître les pouvoirs que les fonctionnaires des pays occidentaux ont acquis et acquièrent tous les jours sur leurs concitoyens est typique de notre époque, en dépit du fait que, habituellement, ces pouvoirs sont censés être limités par la législation¹. Un

1. En ce qui concerne la Grande-Bretagne, voir l'analyse très précise du professeur George W. Keeton, *The Passing of Parliament*, Londres, E. Benn, 1952. À l'égard des États-Unis, on peut voir James Burnham, *Congress and the American Tradition*, Chicago, Regency,

auteur contemporain, Edward N. Gladden, résume cette situation à un dilemme qu'il formule dans le titre de son ouvrage, *Bureaucracy or Civil Service or Bureaucracy* ? Les bureaucrates entrent en scène dès que les fonctionnaires semblent être au-dessus du droit du territoire, quelle que soit la nature de ce droit. Il y a des cas où les fonctionnaires substituent délibérément leur propre volonté aux dispositions du droit, en étant persuadés qu'ils améliorent le droit et qu'ils réalisent, d'une certaine façon qui n'est pas établie par le droit, les véritables fins que, selon eux, le droit était destiné à atteindre. Il n'y a souvent aucun doute sur la bonne volonté et la sincérité de ces fonctionnaires dans ces cas-là.

Permettez-moi de citer un exemple que je tire de certaines pratiques bureaucratiques de mon pays à l'heure actuelle. Nous avons des réglementations légales concernant le trafic routier. Celles-ci pourvoient à plusieurs sanctions pour des infractions commises par les conducteurs de véhicules. Les sanctions sont généralement des amendes, bien que, dans certains cas exceptionnels, ceux qui enfreignent les règles peuvent être jugés et mis en prison. En outre, dans certains cas spécialement prévus par d'autres réglementations légales, les contrevenants peuvent se voir retirer leur permis de conduire, si par exemple leurs infractions aux réglementations routières provoquent des préjudices personnels ou de graves dommages à autrui, ou encore s'ils conduisent en état d'ébriété. Comme le trafic de véhicules de tous types est en augmentation constante

1959, particulièrement "The Rise of the Fourth Branch", p. 157, et Lowell B. Mason, *The Language of Dissent*, Cleveland, Ohio, World Publishing Co., 1959.

dans mon pays, les accidents sont de plus en plus fréquents. Les autorités sont convaincues qu'une discipline plus stricte imposée aux conducteurs par les officiers qui l'appliquent eux-mêmes est le meilleur moyen, même si ce n'est pas la panacée, de réduire le nombre de victimes de la route sur l'ensemble du territoire qu'ils contrôlent. Des membres de l'exécutif, comme le ministre de l'intérieur ainsi que d'autres fonctionnaires d'État dépendant de sa direction, les « préfets », les agents de la police nationale du pays entier, les agents de la police locale de chaque ville et ainsi de suite tout au long de la hiérarchie, essaient d'appliquer cette théorie en traitant les infractions aux réglementations routières. Mais certains d'entre eux en font souvent encore plus. Ils semblent être convaincus que le droit du territoire à cet égard (à savoir les réglementations légales concernant les sanctions qui doivent être imposées par les juges aux contrevenants et la procédure à suivre à cet effet) est trop lent et trop clément pour répondre efficacement aux nouvelles exigences du trafic. Certains fonctionnaires de mon pays tentent « d'améliorer » la procédure légale existante qui doit être suivie selon le droit du territoire, à ces égards.

Un de ces officiers m'a expliqué tout cela quand j'ai essayé d'intervenir, au nom de certains de mes clients, contre ce que je considérais être une pratique illégale des autorités. Un homme a été signalé par la police comme ayant dépassé un véhicule en commettant une violation des réglementations routières. Immédiatement et de façon inattendue, il a été privé de son permis de conduire par le « préfet ». En conséquence de quoi il ne pouvait plus conduire son camion, ce qui voulait dire qu'il était resté pratiquement sans emploi jusqu'à ce que les autorités ait consenti à lui rendre son permis.

Selon nos réglementations écrites, dans certains cas le « préfet » peut retirer le permis de conduire à un contrevenant, mais dépasser un autre véhicule en commettant une infraction aux réglementations routières et sans provoquer un accident quelconque n'en fait pas partie. Quand j'ai porté ce fait à l'attention du fonctionnaire concerné, il était d'accord avec moi pour dire que peut-être, selon une interprétation correcte des règles en question, mon client n'avait pas vraiment commis une infraction passible d'un retrait de permis. Le fonctionnaire m'a également expliqué poliment que, dans plusieurs autres cas, peut-être dans soixante-dix pour cent des cas, les contrevenants se voyaient maintenant retirer leur permis de conduire par les autorités, sans avoir véritablement commis une infraction qui, selon le droit, méritait une telle sanction. « Mais vous voyez, dit-il, si nous ne faisons pas cela, les gens de ce pays [parfois les fonctionnaires ont l'air de se considérer comme originaires d'un autre pays] ne seront pas assez prudents, car ça ne leur fait pas grand-chose d'avoir des amendes de quelques milliers de lires, comme celles qui sont imposées par notre droit. Par ailleurs, si vous leur retirez le permis pendant un temps, les contrevenants sentent la privation plus profondément et ils seront plus prudents à l'avenir. » Il a également déclaré, dans une veine plutôt philosophique, que selon lui l'injustice faite à une quantité comparativement faible de citoyens pouvait être justifiée par le résultat global que l'on peut en obtenir, selon l'opinion et les autorités, en améliorant le mouvement du trafic de véhicules dans l'intérêt public.

Un collègue m'a rapporté un autre exemple encore plus saisissant. Il était allé protester contre l'ordre d'emprisonnement émis par un procureur de la

République, destiné à un conducteur qui avait écrasé et tué quelqu'un dans la rue. Selon notre droit, les homicides involontaires peuvent être sanctionnés par des peines de prison. Par ailleurs, les procureurs de la République sont habilités à émettre des ordres d'incarcération avant le procès uniquement dans des cas particuliers, prévus par les règles de notre procédure criminelle, à chaque fois qu'ils considèrent que l'emprisonnement peut être recommandé, d'après les circonstances. Il devrait être évident que l'emprisonnement avant un procès n'est pas une sanction, mais une mesure de sécurité destinée à éviter, par exemple, que l'homme accusé de meurtre n'ait la possibilité de s'échapper avant d'être jugé ou même qu'il ne puisse commettre un autre crime en attendant. Comme ce n'était manifestement pas le cas de l'homme en question, mon collègue a demandé au procureur pourquoi il avait émis un ordre d'incarcération d'après ces circonstances. La réponse du procureur était qu'au vu du nombre croissant de victimes de la route il était légitime et juste de sa part d'essayer d'empêcher les coupables de causer davantage de dommages, en les mettant en prison. En outre, les juges ordinaires ne sont généralement pas très sévères avec les auteurs d'homicides involontaires. Par conséquent, un petit avant-goût de prison avant le procès devrait être une expérience salutaire pour les contrevenants en tout cas. Le fonctionnaire en question admettait franchement qu'il se comportait de la sorte afin « d'améliorer » le droit, et il pensait qu'il était parfaitement justifié d'employer des moyens comme l'emprisonnement, même si ce n'était pas précisément prévu par le droit à cet effet, pour atteindre l'objectif souhaité, c'est-à-dire la réduction du nombre de victimes de la route.

Ce sont des cas typiques de l'attitude de fonctionnaires qui se substituent au droit en extrapolant la lettre de la loi pour appliquer leurs propres règles, sous prétexte que le droit serait insuffisant, s'il était scrupuleusement interprété et appliqué, pour atteindre ses objectifs dans une circonstance donnée. D'ailleurs il s'agit aussi d'un cas de comportement *illégal*, c'est-à-dire d'un comportement des agents publics contrevenant au droit, et qui ne doit pas être confondu avec un comportement *arbitraire*, tel que celui qui a finalement été alloué aux fonctionnaires britanniques à l'heure actuelle, en raison du manque d'un ensemble défini de règles administratives. Pour donner un bon exemple de comportement arbitraire des fonctionnaires britanniques, on pourrait probablement citer l'affaire célèbre et plutôt compliquée de Crichel Down, qui a soulevé tant de protestations véhémentes il y a quelques années en Angleterre. Des fonctionnaires d'État, qui avaient légalement réquisitionné une propriété privée pendant la guerre, afin de l'utiliser comme une aire de bombardement, ont essayé de disposer de cette même propriété après la guerre, à des fins complètement différentes, pour mener par exemple des expériences agricoles ou quelque chose d'équivalent.

Dans des cas de ce type, l'existence de réglementations certaines, au sens de lois écrites précisément formulées, peut être très utile. Si elles n'empêchent pas toujours les fonctionnaires de violer le droit, du moins elles les tiennent légalement responsables de leur comportement devant des tribunaux ordinaires ou devant des tribunaux administratifs, tels que le *Conseil d'État* français.

Mais pour en venir au point important de mon argument : la liberté individuelle au sein de tous les pays

occidentaux a été progressivement réduite au cours des cent dernières années, pas seulement, ou pas principalement, à cause des empiètements et des usurpations des fonctionnaires agissant dans un sens contraire au droit, mais aussi en raison du fait que le droit, à savoir, la loi statutaire, a habilité les fonctionnaires à se comporter d'une façon qui, selon le droit précédent, aurait été considérée comme des usurpations de pouvoir et des empiètements sur la liberté individuelle des citoyens².

L'histoire du fameux « droit administratif » anglais peut démontrer de façon manifeste tout ceci. On peut résumer ce dernier à une succession de délégations statutaires des pouvoirs législatifs et judiciaires aux fonctionnaires de l'exécutif. Le sort de la liberté individuelle en Occident dépend essentiellement de ce processus « administratif ». Mais nous ne devons pas oublier que le processus lui-même, sans prendre en compte les cas de véritable usurpation (qui sont probablement moins importants et moins nombreux que nous l'imaginons), a été rendu possible par la législation.

Je suis relativement d'accord avec certains penseurs contemporains qui, comme le professeur Hayek, sont suspicieux à l'égard des fonctionnaires de l'exécutif, mais je pense que les gens qui revendiquent la liberté individuelle doivent être encore plus suspicieux à l'égard des législateurs, car c'est précisément par le biais de la législation que l'augmentation des pouvoirs des fonctionnaires s'est et se produit toujours (y com-

2. Cf., par exemple, les nouvelles réglementations routières italiennes (1959) qui augmentent considérablement la portée des mesures discrétionnaires applicables aux conducteurs par les fonctionnaires de l'exécutif tels les « préfets ».

pris les « pouvoirs d'exception »). Les juges ont peut-être aussi contribué à l'heure actuelle, au moins de façon négative, à ce résultat. Un penseur aussi éminent que le sus-mentionné sir Carleton Kemp Allen nous dit que les tribunaux judiciaires de l'Angleterre auraient dû entrer en concurrence avec l'exécutif, comme ils étaient disposés à le faire à des époques précédentes, afin d'asseoir et même d'étendre leur autorité vis-à-vis de la conception altérée de la relation entre l'individu et l'État. Au cours de ces dernières années, cependant, selon sir Carleton, ils ont fait « exactement le contraire » puisqu'ils ont eu « tendance à toujours plus se retirer de tout ce qui est "purement administratif" et à s'abstenir de toute intervention sur la politique exécutive ».

D'un autre côté, le très distingué magistrat sir Alfred Denning, qui fait partie des lords actuels de la cour d'appel de Sa Majesté en Angleterre, dans son livre *The Changing Law*, publié pour la première fois en 1953, nous fait un compte-rendu convaincant de plusieurs actions des tribunaux britanniques, au cours de ces dernières années, destinées à maintenir la *rule of law*, en laissant sous le contrôle judiciaire ordinaire les ministères (particulièrement après le *Crown Proceedings Act* de 1947) ou encore ces entités singulières que sont par exemple les industries nationalisées, les tribunaux administratifs (contre l'un desquels la *Court of the King's Bench* a émis un bref de *certiorari* lors de la célèbre affaire de Northumberland en 1951), les tribunaux privés (comme ceux qui ont été créés suivant les règles de certaines organisations telles que les syndicats), et ainsi de suite. Il est difficile de décider si sir Carleton a raison quand il accuse les tribunaux ordinaires d'indifférence à l'égard des

nouveaux pouvoirs de l'exécutif ou bien si sir Alfred Denning a raison quand il souligne leur activité sur le même point.

Un nombre important de pouvoirs ont été conférés aux fonctionnaires d'État, aussi bien en Angleterre que dans d'autres pays, par le biais de la mise en vigueur de lois par la législature. Pour s'en convaincre, il suffirait simplement d'examiner, par exemple, l'histoire de la délégation des pouvoirs en Angleterre au cours de ces dernières années.

Parmi les croyances politiques profondément ancrées de notre époque, il y a toujours celle selon laquelle, parce que la législation est adoptée par les parlements et parce que ces derniers sont élus par le peuple, celui-ci est la source du processus législatif et que la volonté populaire, ou du moins de cette partie de la population qui constitue l'électorat, prévaudra en dernier ressort sur tous les sujets que doit déterminer le gouvernement, comme aurait pu le dire Dicey.

J'ignore dans quelle mesure cette doctrine a toujours une quelconque validité si nous la soumettons à des critiques telles que celles émises, au début du siècle, par mes concitoyens Mosca et Pareto, dans leurs célèbres théories sur les minorités dirigeantes, ou bien, comme l'aurait dit Pareto, sur les élites, fréquemment citées encore de nos jours par les sociologues et les politologues aux États-Unis. En dépit de la conclusion que nous pouvons tirer de ces théories, « le peuple » ou « l'électorat » est un concept qui n'est pas facilement réductible, ou même compatible, avec celui de la personne individuelle en tant que citoyen particulier agissant selon sa propre volonté et étant donc « libéré » de la contrainte, au sens que nous avons accepté ici. La liberté et la démocratie ont été des idéaux concomitants

pour les pays occidentaux depuis les époques des Athéniens de l'antiquité. Mais plusieurs penseurs ont souligné par le passé, tels que Tocqueville et lord Acton, que la liberté individuelle et la démocratie peuvent devenir incompatibles à chaque fois que des majorités sont intolérantes ou que des minorités sont insubordonnées et, en général, à chaque fois qu'il y a au sein de la société politique ce que Lawrence Lowell aurait appelé des groupes « irréconciliables ». Rousseau était conscient de cela quand il a souligné que tous les systèmes majoritaires doivent être fondés sur l'unanimité si l'on veut pouvoir dire qu'ils reflètent la « volonté générale », du moins en ce qui concerne l'acceptation de la loi de la majorité.

Si cette unanimité n'est pas simplement une invention des philosophes politiques, mais qu'elle doit avoir également une signification réelle dans la vie politique, nous devons admettre qu'à chaque fois qu'une décision prise par une majorité n'est pas librement acceptée, mais seulement subie par une minorité, tout comme des individus peuvent subir des actes coercitifs pour éviter quelque chose de pire de la part d'autres personnes tels que des voleurs ou des maîtres-chanteurs, la liberté individuelle, au sens de l'absence de contrainte exercée par d'autres personnes, n'est pas compatible avec la démocratie conçue comme étant le pouvoir hégémonique du plus grand nombre.

Si nous considérons qu'aucun processus législatif ne se produit au sein d'une société démocratique sans dépendre du pouvoir du plus grand nombre, nous devons en conclure que ce processus est probablement incompatible avec la liberté individuelle dans de nombreux cas.

Des études récentes sur ladite science de la politique et de la nature des groupes de décision ont tendu à confirmer ce point d'une façon assez convaincante³.

Certains penseurs ont tenté récemment de comparer des comportements aussi différents que ceux de l'acheteur et du vendeur sur le marché d'une part et celui, disons, d'un électeur lors d'un scrutin politique, d'autre part. L'objet de ces études est de découvrir certains facteurs communs entre ces deux types de comportements, ce qui me semble être assez stimulants, non seulement en raison des questions méthodologiques impliquées, relatives respectivement à l'économie et à la science politique, mais aussi en raison du fait que la question de savoir s'il y a une différence entre la position économique et politique (ou légale) des individus au sein de la même société a été l'un des principaux problèmes autour desquels se sont affrontés les libéraux et les socialistes au cours des cent ou des cent vingt dernières années.

Cet affrontement peut nous intéresser à plus d'un égard, puisque nous essayons de mettre en évidence un concept de la liberté conçu comme l'absence de contrainte exercée par d'autres, y compris par les autorités, qui implique que cette dernière s'applique aussi bien dans le domaine économique que dans toute autre sphère de la vie privée. Les doctrines socialistes ont soutenu que, dans un système légal et politique qui reconnaît des droits égaux à tout le monde, les gens qui n'ont pas les moyens de bénéficier de la plupart de ces

3. J'ai moi-même traité ce sujet à deux occasions, à savoir lors de conférences au Nuffield College, Oxford, et au Department of Economics, University of Manchester, en 1957.

droits ne seraient en aucun cas avantagés. Les doctrines libérales, au contraire, ont affirmé que toutes les tentatives pour « intégrer » « la liberté » politique avec le fait de « libérer du besoin » les « dépossédés », telles celles suggérées ou imposées par les socialistes, conduisent à des contradictions au sein du système, qui font qu'on ne peut pas reconnaître à tout le monde la « liberté », conçue comme l'absence du besoin, sans provoquer la suppression de la liberté politique et légale, conçue comme l'absence de contrainte exercée par les autres. Mais les doctrines libérales ajoutent quelque chose. Elles affirment également qu'aucune « libération du besoin » ne peut réellement se produire, par décret ou du fait de la direction du processus économique par les autorités, comparable à celle qui serait atteinte sur la base d'un marché libre.

À présent on peut considérer qu'une hypothèse est commune à la fois aux socialistes et aux libéraux. Il s'agit de la différence qui existe entre la liberté légale et politique de l'individu, conçue comme l'absence de contrainte d'une part, et de la « liberté » économique ou « naturelle » de l'individu, d'autre part, si nous devons accepter le mot « liberté » dans le sens également de la « libération du besoin ». Les libéraux et les socialistes entendent cette différence selon des points de vue opposés, mais en dernière analyse les deux reconnaissent que la « liberté » peut avoir des significations différentes, sinon incompatibles, pour des individus appartenant à la même société.

Il n'y a aucun doute qu'en introduisant « la libération du besoin » dans un système politique ou légal cela implique nécessairement une modification du concept de « liberté » comprise comme la libération de la contrainte garantie par ce système. Cela arrive,

comme le soulignent les libéraux, en raison de dispositions spéciales de lois et de décrets d'inspiration socialiste qui sont incompatibles avec la liberté au niveau commercial. Mais cela se produit aussi et surtout parce que la tentative d'introduction de la « libération du besoin » doit être faite, comme l'admettent tous les socialistes, du moins tant qu'ils veulent s'occuper de sociétés historiques pré-existantes et ne limitent pas leurs efforts à promouvoir des sociétés de volontaires dans certaines parties éloignées du monde, d'abord par le biais de la législation et donc par le biais de décisions prises sur la base de la loi de la majorité, que les législatures soient élues, comme elles le sont dans la plupart des systèmes politiques actuels, ou bien qu'elles soient l'expression directe du peuple, comme c'était le cas dans la Rome antique ou dans les anciennes cités grecques et comme c'est encore le cas au sein des *Landsgemeinde* suisses d'aujourd'hui. Aucun système de libre-échange ne peut en fait fonctionner s'il n'est pas enraciné dans un système légal et politique qui aide les citoyens à empêcher l'interférence des autres, y compris celle des autorités, dans leur commerce. Mais les systèmes de libre-échange semblent aussi être caractérisés par le fait qu'ils sont compatibles, et probablement uniquement compatibles, avec des systèmes légaux et politiques qui n'ont pas ou qui ont peu recours à la législation, du moins en ce qui concerne la vie privée et le commerce. D'un autre côté, les systèmes socialistes ne peuvent pas subsister sans l'aide de la législation. Aucune preuve historique, à ma connaissance, ne soutient l'hypothèse selon laquelle la « libération du besoin » socialiste de tous les individus est compatible avec des institutions telles que le système de la *common law* ou le système romain, au sein des-

quels le processus d'élaboration du droit est directement accompli par tous les citoyens, avec seulement l'aide occasionnelle des juges ou d'experts tels que les juristes romains et, en règle générale, sans avoir recours à la législation.

Seuls lesdits « utopistes », qui ont essayé de promouvoir des colonies spéciales de volontaires afin de réaliser les sociétés socialistes, ont imaginé qu'ils pourraient faire sans la législation. Mais ils sont parvenus en fait à faire sans pendant seulement un court laps de temps, jusqu'à ce que leurs associations de volontaires se transforment en amalgames chaotiques de vieux et d'ex-volontaires et de nouveaux venus n'ayant de croyances spéciales en aucune forme de socialisme.

Socialisme et législation semblent être inévitablement associés si les sociétés socialistes doivent perdurer. C'est probablement la principale raison du poids grandissant qui est attribué, dans les systèmes de *common law*, comme ceux des Anglais et des Américains, non seulement aux lois et aux décrets, mais aussi à l'idée qu'un système légal, après tout, est un système législatif, et que cette « certitude » est la certitude à court terme du droit écrit.

La raison pour laquelle socialisme et législation sont inévitablement liés est que, alors que le libre marché implique un ajustement spontané de la demande et de l'offre sur la base des échelles de préférence des individus, cet ajustement ne peut pas se produire si la demande ne rencontre pas l'offre sur la même base, c'est-à-dire si les échelles de préférence de ceux qui participent au marché ne sont pas complémentaires. Cela peut arriver, par exemple, dans tous les cas où les acheteurs pensent que le prix demandé par les vendeurs est trop élevé, ou quand les vendeurs pensent que les prix offerts par les acheteurs sont trop bas. Les

vendeurs qui ne sont pas en position de satisfaire les acheteurs, ou les acheteurs qui ne sont pas en position de satisfaire les vendeurs, ne peuvent pas conclure un marché, à moins que les vendeurs ou les acheteurs, respectivement, aient certains moyens à leur disposition pour contraindre leurs homologues sur le marché à rencontrer leurs demandes.

Selon les socialistes, les gens pauvres sont « privés » par les riches de ce dont ils ont besoin. Cette façon de parler est simplement un abus de langage, car il n'est pas prouvé que les « possédants » et les « dépossédés » avaient ou ont tous hérité de la possession commune de toutes choses. Il est vrai, l'épreuve de l'histoire soutient le point de vue socialiste dans certains cas, comme les invasions et les conquêtes, et généralement dans les cas de vol, de pillage, de chantage et ainsi de suite. Mais cela ne se produit jamais sur un marché libre, c'est-à-dire au sein d'un système qui permet aux acheteurs et aux vendeurs individuels de contrecarrer la contrainte exercée par d'autres. Nous avons vu également, à cet égard, que très peu d'économistes prennent en compte ces activités « malproductives », puisqu'elles sont en général considérées comme complètement en dehors du marché et donc non dignes d'une étude économique. Si personne ne peut être contraint, sans la possibilité de se défendre, à payer pour des biens et des services plus qu'il ne paierait pour ces derniers sans contrainte, les activités malproductives ne peuvent pas avoir lieu, puisque dans de tels cas aucune offre de biens et de services ne sera rencontrée par la demande et aucun ajustement entre les acheteurs et les vendeurs ne sera obtenu.

La législation peut réaliser ce qu'un ajustement spontané ne pourrait jamais faire. On peut obliger la

demande à rencontrer l'offre ou l'offre à rencontrer la demande, selon certaines réglementations imposées par les corps législatifs, qui décident peut-être, comme cela se produit aujourd'hui, sur la base de dispositifs procéduraux tels que la loi de la majorité.

Le fait qui est immédiatement perçu, au sujet de la législation, aussi bien par les théoriciens que par les gens ordinaires, est que les réglementations sont imposées à tout le monde, y compris à ceux qui n'ont jamais participé au processus d'élaboration des réglementations et qui peuvent n'en avoir jamais eu connaissance. Ce fait distingue une loi d'une décision remise par un juge dans une affaire portée devant lui par les parties. La décision peut être imposée, mais elle n'est pas imposée automatiquement, c'est-à-dire sans la collaboration des parties concernées ou au moins de l'une d'entre elles. En tout cas, elle n'est pas directement imposable aux autres personnes qui n'étaient pas partie au conflit ou qui n'étaient pas représentées par les parties du procès.

Ainsi les théoriciens associent habituellement la législation avec l'application, alors que cette association n'est pas directement accentuée et, en tout cas, est perceptible à un moindre degré dans les décisions des tribunaux de justice. Très peu de gens, au contraire, ont souligné le fait que l'application est liée à la législation non seulement en conséquence du processus législatif, mais aussi au sein du processus lui-même. Ceux qui prennent part à ce processus sont eux-mêmes soumis, à leur tour, à l'application des règles de procédure, et ce fait donne un caractère coercitif à l'ensemble de l'activité législative, car elle est exécutée par un groupe de personnes selon une procédure établie au préalable. Cela s'applique également aux activités de l'électorat, dont

la tâche peut être définie comme étant celle de parvenir à une décision de groupe au sujet des gens à élire, suivant des règles procédurales qui ont été établies au préalable et qui s'appliquent à ceux qui participent à la formation de la décision elle-même.

L'existence d'une procédure coercitive au sein du processus décisionnaire à chaque fois que les gens doivent décider non en tant qu'individus, mais en tant que membres de groupes, est précisément ce qui permet de distinguer le processus d'élaboration des décisions des individus de celui des groupes.

Cette différence a été ignorée par ces théoriciens qui, comme l'économiste anglais Duncan Black, ont essayé d'élaborer une théorie des décisions de groupe qui incluerait à la fois les décisions économiques des individus sur le marché et les décisions de groupe au niveau politique. Selon le professeur Black, qui vient juste de publier un nouveau livre à ce sujet, il n'y a pas une différence substantielle entre ces deux types de décisions. Les acheteurs et les vendeurs sur le marché peuvent être comparés, si on les prend comme un ensemble, aux membres d'un comité dont les décisions sont le résultat des corrélations de leurs échelles de préférence, selon la loi de l'offre et de la demande. Par ailleurs, les individus sur la scène politique, du moins sur celle de ces pays où les décisions sont prises par des groupes, peuvent être considérés comme des membres de comités, en dépit des fonctions spéciales de chaque comité. L'électorat pourrait être considéré comme l'un de ces « comités » tout autant qu'une assemblée législative ou qu'un conseil des ministres. Dans tous ces cas, selon le professeur Black, les échelles de préférence de chaque membre du comité sont confrontées aux échelles de préférence de chacun des autres membres

du même comité. La seule différence, selon lui, c'est qu'alors que sur le marché les préférences se confrontent les unes avec les autres selon la loi de l'offre et de la demande, pour ce qui est des préférences politiques la sélection de certaines préférences se produit selon une procédure définie. Si nous connaissons cette procédure, affirme le professeur, et en outre si nous savons quelles préférences politiques doivent se confronter, nous sommes en mesure de calculer à l'avance quelles préférences émergeront de la décision du groupe, tout comme nous sommes en mesure de calculer à l'avance, pourvu que nous connaissions les préférences en jeu sur le marché, quelles sont celles qui émergeront de la loi de l'offre et de la demande.

Comme le suppose le professeur Black, on pourrait parler d'une tendance vers un équilibre des échelles de préférence sur la scène politique, de la même façon que l'on peut parler d'un équilibre vers lequel tendent les échelles de préférence sur le marché.

En bref, nous devons considérer, selon Black, à la fois l'économie et la science politique comme deux branches différentes de la même science, puisqu'elles ont en commun la tâche de calculer quelles préférences émergeront sur un marché ou sur la scène politique, selon un ensemble d'échelles de préférence connues et un droit défini régissant leur confrontation.

Ma volonté n'est pas de nier qu'il y n'a pas quelque chose de correct dans cette conclusion. Mais ce que je veux souligner, c'est qu'en mettant les décisions politiques et économiques au même niveau et en les considérant comme comparables nous ignorons délibérément les différences qui existent entre la loi de l'offre et de la demande sur le marché et un droit procédural, quel qu'il soit, régissant le processus de confrontation des

préférences politiques (et l'émergence subséquente des préférences que le groupe a admises dans sa décision), comme, par exemple, la loi de la majorité.

La loi de l'offre et de la demande est uniquement une description de la façon dont se produisent les ajustements spontanés, selon certaines circonstances, entre plusieurs échelles de préférence. Un droit procédural est complètement différent, en dépit du fait qu'il soit aussi qualifié de « loi » dans toutes les langues européennes, tout comme le langage grec (au moins depuis le quatrième siècle avant Jésus-Christ) utilisait le même mot, *nomos*, pour signifier à la fois un droit naturel et un droit artificiel, comme une loi. Bien sûr, nous pourrions dire que la loi de l'offre et de la demande est aussi un droit « procédural », mais encore une fois nous confondrions deux significations très différentes des mêmes mots.

La différence principale entre les décisions individuelles sur le marché et les contributions individuelles aux décisions de groupe sur la scène politique, c'est que sur le marché, au moins en vertu de la divisibilité des biens et des services disponibles sur ce dernier, l'individu peut non seulement prévoir exactement quelle est la conséquence de sa décision (par exemple quel type et quelle quantité de poulets il achètera avec un certain montant d'argent), mais il peut également établir une relation concrète entre chaque dollar qu'il dépense et les choses qu'il peut en obtenir en contrepartie. Les décisions de groupe, au contraire, sont du type tout ou rien : si vous êtes du côté des perdants, vous perdez votre vote. Il n'y a pas d'autre alternative, tout comme il n'y en aurait pas si vous étiez sur le marché et que vous ne pourriez trouver ni biens, ni services, ni même une part d'entre eux, qui pourraient être achetés avec l'argent dont vous disposez.

Comme un économiste américain distingué, le professeur James Buchanan, l'a souligné avec perspicacité à ce sujet, « les alternatives des choix de marché sont normalement en conflit seulement dans le sens où la loi des rendements décroissants est en œuvre... Si un individu désire davantage de certains biens ou services, le marché requiert normalement qu'il prenne moins d'un autre bien ou service⁴. » Par contraste, « les alternatives en termes de choix de vote sont plus exclusives, c'est-à-dire que la sélection de l'une exclut la sélection d'une autre ». Les choix de groupe, tant que les individus appartenant au groupe sont concernés, tendent à être « mutuellement exclusifs en raison de la nature réelle de l'alternative ». Ceci est le résultat non seulement de la pauvreté des schémas habituellement adoptés et adoptables pour la répartition de la force de vote, mais aussi au fait (souligné par Buchanan) que les alternatives dites « politiques » ne permettent pas les « combinaisons » ou les « solutions composites » qui rendent les choix sur le marché plus flexibles que les choix politiques. Par conséquent, comme l'a déjà mentionné von Mises, sur le marché le vote du dollar n'est jamais désavoué : « L'individu sur le marché n'est jamais mis en position d'appartenir à une minorité dissidente⁵ », du moins en ce qui concerne les alternatives existantes ou potentielles du marché. En d'autres termes, il y a dans le vote une *coercition* possible qu'il n'y a pas sur le marché. L'électeur choisit uniquement entre des alternatives potentielles ; il peut perdre son vote et être forcé

4. James Buchanan, « Individual Choices in Voting and in the Market », *Journal of Political Economy*, 1954, p. 338.

5. *Loc. cit.*

d'accepter un résultat contraire à la préférence qu'il a exprimée, alors qu'une forme de coercition de ce type n'est jamais présente dans un choix de marché, du moins dans l'hypothèse de la division de la production. La scène politique, que nous avons conçue provisoirement au moins comme le *locus* des processus de vote, est comparable à un marché au sein duquel l'individu doit dépenser la totalité de son revenu pour un bien, ou l'ensemble de son travail et des ressources à produire un bien ou un service. Pour exposer le problème autrement, l'électeur est limité par certaines procédures *coercitives* dans l'utilisation de ses capacités d'action. Bien sûr nous pouvons approuver ou désapprouver cette coercition, et nous pouvons parfois distinguer différentes hypothèses afin de l'approuver ou de la désapprouver. Mais l'important c'est que le processus de vote implique une forme de coercition et que les décisions politiques sont atteintes par le biais d'une procédure qui implique la coercition. L'électeur qui perd fait un choix au début, mais doit parfois en accepter un autre qu'il avait rejeté précédemment ; son processus décisionnaire a été réduit à néant.

Il s'agit certainement de la principale différence, bien que ce ne soit pas la seule, entre les décisions sur le marché et les décisions de groupe qui se produisent sur la scène politique.

L'individu sur le marché peut prévoir, avec une certitude absolue, les résultats directs ou immédiats de son choix. « L'acte de choisir, dit Buchanan, et les conséquences du fait de choisir sont en correspondance directe. Par ailleurs l'électeur, même s'il est entièrement omniscient dans la prévision qu'il fait des conséquences de chaque décision de groupe possible, ne peut jamais prévoir avec certitude laquelle des alterna-

tives présentées sera choisie⁶. » Cette incertitude, du type analysé par Knight (c'est-à-dire l'impossibilité de chiffrer la probabilité de survenue d'un événement), doit influencer, dans une certaine mesure, le comportement de l'électeur, et il n'y a pas de théorie recevable sur le comportement d'un décideur dans des conditions incertaines.

En outre les conditions dans lesquelles les décisions de groupe se produisent semblent rendre difficile l'emploi de la notion d'*equilibrium* comme il est employé en économie. En économie, l'équilibre est défini de telle façon que l'égalité entre l'offre et la demande est une situation où les choix individuels conduisent à ce que chaque dollar dépensé soit une voix satisfaite. Mais quel genre d'égalité peut exister, par exemple, entre l'offre et la demande de lois et de décrets dans des décisions de groupe, alors que l'individu peut demander du pain et se voir donner une pierre ? Bien sûr, si les membres des groupes sont libres de s'organiser en majorités changeantes et peuvent participer aux révisions de décisions précédentes, on peut concevoir cette possibilité comme une sorte de remède au manque d'équilibre dans les décisions de groupe, parce qu'elle donne à chaque individu du groupe, du moins en principe, la possibilité de voir la décision de groupe coïncider avec son choix personnel. Mais ce n'est pas un « équilibre ». La liberté d'appartenir à des majorités changeantes est une caractéristique typique de la démocratie telle qu'elle est traditionnellement comprise dans les pays occidentaux, et entre parenthèses c'est la raison pour laquelle de nombreux auteurs ont le sentiment

6. *Loc. cit.*

qu'ils peuvent décrire la « démocratie politique » comme quelque chose de similaire à la « démocratie économique » (le système de marché). En fait la démocratie semble être, comme nous l'avons vu, uniquement un substitut pour la démocratie économique, même si c'est probablement son meilleur substitut dans bien des cas.

Ainsi nous en parvenons à la conclusion que la législation, en étant toujours – du moins au sein de nos systèmes contemporains – un produit des décisions de groupe, doit impliquer inévitablement non seulement un certain degré de coercition exercée sur ceux qui doivent obéir aux règles législatives, mais aussi un degré correspondant de coercition exercé sur ceux qui participent directement au processus d'élaboration des règles elles-mêmes. Cet inconvénient ne peut être évité par aucun système politique où les décisions de groupe doivent se produire, y compris par la démocratie, bien que la démocratie, au moins telle qu'elle est toujours conçue en Occident, donne à chaque membre du corps législatif l'occasion de faire partie, tôt ou tard, de majorités gagnantes et donc d'éviter la coercition du fait que les règles coïncident avec son choix personnel.

La coercition n'est pas cependant la seule caractéristique de la législation, comparée à d'autres processus d'élaboration du droit, tels que ceux du droit romain ou de la *common law*. Nous avons vu que l'incertitude est une autre caractéristique de la législation, qui s'applique non seulement à ceux qui doivent obéir aux réglementations législatives, mais aussi aux membres du corps législatif lui-même, puisqu'ils votent sans connaître les résultats de leur vote jusqu'à ce que la décision ait été prise.

Maintenant, le fait que la coercition et l'incertitude ne puissent être évitées par les membres des corps

législatifs eux-mêmes dans le processus législatif conduit à la conclusion que même des systèmes politiques fondés sur la démocratie directe ne permettent pas aux individus d'échapper à la coercition ou à l'incertitude au sens que nous avons décrit.

Aucune démocratie directe ne pourrait résoudre le problème qui consiste à éviter à la fois la coercition et l'incertitude, puisque le problème n'est pas lié en lui-même à la participation directe ou indirecte au sein du processus d'élaboration du droit par le biais de la législation résultant des décisions de groupe.

Cela nous avertit aussi de la futilité comparable de toutes les tentatives visant à sécuriser davantage la liberté ou la certitude des individus d'un pays, en ce qui concerne le droit du territoire, en les laissant participer aussi fréquemment et directement que possible au processus d'élaboration de la loi par le biais de la législation, que ce soit au suffrage universel adulte, à la représentation proportionnelle, par référendum, par l'initiative, par la reconvoction des représentants parlementaires, ou même par d'autres organisations ou institutions révélant ladite « opinion publique » sur autant de sujets possibles et pour faire en sorte que les gens soient mieux à même d'influencer avec efficacité les comportements politiques des dirigeants.

Par ailleurs les démocraties représentatives sont beaucoup moins efficaces que les démocraties directes pour obtenir la participation réelle des individus dans le processus d'élaboration de la loi par le biais de la législation.

La représentation peut être appréhendée en fonction de significations différentes, et certaines d'entre elles donnent certainement aux gens l'impression qu'ils participent de façon conséquente, bien qu'indirecte, au

processus d'élaboration du droit par le biais de la législation de leur pays ou même au processus d'administration des affaires du pays par le biais de l'appareil exécutif.

Malheureusement, ce qui se produit actuellement dans tous les pays occidentaux actuels est quelque chose qui ne nous donne aucune base réelle de satisfaction si nous entreprenons une froide analyse des faits.

VI

LIBERTÉ ET REPRÉSENTATION

On affirme souvent qu'il y a, ou plus précisément, qu'il existait autrefois un concept classique du processus démocratique qui présentait peu de ressemblance avec ce qui se passe sur la scène politique actuelle, que ce soit en Grande-Bretagne, où ce processus a pris naissance au Moyen Âge, ou dans les autres pays qui ont plus ou moins imité le système « démocratique » de l'Angleterre. Tous les économistes, au moins, se souviendront de ce que Schumpeter a clairement énoncé dans son ouvrage *Capitalism, Socialism, and Democracy*. Selon le concept classique de la « démocratie », tel qu'il était formulé aux alentours de la fin du dix-huitième siècle en Angleterre, le processus démocratique était censé permettre aux gens de statuer eux-mêmes sur des questions, par l'entremise de représentants élus au parlement. Cela offrait un substitut supposément efficace à la décision directe des gens pour les problèmes d'ordre général, comme c'était le cas des décisions prises dans les cités grecques antiques, à Rome, dans les *communi* médiévaux italiens, ou bien comme c'est encore le cas dans les *Landsgemeinde* suisses. Les repré-

sentants devaient décider à la place des gens pour toutes les questions que ces derniers ne pouvaient pas résoudre par eux-mêmes pour des raisons pratiques, comme par exemple l'impossibilité de se retrouver tous ensemble sur une place pour discuter des choix politiques et prendre des décisions. Les représentants étaient conçus comme des mandataires du peuple, dont la tâche était de formuler et de mettre en œuvre la volonté populaire. À leur tour, les gens n'étaient pas conçus comme une entité fictive, mais plutôt comme un ensemble d'individus agissant en qualité de citoyens. Et les représentants du peuple en tant que personnes étaient eux-mêmes des citoyens, et donc ils étaient en mesure d'exprimer ce que leurs concitoyens ressentaient au sujet des problèmes généraux de la communauté.

Selon l'interprétation de Burke,

à l'origine la Chambre des communes n'était pas censée faire partie du gouvernement de l'Angleterre. On la considérait comme un contrôle issu *directement* du peuple et qui rapidement *devait se fondre dans la masse* d'où elle venait. À cet égard, elle était au sommet du gouvernement ce que les jurys étaient au niveau local. La position d'un magistrat étant transitoire et celle d'un citoyen étant permanente, on espérait que cette dernière serait prépondérante dans tous les débats, non seulement entre le peuple et les autorités permanentes de la Couronne, mais aussi entre le peuple et l'éphémère autorité de la Chambre des communes...¹

Suivant cette interprétation, et hormis ladite « autorité en place » de la Couronne, il est plutôt manifeste que les députés doivent « débattre » et prendre des

1. Edmund Burke, *Works* (édition 1808), II, 287 ff.

décisions davantage en tant que citoyens qu'en qualité de magistrats, et en outre que les citoyens en tant que tels forment une entité permanente au sein de laquelle les magistrats doivent être choisis pour mettre à exécution leur expression immédiate et éphémère.

Burke lui-même n'était pas un homme à considérer comme une sorte de messenger programmé que les électeurs envoyaient au parlement. Il a pris soin également de souligner que

il appartient à tous les hommes d'avoir le droit d'exprimer une opinion ; l'opinion des électeurs est importante et respectable, un représentant doit toujours se réjouir de l'entendre et il doit en tenir compte au plus haut point. Mais les instructions autoritaires, les mandats assignés, auxquels l'élu parlementaire est obligé d'obéir aveuglément et implicitement, et pour lesquels il doit voter et plaider, même contre la conviction la plus claire de son jugement et de sa conscience, ceci sont des choses totalement inconnues aux lois du territoire et elles émergent d'une erreur fondamentale de l'ordre même et du ton de la constitution².

De façon générale, il serait faux de penser qu'aux environs de la fin du dix-huitième siècle les membres du Parlement prêtaient scrupuleusement attention à la volonté de leurs concitoyens. La Glorieuse Révolution anglaise de la fin du dix-septième siècle n'était pas démocratique. Comme l'a remarqué récemment Cecil S. Emden, un chercheur qui s'est occupé du développement de l'influence populaire sur le gouvernement britannique, « si un plébiscite avait eu lieu en 1688 au

2. Edmund Burke, "Speech to the Electors of Bristol", 3 décembre 1774, in *Works*, Boston, Little, Brown & Co., 1894, II, 96.

sujet du remplacement de Jacques par Guillaume, la majorité aurait voté contre la destitution du premier³ ». Le nouveau régime de 1688 ressemblait plus à une oligarchie vénitienne qu'à une démocratie. Malgré l'abolition de la censure de la presse en 1695, les membres de la Chambre des communes et les ministres ont montré à plusieurs reprises qu'ils n'étaient pas disposés à supporter la liberté de critique de leurs concitoyens. Il est arrivé – par exemple en 1712 – qu'ils soient si exaspérés par la publication de certains pamphlets relatant les procédés de la Chambre qu'ils ont décidé d'imposer des taxes écrasantes à tous les journaux et à tous les pamphlets pour affecter leurs ventes. En outre l'expression de l'opinion publique n'a pas vraiment été encouragée. La publication d'un journal officiel du parlement ne constituait pas une procédure normale. Une objection était fréquemment invoquée au début du dix-huitième siècle, selon laquelle la publication de telles informations impliquerait un "appel à la populace", et ce afin d'éviter la publication d'un compte-rendu des débats et des votes au parlement. La même attitude influençait la Chambre et les ministres en ce qui concerne les sujets d'intérêt vital pour le pays, afin de se prémunir de l'opposition de l'opinion publique vis-à-vis de la politique adoptée par le gouvernement et par la Chambre. Au dix-huitième siècle, un homme d'État, comme par exemple le jeune Charles Fox, pouvait considérer que la Chambre des communes était le seul révélateur de l'opinion nationale, et par la suite, une fois devenu membre de la Chambre, proclamer :

3. Cecil S. Emden, *The People and the Constitution*, deuxième édition, Oxford, Clarendon Press, 1956, p. 34.

Je ne prête pas attention quoi qu'il en soit à l'opinion populaire : notre devoir est de faire ce qu'il convient de faire, sans tenir compte de ce qui peut être populaire ; leur tâche consiste à nous choisir ; la nôtre est d'agir conformément à la constitution et de maintenir l'indépendance du Parlement⁴.

Néanmoins il est généralement admis, selon la théorie classique de la démocratie, que le Parlement était conçu comme un comité dont les fonctions « seraient d'exprimer, de refléter ou de représenter la volonté du corps électoral⁵ ». D'ailleurs il était beaucoup plus facile de mettre cette théorie en pratique à la fin du dix-huitième siècle et avant le *Reform Act* de 1832 qu'après. Même si les représentants étaient aussi nombreux que maintenant, l'effectif des mandants était moindre. En 1830, la Chambre des communes britannique représentait un électorat d'environ 220 000 personnes sur une population totale de 14 millions d'individus, soit trois pour cent de la population. Chaque membre représentait en moyenne 330 électeurs. À présent, ils représentent en Angleterre environ 56 000 électeurs sur la base d'un suffrage universel de quelque 35 000 000 de personnes adultes. Mais au début de ce siècle, Dicey, alors qu'il contestait la théorie prétendument « légale » d'Austin, selon laquelle les membres de la Chambre des communes sont simplement « les dépositaires du corps électoral par lequel ils ont été élus et nommés », et affirmait qu'aucun juge anglais ne pourrait admettre

4. *Ibid.*, p. 53. Les historiens nous apprennent que, « en conséquence de ce discours, Fox a été assailli par la foule alors qu'il se rendait à la Chambre et a été traîné dans la boue ».

5. Robert T. McKenzie, *British Political Parties*, Londres, Heineman, 1955, p. 588.

que le parlement soit d'un point de vue légal le « dépositaire » des électeurs, admettait pourtant sans mal « qu'au niveau politique les électeurs sont les acteurs principaux, ou même pourrait-on dire qu'ils constituent de fait le pouvoir souverain, puisque leur volonté sous la constitution actuelle est sûre d'obtenir l'obédience ultime de l'État ». Dicey reconnaissait que les propos d'Austin étaient donc corrects du point de vue de la souveraineté « politique », mais erronés en termes de souveraineté « légale », et il affirmait que « les électeurs sont une partie et sont la partie prédominante du pouvoir politiquement souverain⁶ ».

Vu l'état actuel des choses, la volonté de l'électorat, et certainement celle de l'électorat en corrélation avec la Chambre des lords et la Couronne, prévaut assurément de façon ultime sur tous les sujets que le gouvernement doit déterminer. La question peut en effet être poussée un peu plus loin, et nous pouvons affirmer que les dispositions de la constitution assurent aujourd'hui, par le biais de moyens réguliers et constitutionnels, que la volonté de l'électorat a toujours, en définitive, une influence prédominante dans ce pays⁷.

Selon Dicey, tout cela était possible en raison du caractère *représentatif* du gouvernement anglais, et il a expliqué que « l'objectif et le résultat d'un tel gouvernement est de faire coïncider ou en tout cas d'amoindrir la divergence entre les limites internes et externes de l'exercice du pouvoir suprême⁸ », c'est-à-

6. Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (neuvième édition, Londres, Macmillan, 1939, p. 76.

7. *Ibid.*, p. 73.

8. *Ibid.*, p. 82.

dire entre les souhaits du souverain (le parlement en Angleterre est légalement souverain) et les « souhaits permanents de la nation⁹ ». Dicey a conclu ce sujet en disant que

la différence entre la volonté du souverain et la volonté de la nation a pris fin avec la création d'un système de gouvernement représentatif réel. Là où un parlement représente vraiment la population, la divergence entre la limite interne et externe de l'exercice du pouvoir suprême peut difficilement émerger, ou bien, si elle émerge, elle disparaît aussitôt. Grossièrement, les souhaits permanents de la partie représentative du parlement peuvent difficilement, à long terme, différer de ceux de la population anglaise ou en tout cas des électeurs : ce que la majorité de la Chambre des communes ordonne, la majorité de la population anglaise, en général, le souhaite¹⁰.

Bien sûr le terme de « représentation » est plutôt générique. Nous pourrions uniquement adopter un concept « légal » de cette dernière, pour conclure, comme le font de nombreux avocats d'autres pays à propos de la représentation politique, que ce terme ne veut rien dire de plus ou de moins que ce qu'il est censé vouloir dire en droit constitutionnel, ou bien dans les conventions constitutionnelles prévalant à un instant donné, comme c'est le cas en Angleterre. Mais, comme l'a souligné Dicey de façon assez judicieuse, il existe bien évidemment aussi une signification « politique » de la « représentation », et c'est sur cette dernière qu'insistent les politologues face à la situation telle qu'elle se présente en réalité.

9. *Ibid.*, p. 83.

10. *Loc. cit.*

Le verbe « représenter¹¹ » qui vient du latin *repraesentare* et veut dire rendre présent à nouveau, avait différentes significations dans la langue anglaise ancienne, mais sa première utilisation politique, au sens d'agir en tant qu'agent habilité ou de député de quelqu'un, remonte à un pamphlet de 1651 d'Isaac Pennington et, plus tard, à un discours d'Olivier Cromwell au Parlement, le 22 janvier 1655, lorsqu'il a dit : « J'ai pris soin de votre sécurité et de la sécurité de ceux que vous représentez. » Mais déjà en 1624 la « représentation » avait pris le sens de « substitution d'une chose ou d'une personne pour une autre », et surtout le droit ou l'autorité d'agir pour le compte de quelqu'un d'autre.

Quelques années plus tard, en 1649, nous trouvons le mot « représentant » accolé à l'assemblée parlementaire, dans l'acte qui a aboli la royauté après l'exécution de Charles I^{er}. L'acte mentionne les « représentants » de la « nation » comme étant ceux par lesquels le peuple est gouverné et ceux que le peuple a choisis et en qui il a remis sa confiance à cette fin selon leurs « droits justes et anciens ».

La chose est en elle-même certainement plus ancienne que le mot. Par exemple, le fameux principe « pas de taxation sans représentation », dont il n'est pas nécessaire de rappeler l'importance qu'il a eue sur l'avenir des États-Unis, a été formulé en Angleterre dès 1297 dans la déclaration *De tallagio non concedendo*, et a été confirmé plus tard par la *Petition of Right* de 1628. Auparavant, en 1295, la fameuse ordonnance

11. Sur ce point et sur d'autres mentionnés dans ce chapitre, cf. l'article clair et informatif sur la « Représentation » par Hugh Chisholm dans l'*Encyclopaedia Britannica* (quatorzième édition).

d'Édouard I^{er} au shérif du Northamptonshire pour convoquer au parlement de Westminster les représentants élus des comtés et des arrondissements a mis pour la première fois en pratique (si l'on ne tient pas compte d'une ordonnance similaire précédente d'Henry III, ainsi que d'un parlement de représentants non élus en 1275) un dispositif politique présenté plus récemment comme l'innovation politique la plus brillante depuis les Grecs et les Romains¹². L'ordonnance d'Édouard au shérif énonce clairement que le peuple devait *élire* (*elegi facias*) des bourgeois pour les bourgs, des chevaliers pour les comtés et des citoyens pour les villes – elle souligne qu'ils doivent avoir « un pouvoir étendu et suffisant pour eux-mêmes et leurs communautés... pour faire ce qu'ordonnent les principes adoptés par le Common Council, afin que les affaires susdites [c'est-à-dire faire ce qui était nécessaire pour éviter des dangers graves menaçant le royaume] ne restent pas inachevées de quelque façon que ce soit en raison d'une défectuosité de ce pouvoir ». Il est clair, par conséquent, que les gens convoqués par le roi à

12. Cependant la théorie politique au Moyen Âge semble avoir été influencée par une théorie similaire du juriste romain Pomponius, contenue dans un fragment du Digest (« *deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilior in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam reipublicae ad senatum deduxit* » « Le sénat a assumé la responsabilité de la législation en raison des difficultés impliquées par le rassemblement des plébéiens et d'une difficulté encore plus importante à tenir une assemblée de la grande multitude que constitue l'électorat dans son ensemble »). Voir Otto Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, traduit par Frederic W. Maitland, Cambridge University Press, 1922, pp. 168 ff. 13. Hugh Chisholm, *loc.cit.*

Westminster étaient conçus comme des mandataires de leurs communautés.

De notre point de vue, il est fort intéressant de voir que la « représentation au Common Council » n'impliquait pas nécessairement que les décisions soient prises selon la loi de la majorité. Comme certains penseurs l'ont montré (par exemple McKechnie dans son *Commentary in Magna Charta* [1914]), une version antérieure du principe « pas de taxation sans représentation » se profilait au Moyen Âge comme suit : « Pas de taxation sans le consentement de l'individu taxé », et l'on apprend qu'en 1221 l'évêque de Winchester, « appelé à consentir une taxe de *scutagium*, refusa de payer, après que le conseil se fut acquitté de la subvention, au motif qu'il n'était pas d'accord, et le chancelier de l'Échiquier a retenu sa plainte¹³ ». Nous savons aussi, grâce à l'Allemand Gierke, que, selon le droit germanique, « l'unanimité était requise » au sein des assemblées plus ou moins « représentatives » des tribus allemandes, bien que l'on pût forcer les minorités à abandonner la partie, et que l'idée d'associer la représentation à la loi de la majorité a fait son chemin dans la sphère politique par le biais des conseils d'Église qui l'ont adoptée à partir de la loi sur les corporations, même si, au sein de l'Église des conformistes, on soutenait que les minorités avaient certains droits irréfragables et que les questions de croyances religieuses ne pouvaient pas être décidées simplement par des majorités¹⁴.

14. Otto Gierke, *op.cit.*, p. 64.

Il apparaît ainsi que la formation des groupes de décision et des décisions de groupe suivant une procédure coercitive fondée sur l'idée de la loi de la majorité, que ces groupes soient seulement les « délégués » ou les « représentants » d'autres personnes, au début ne semblait pas naturelle à nos ancêtres, du moins pendant un certain temps, à la fois dans les conseils religieux et politiques, et probablement seules les circonstances auraient pu lui permettre de progresser à des époques plus récentes. En fait cette procédure en quelque sorte n'est pas naturelle puisqu'elle passe outre certains choix uniquement sous prétexte que les gens qui les ont adoptés sont moins nombreux que les autres, alors que cette méthode de prise de décision n'est jamais adoptée dans d'autres circonstances, et si elle l'était cela déboucherait sur des résultats inapplicables. Nous reviendrons sur ce point plus tard. Il suffit de souligner ici que la représentation politique est associée de près, à l'origine, à l'idée que les représentants agissent en tant que porte-parole du peuple et selon la volonté de ce dernier.

Lorsque le principe de représentation, aux époques modernes, en Angleterre comme dans les autres pays, s'est étendu pratiquement à tous les individus de la communauté politique, du moins à tous les adultes, trois problèmes majeurs ont surgi auxquels il fallait trouver une solution pour que le principe de représentativité soit effectif :

(I) il fallait que le nombre de citoyens habilités à choisir des représentants corresponde à la structure réelle de la nation ;

(II) il fallait des candidats, pour le poste de représentant, qui expriment fidèlement la volonté du peuple représenté ;

(III) et enfin il était indispensable de trouver un système de sélection des représentants qui reflète au mieux les opinions du peuple représenté¹⁵.

On peut difficilement dire que ces problèmes ont trouvé jusqu'ici une réponse satisfaisante. Aucun pays n'est parvenu à les régler ; aucune nation n'a été capable de conserver l'esprit de la représentation, à savoir que c'est une pratique que l'on effectue en fonction de la volonté du peuple représenté. Laissons de côté certaines questions importantes, comme celles que soulèvent John Stuart Mill dans son célèbre essai sur le *Representative Government* (1861), relatives aux gens habilités à être représentés et à la différence d'importance qu'ont ces derniers suivant leurs aptitudes ou leur contribution aux dépenses de la communauté, etc. Laissons aussi de côté, pour le moment, une autre question qui est sans aucun doute très importante et très difficile à résoudre, c'est-à-dire, si la représentation de la volonté du peuple pourrait être uniforme ou non sur un certain nombre de questions, ou, en d'autres termes, si on peut vraiment parler d'une « volonté générale » des gens dans des cas, par exemple, où les choix sont de nature alternative et où il n'y a aucune chance de découvrir une voie permettant à la population d'être d'accord avec un choix quel qu'il soit. Schumpeter a souligné cette difficulté dans son essai sur *Capitalism, Socialism, and Democracy* et a conclu que la « volonté générale » est une expression dont le contenu est inévitablement contradictoire quand on se réfère aux

15. Pour une discussion récente sur les problèmes de la représentation en relation avec la loi de la majorité, voir James Burnham, *The Congress and the American Tradition*, Chicago, Regnery, 1959, en particulier le chapitre intitulé "What is Majority", pp. 311 ff.

membres individuels d'une communauté dont on dit qu'elle a une « volonté générale ». Si les sujets politiques sont précisément ceux qui n'offrent pas plus d'un choix, et si en outre il n'y a pas moyen de découvrir, par une quelconque méthode objective, le choix le plus approprié pour la communauté politique, nous devons conclure que les décisions politiques impliquent toujours un élément qui est incompatible avec la liberté individuelle, et qui n'est donc pas compatible avec une véritable représentation de la volonté des peuples dont le choix a peut-être été rejeté par la décision adoptée. Enfin laissons de côté, car ce n'est pas important pour notre propos, certaines questions relatives aux différents systèmes de choix. Il nous faut mentionner que le vote n'est pas le seul système de sélection des représentants. Il y a eu au cours de l'histoire d'autres systèmes importants, comme la méthode du tirage au sort choisi dans certains cas par les cités grecques de l'antiquité ou par la république aristocratique de Venise à des époques médiévales et modernes, et donc relatives à différents systèmes de vote, si le vote est le mode adopté pour faire un choix.

Ces questions peuvent être considérées dans un degré de technicité qui va bien au-delà du champ de notre investigation. Il nous faut à présent nous occuper d'autres difficultés.

Il est vrai que l'extension du principe de représentation à tous les citoyens par l'extension du droit de vote correspond, semble-t-il, parfaitement à une conception individualiste de la représentation selon laquelle chaque individu doit être représenté, d'une façon ou d'une autre, dans les décisions à prendre sur les questions générales de la nation. Chaque individu doit exercer son droit de choisir, de mandater et d'instruire des

représentants afin que les décisions politiques soient une manifestation libre de sa volonté. Bien sûr, comme le dirait Disraeli, la volonté de quelques-uns peut parfaitement être représentée, dans certains cas, par d'autres personnes qui devinent les volontés des premiers sans avoir été instruits par eux, comme l'a fait Napoléon, dicit Schumpeter, lorsqu'il a mis fin à tous les conflits religieux à l'époque du Consulat. Nous pouvons également imaginer que les intérêts *réels* de certains (c'est-à-dire les intérêts que certains reconnaîtront par la suite comme étant leurs intérêts véritables, quelle que soit l'opinion contraire qu'ils aient pu tenir avant) sont parfois mieux représentés par des mandataires, compétents et incorruptibles, qu'ils n'auraient jamais investis ou instruits d'eux-mêmes. C'est le cas par exemple des parents qui agissent en tant que représentants de leurs enfants dans la vie privée et commerciale. Mais il semble évident, d'un point de vue individualiste, que personne n'est mieux à même de connaître sa volonté propre que soi-même. La véritable représentation de cette volonté devra donc être le fruit d'un choix de la part de l'individu qui doit être représenté. L'extension de la représentation au cours des temps modernes semble correspondre à cette considération. Jusqu'ici tout va bien.

Mais les vraies difficultés importantes surgissent quand le principe de représentation par le choix individuel de représentants est appliqué à la vie politique. Dans la vie privée, ces difficultés n'existent pas. Quiconque peut prendre contact avec quelqu'un en qui il a confiance et l'engager comme représentant pour négocier un contrat par exemple, en suivant des instructions qui doivent être clairement établies, comprises et mises en œuvre.

En politique, rien de la sorte ne se produit, et il semble que ce soit aussi une conséquence de l'extension de la représentation à un maximum d'individus au sein de la communauté politique. Le grand inconvénient de ce principe est apparemment que plus on essaie de l'étendre et moins il atteint son objectif. On doit observer que la vie politique n'est pas le seul domaine au sein duquel ces inconvénients ont surgi à des époques récentes. Les économistes et les sociologues ont déjà attiré notre attention sur le fait que la représentation dans les grandes sociétés privées fonctionne mal. On dit que les actionnaires ont très peu d'influence sur la politique des gérants, et le pouvoir discrétionnaire de ce dernier, cause et conséquence de la « révolution managériale » de notre époque, est d'autant plus étendu que le nombre d'actionnaires qu'il « représente » dans les affaires est élevé¹⁶. L'histoire de la représentation, tant dans la vie politique qu'économique, nous enseigne quelque chose que la population n'a pas encore retenu. Dans mon pays il y a un dicton, *chi vuole vada*, qui signifie que, si vous voulez vraiment quelque chose, vous devez aller voir par vous-mêmes ce qu'il faut faire, au lieu d'envoyer un émissaire. Bien sûr les résultats de votre action ne sont pas bons si vous n'êtes pas avisé, qualifié ou suffisamment bien informé pour atteindre le résultat souhaité. Et c'est ce que diraient les gérants et les représentants, que ce soit en politique ou en affaires, si seulement ils se souciaient

16. Cela est vrai, en dépit du fait, noté par le professeur Milton Friedman, que les actionnaires peuvent de façon ultime se débarrasser des actions de ces entreprises qui ne les autorisent pas assez à contrôler leur politique, alors que le citoyen ne peut facilement en faire de même avec sa citoyenneté.

d'expliquer aux gens qu'ils représentent comment les choses sont faites en réalité.

John Stuart Mill a souligné le fait que la représentation ne peut pas fonctionner, à moins que la population représentée participe d'une certaine façon à l'activité de leurs représentants.

Les institutions représentatives n'ont pas beaucoup de valeur, et peuvent être simplement un instrument de tyrannie ou d'intrigue, quand la majeure partie des électeurs ne s'intéressent pas suffisamment à leur propre gouvernement pour donner leur vote, ou bien s'ils votent et ils ne donnent pas leur suffrage à la cause publique mais l'échangent contre de l'argent, ou bien s'ils votent sur l'ordre de quelqu'un qui exerce un contrôle sur eux, ou encore pour des intérêts privés qu'ils souhaitent satisfaire. Une élection populaire, comme celles qui se pratiquent, au lieu d'être une sécurité contre tout mauvais gouvernement, est un rouage supplémentaire dans son mécanisme¹⁷.

Mais dans le domaine de la représentation politique de nombreuses difficultés surgissent et ne proviennent probablement ni du manque de sagesse ou de volonté, ni de l'apathie du peuple représenté. Il s'agit d'un truisme dont les enjeux au niveau politique sont trop nombreux et trop compliqués et dont la plupart d'entre eux sont en réalité ignorés à la fois des représentants et du peuple représenté. Dans ces conditions, aucune instruction ne pourrait être donnée dans la plupart des cas. Cela se produit tout le temps dans la vie politique de la communauté dès lors que les soi-disant représen-

17. John Stuart Mill, *Considerations on Representative Government*, New York, Henry Holt & Co., 1882.

tants ne sont pas en mesure de représenter la volonté réelle de la présumée « population représentée » ou bien quand il y a des raisons de penser que les représentants et le peuple représenté ne sont pas d'accord sur les problèmes en jeu.

En soulignant ce fait, je ne me réfère pas seulement à la façon traditionnelle de choisir les représentants à l'heure actuelle, c'est-à-dire par le vote. Toutes les difficultés que j'ai mentionnées auparavant sont toujours là, que le vote soit la méthode pour choisir les représentants ou non.

Mais le vote en lui-même semble accroître les difficultés relatives à la signification à la fois de la « représentation » et de la « liberté » des individus faisant leur choix. Toutes les difficultés relatives aux groupes de décision et aux décisions de groupe sont toujours là quand nous considérons le processus de vote de nos systèmes politiques actuels. Une élection est le résultat d'une décision de groupe où tous les électeurs doivent être considérés comme les membres d'un groupe, par exemple de leurs circonscriptions ou du corps électoral dans son ensemble. Nous avons vu que les décisions de groupe impliquent des procédures, telles que la loi de la majorité, qui sont incompatibles avec la liberté de choix individuelle du type de celle dont jouissent tous les individus, vendeurs ou acheteurs, sur le marché, ou dans tous les choix qu'ils font pour leur vie privée. Les effets de la coercition sur le mécanisme du vote ont été soulignés de façon incessante par les politiciens, les sociologues, les politologues et tout particulièrement par les mathématiciens. Certains aspects paradoxaux de cette coercition ont été particulièrement accentués par les critiques de ces méthodes classiques de représentation, comme ledit système d'un élu unique par

circonscription qui est toujours en vigueur dans les pays anglophones. Je souhaite attirer votre attention sur le point que ces critiques sont principalement fondées sur le fait présumé qu'un système n'est pas en adéquation avec le principe de « représentation », à savoir, comme l'a dit John Stuart Mill, quand les problèmes politiques sont décidés « par une majorité de la majorité qui peut être et qui est souvent une minorité de l'ensemble ».

Laissez-moi citer un passage de l'essai de Mill à ce sujet :

Supposons que, dans un pays gouverné par le suffrage égal et universel, il y ait une élection contestée dans chaque circonscription et que chaque élection soit emportée par une faible majorité. Le parlement ne représente au bout du compte qu'un peu plus de la majorité des gens. Ce parlement légifère et adopte des mesures importantes avec une majorité étroite. Quelle garantie y a-t-il que ces mesures s'accordent avec les souhaits de la majorité de la population ? Près de la moitié des électeurs ayant été blackboulé pendant la campagne électorale n'ont pas eu l'ombre d'une influence sur la décision, et l'ensemble d'entre eux, probablement la majorité d'entre eux, sont hostiles à ces mesures, ayant voté contre ceux qui les ont amenées. Sur les électeurs restants, la moitié ont choisi des représentants qui, supposons, ont voté contre ces mesures. Il est possible, et même probable donc, que l'opinion qui a prévalu ne correspondait qu'à une minorité de la nation.¹⁸

Cet argument n'est pas entièrement convaincant puisque la situation citée par Mill n'est probablement que théorique, mais il y a une certaine vérité dans cet

18. *Ibid.*, p. 147.

argumentaire, et nous connaissons tous les dispositifs qui ont été inventés, comme la représentation proportionnelle, dont il n'existe pas moins de trois cents variantes, afin de rendre les élections plus « représentatives » de la volonté supposée des électeurs. Mais on sait aussi qu'aucun autre système électoral n'évite ces difficultés insurmontables, comme le prouve l'existence de dispositifs tels que les référendums, les lois proposées et votées par l'électorat directement et ainsi de suite, qui ont été introduits non pas pour améliorer la représentation, mais plutôt pour la remplacer par un autre système, fondé sur un principe différent, à savoir le principe de la démocratie directe.

En fait aucun système représentatif fondé sur des élections ne peut fonctionner correctement alors que les élections ont lieu dans l'objectif d'atteindre une décision de groupe par le biais de la loi de la majorité ou d'une autre règle dont l'effet est de contraindre l'individu qui est du côté perdant de l'électorat.

Ainsi les systèmes « représentatifs » tels qu'on les conçoit en général – au sein desquels élection et représentation sont associées – sont incompatibles avec la liberté individuelle, au sens de la liberté de choisir, d'approuver et d'instruire un représentant.

Néanmoins la « représentation » a été retenue à l'heure actuelle comme l'un des traits caractéristiques présumés de notre système politique, en vidant simplement ce mot de sa signification historique et en l'utilisant comme un slogan ou bien comme un mot « persuasif », pour reprendre l'expression des philosophes analytiques anglais contemporains. En fait, le terme « représentation » a toujours en politique une connotation favorable, puisque les gens l'appréhendent comme une sorte de relation entre « *cestui qui*

trust » (celui qui fait confiance) et le commandité, à l'image de ce qui se passe dans la vie privée ou en affaires, et tel que ce qu'Austin supposait qu'il l'était dans le droit constitutionnel de l'Angleterre. Ainsi que l'a montré l'un des chercheurs les plus récents de la vie des partis politiques actuels, Robert T. McKenzie,

beaucoup de ceux qui comprennent bien l'ampleur de la faillite du concept classique de la démocratie continuent d'en faire l'éloge officiel... Il est aussi devenu davantage évident que la théorie classique attribuait à l'électorat un degré tout à fait irréaliste d'initiative. Elle arrivait presque à ignorer complètement l'importance du « leadership » dans le processus politique.¹⁹

Pendant ce temps, un processus de *monocratisation* (pour reprendre le terme de Weber) progresse continuellement au sein des groupes tels que les partis politiques, du moins en Europe, réalisant ainsi la prophétie faite par mon concitoyen Roberto Michels qui, dans son célèbre essai sur le caractère sociologique des partis politiques, publié en 1927 dans l'*American Political Science Review*, a formulé ladite « loi de fer de l'oligarchie » comme étant la principale évolution interne des partis actuels.

Tout ceci affecte le sort non seulement de la démocratie, mais aussi de la liberté individuelle tant que l'individu est impliqué dans ledit processus démocratique et tant que les idées de la démocratie sont compatibles avec la liberté individuelle.

La tendance est d'accepter les choses telles qu'elles sont non seulement parce que les gens ne peuvent pas imaginer quelque chose de mieux, mais également

19. Robert T. McKenzie, *op.cit.*, p. 588.

parce que souvent ils ne sont pas conscients de ce qui se passe réellement. Les gens justifient la « démocratie » actuelle parce qu'elle semble assurer au moins une vaste participation des individus dans le processus de légifération et d'administration de leur pays – une participation qui, aussi approximative soit-elle, est considérée comme ce qui peut se faire de mieux dans ces circonstances. Dans la même veine, R. T. McKenzie écrit : « Il est réaliste d'avancer que l'essence du processus démocratique est qu'il devrait pourvoir à la concurrence libre pour la direction politique. » Il ajoute que « le rôle essentiel de l'électorat n'est pas d'atteindre des décisions sur des problèmes politiques spécifiques, mais de choisir qui, des deux ou de l'ensemble des équipes de dirigeants politiques en compétition prendront les décisions²⁰. » Pourtant c'est peu de chose pour une théorie politique qui utilise toujours des termes comme « démocratie » ou « représentation ». Ce n'est pas grand-chose non plus si nous considérons que la « représentation » est quelque chose d'autre que ce que ces nouvelles théories impliquent, ou du moins qu'elle a été conçue comme quelque chose d'autre, jusqu'à une époque récente, en matière politique, et est toujours conçue comme quelque chose d'autre dans le domaine de la vie privée et du commerce.

Contre les arguments de ceux qui acceptent cette version émasculée du point de vue individualiste et pensent que le « système représentatif » tel qu'il fonctionne aujourd'hui est meilleur que tout autre système permettant aux gens de participer d'une certaine façon à l'élaboration des politiques et particulièrement à l'éla-

20. *Ibid.*, p. 589.

boration du droit en accord avec la liberté de choix individuelle, on peut opposer des objections valables.

On peut dire que les gens prennent part à ces processus uniquement par le biais de décisions de groupe comme, par exemple, celle d'une circonscription ou d'un comité de représentants tel que le parlement. Mais c'est adopter un point de vue strictement *légal*, c'est-à-dire un point de vue fondé sur les réglementations légales actuelles, sans prendre en compte tout ce qui se trouve ou ne se trouve pas derrière ces règles officielles. Ce point de vue légal n'est plus défendable dès lors que l'on découvre que la législation et les constitutions, sur la base desquelles nous devons décider de la légalité de quelque chose, sont elles-mêmes fréquemment ancrées dans quelque chose qui n'est pas du tout « légal ». La Constitution américaine, ce grand succès d'un nombre important de grands hommes d'État à la fin du dix-huitième siècle, est issue d'une action *illégal*e à la Convention de Philadelphie de 1787 des Pères fondateurs, qui n'avaient été investis d'aucun pouvoir de la sorte par les autorités légales dont ils dépendaient, à savoir le Congrès continental. Ce dernier, à son tour, avait aussi des origines *illégal*es, puisqu'il avait été mis en place en réponse à la révolte des colonies américaines contre le pouvoir légal de la Couronne britannique.

L'origine de la Constitution récente de mon pays ne peut guère être considérée comme plus légale que celle des Américains, même si beaucoup de gens dans mon pays ne le savent même pas.

En fait, la Constitution actuelle de l'Italie a été établie par une assemblée constituante dont la création venait d'un décret du 25 juin 1944, émis par un prince héréditaire d'Italie, Humbert, qui avait été nommé

« lieutenant général » du royaume d'Italie, sans aucune limitation de compétence, par son père, le roi Victor Emmanuel III, lors d'un décret royal du 5 juin 1944. Mais ni le lieutenant général du royaume d'Italie, ni le roi lui-même n'avaient le pouvoir légal de changer la Constitution ou de convoquer une assemblée pour le faire. En outre, la promulgation du décret mentionné ci-dessus provenait d'un prétendu « accord de Salerno » qui aurait été conclu, sous l'office des forces alliées, entre le roi Victor Emmanuel III et les « représentants » des partis italiens que personne n'avait choisi par la voie habituelle de l'élection. L'assemblée constituante devait donc être considérée comme *illégal* du point de vue du droit existant du royaume, car l'acte qui était à l'origine de cette assemblée était lui-même illégal, depuis que son auteur, le « lieutenant général », l'avait promulgué *ultra vires*. D'un autre côté, il aurait été très difficile d'éviter des actes « illégaux » dans une situation comme celle-ci. Aucune des institutions prévues par les lois constitutionnelles du royaume n'ont survécu jusqu'à juin 1944. La couronne a changé de caractère après la nomination du lieutenant général ; l'une des branches du Parlement, la chambre des Fasces et des Corporations, avait été supprimée sans avoir été remplacée par une autre, et l'autre branche, le Sénat, n'était pas en mesure de fonctionner à cette époque. Voilà la leçon pour ceux qui parlent de ce qui est *légal* et de ce qui ne l'est pas sur la base de constitutions supposées « légales » et ne se soucient pas de ce qui se cache derrière.

Leslie Stephen a tout à fait bien montré les limites du point de vue légal :

Les avocats sont aptes à parler comme si la législature était omnipotente, puisqu'ils n'ont pas besoin d'aller au-delà de ses décisions. Il s'agit bien sûr de l'omnipotence

au sens où elle peut faire de la loi ce qui lui plaît, étant donné qu'une loi signifie toute règle qui a été élaborée par le législateur. Mais, d'un point de vue scientifique, le pouvoir de légifération est bien sûr strictement limité. Il est limité, c'est-à-dire à la fois à l'intérieur et à l'extérieur : à l'intérieur parce que le législateur est le produit d'une certaine condition sociale et qu'il est déterminé par tout ce qui détermine la société ; et à l'extérieur parce que le pouvoir d'imposer des lois dépend de l'instinct de subordination, qui en lui-même est limité. Si un législateur décidait que tous les bébés aux yeux bleus devraient être tués, la protection des bébés ayant les yeux bleus serait illégale ; mais les législateurs doivent devenir fous avant de passer une loi de ce type, et les sujets doivent être stupides avant de s'y soumettre.²¹

Alors que je suis d'accord avec Leslie Stephen, je me demande d'ailleurs si la stupidité « des sujets » commence seulement à ce niveau et si les « sujets » contemporains ne sont pas capables d'accepter des décisions de ce type dans le futur, si les idéaux de la « représentation » et de la « démocratie » doivent toujours être sérieusement identifiés pour longtemps avec le pouvoir de simplement décider (comme Robert T. McKenzie l'aurait dit) « qui des deux ou de plusieurs des équipes de dirigeants potentiels en compétition devra prendre les décisions » pour toute sorte d'action et de comportement de leurs concitoyens.

Bien sûr, choisir entre des concurrents potentiels est le propre de l'activité d'un individu libre sur le marché. Mais il y a une grande différence. Les concurrents du marché, s'ils veulent garder leur position, sont obligés

21. Leslie Stephen, *The Science of Ethics*, cité par Albert Venn Dicey, *op. cit.*, p. 81.

de travailler pour leurs électeurs (c'est-à-dire pour leurs clients), même quand ils n'en sont pas complètement conscients, tout comme leurs électeurs. Les concurrents politiques, d'un autre côté, ne travaillent pas nécessairement pour leurs électeurs, puisque ces derniers ne peuvent pas vraiment choisir de la même façon les « produits » spécifiques des politiciens. Les producteurs politiques (si je peux employer ce terme) sont à la fois les vendeurs et les acheteurs de leurs produits, dans les deux cas au nom de leurs concitoyens. Ces derniers ne sont pas supposés dire « je ne veux pas de cette loi, je ne veux pas ce décret », puisque, selon la théorie de la représentation, ils ont déjà délégué ce pouvoir de choisir à leurs représentants.

C'est sûr, il s'agit d'un point de vue *légal* qui ne coïncide pas nécessairement avec l'attitude réelle des personnes concernées. Dans mon pays, les citoyens distinguent généralement le point de vue *légal* des autres. J'ai toujours admiré les pays dans lesquels les points de vue légaux coïncident autant que possible avec n'importe quels autres, et je suis convaincu désormais que leurs succès politiques sont principalement dus à cette coïncidence. Je reste convaincu de cela, mais je me demande si cette vertu ne peut pas se transformer en vice dès lors qu'un point de vue légal vient d'une approbation aveugle ou de décisions inappropriées. Un dicton de mon pays peut expliquer pourquoi nos théoriciens politiques, de Machiavel à Pareto, de Mosca à Roberto Michels, se sont très peu intéressés au point de vue *légal*, mais ont toujours essayé d'aller au-delà et de voir ce qui se passait derrière. Je ne pense pas que les germanophones ou les anglophones aient un dicton similaire : *Chi comanda fa la legge*, c'est-à-dire « qui-conque a le pouvoir fait la loi ». Cela résonne comme

une phrase hobbesienne, mais il manque l'emphase hobbesienne sur la *nécessité* d'un pouvoir suprême. Il s'agit plutôt, à moins que je ne me trompe, d'une formule cynique, ou bien, si vous préférez, réaliste. Les Grecs avaient, bien sûr, une doctrine similaire, mais j'ignore s'ils avaient un dicton semblable.

Ne pensez pas, je vous prie, que je recommande un tel cynisme politique. Je souligne simplement les implications scientifiques de cette attitude cynique, si nous pouvons qualifier les doctrines de cyniques. Quiconque a le pouvoir fait la loi. C'est vrai, mais qu'en est-il des gens qui n'ont pas le pouvoir? Le proverbe reste apparemment silencieux sur ce sujet, mais je suppose qu'une vision plutôt critique des limites de la loi comme étant centrées sur le pouvoir politique est la conclusion naturelle à tirer de cette doctrine. C'est probablement la raison pour laquelle mes concitoyens italiens ne connaissent pas leur Constitution écrite par cœur, contrairement à la plupart des Américains. Mes compatriotes sont convaincus, je dirais presque de façon instinctive, que la vie politique ne se limite pas aux lois et aux constitutions écrites. Pas seulement parce qu'elles changent ou peuvent changer assez souvent, mais aussi parce qu'elles ne correspondent pas toujours au *droit coutumier*, comme dirait lord Bacon. J'ose dire qu'il y a une sorte de système cynique de *common law* qui sous-tend le système du droit écrit de mon pays et qui diffère de la *common law* britannique dans la mesure où le premier non seulement n'est pas écrit, mais en plus n'est pas officiellement reconnu.

En outre j'ai tendance à penser que la même chose se passe déjà et se passera peut-être à l'avenir, à plus grande échelle, dans d'autres pays où le point de vue légal et les autres points de vue coïncidaient parfaite-

ment jusqu'à une époque récente. L'approbation aveugle du point de vue légal contemporain conduit à une destruction progressive de la liberté de choix individuelle en matière politique, aussi bien sur le marché que dans la vie privée, car le point de vue légal contemporain signifie substituer toujours plus les décisions de groupe aux choix individuels et d'éliminer progressivement les ajustements spontanés entre l'offre et la demande de biens et de services, mais aussi de toutes sortes de comportement, à cause de procédures rigides et coercitives comme celle de la loi de la majorité.

Pour résumer mes observations sur ce sujet : il y a beaucoup plus de législation, de décisions de groupe, de choix rigides et beaucoup moins de « lois coutumières », de décisions individuelles, de choix libres, au sein de tous les systèmes politiques contemporains qu'il n'en faudrait pour préserver la liberté de choix individuelle.

Je ne dis pas que nous devons totalement éliminer la législation et laisser complètement de côté les décisions de groupe et les lois de la majorité pour retrouver la liberté de choix individuelle dans tous les domaines où nous l'avons perdu. Je suis entièrement d'accord pour dire que dans certains cas les questions posées concernent tout le monde et ne peuvent pas être réglées par la voie d'ajustements spontanés et de choix individuels compatibles les uns avec les autres. Rien dans l'histoire ne prouve que, si on éliminait complètement la législation, les décisions de groupe et la coercition des choix individuels, il en résulterait une situation anarchique.

Mais je suis convaincu que plus nous réduisons la place prépondérante qu'occupent en politique et en droit les décisions de groupe et tout l'attirail qui va avec, les élections, la législation, etc., plus nous par-

viendrons à mettre en place une situation similaire à celle du langage, de la loi commune, du libre marché, de la mode, des coutumes, etc., où tous les choix individuels s'ajustent d'eux-mêmes les uns avec les autres et où aucun choix individuel n'est laissé de côté. Je dirais qu'aujourd'hui on surestime l'étendue des domaines où les décisions de groupe sont jugées indispensables et que l'on circonscrit l'étendue de ceux où l'on considère nécessaires ou souhaitables les ajustements individuels spontanés, plus qu'il ne faut si on veut préserver le sens traditionnel de la plupart des grands idéaux occidentaux.

Je propose que la carte des domaines mentionnés ci-dessus soit revue, puisque les territoires et les mers semblent maintenant être indiqués à des endroits de cette carte où rien n'était indiqué sur les anciennes cartes classiques. Je soupçonne aussi – si je puis me permettre de poursuivre avec cette même métaphore – qu'il y a sur les cartes actuelles des indications et des signes qui ne correspondent en fait à aucun nouveau territoire découvert et que, par ailleurs, d'autres territoires ne doivent pas être placés, par des géographes imprécis du monde politique, là où ils ont été situés. En fait, certaines des indications qui apparaissent sur la carte politique actuelle sont seulement des petits points avec rien de réel derrière, et notre attitude à leur égard est semblable à celle des navigateurs qui confondent une île sur leur carte avec la tache qu'une mouche a laissée quelques jours auparavant, et qui continuent à chercher dans l'océan cette prétendue « île ».

En redessinant ces cartes des domaines occupés respectivement par les décisions de groupe et par les décisions individuelles, nous devons prendre en compte le fait que les premières comprennent des déci-

sions du type « tout ou rien », comme dirait le professeur Buchanan, alors que les secondes expriment des décisions distinctes qui sont compatibles – voire complémentaires – avec les décisions des autres.

La règle d'or de cette réforme, si je ne m'abuse, doit être que toutes les décisions individuelles que l'on peut démontrer comme compatibles les unes avec les autres doivent être substituées aux décisions de groupe correspondantes, et ce pour tout ce qui concerne les alternatives dont on a présumé à tort qu'elles étaient incompatibles. Je serais stupide, par exemple, de soumettre les individus à une décision de groupe sur des questions du type « est-il souhaitable qu'ils aillent au cinéma ou qu'ils aillent se promener ? », dans la mesure où il n'y a pas d'incompatibilité entre ces deux choix de comportement individuel.

Les partisans des décisions de groupe (par exemple de la législation) ont toujours tendance à penser que dans tel ou tel cas les choix individuels sont incompatibles, que les problèmes en question sont nécessairement du type « tout ou rien », et que la seule façon de faire un choix final est d'adopter une procédure coercitive, comme la loi de la majorité. Ce sont les chantages de la démocratie. Mais nous devons toujours nous rappeler que, à chaque fois que la loi de la majorité est substituée – alors que ce n'est pas nécessaire – au choix individuel, la démocratie est en conflit avec la liberté individuelle. C'est cette forme particulière de démocratie que l'on doit limiter à son strict minimum afin d'établir une compatibilité entre le maximum de démocratie possible et la liberté individuelle.

Bien sûr, lors de l'élaboration de la réforme que je propose il faudrait éviter tout malentendu. La liberté ne pourrait pas être conçue indifféremment comme le

fait d'être « libéré du besoin » ou d'être « libéré des hommes », tout comme la contrainte ne doit pas être comprise comme la « contrainte » exercée par des gens qui n'ont absolument rien fait pour contraindre quelqu'un d'autre.

L'évaluation des diverses formes de comportement et de décisions qui permettent de définir le domaine auquel ils appartiennent réellement et de les situer dans ce domaine, si elle est effectuée systématiquement, impliquerait évidemment une grande révolution dans le domaine actuel des constitutions et du droit législatif et administratif. Cette révolution consisterait en grande partie à déplacer les règles du domaine du droit écrit à celui du droit non écrit. Au cours de ce processus de déplacement, il faudrait prêter une grande attention au concept de certitude de la loi, comprise comme une certitude à long terme, afin de permettre aux individus de faire des choix libres en tenant compte non seulement du présent mais aussi du futur. Dans ce processus, la justice doit être séparée autant que possible des autres pouvoirs, comme aux temps des Romains et au Moyen Âge, où la *jurisdictio* était séparée autant que possible de l'*imperium*. La justice devrait être destinée à découvrir le droit bien plus qu'à imposer aux parties du conflit ce que le juge veut que soit le droit.

Le processus d'élaboration du droit doit être réformé en en faisant principalement, si pas entièrement, un processus spontané, comme celui d'échanger, de parler ou de garder d'autres relations compatibles et complémentaires des individus avec les autres.

On peut objecter qu'une telle réforme reviendrait à créer un monde utopique. Mais un tel monde n'était certainement pas, tout compte fait, si utopique que cela

dans plusieurs pays et à plusieurs époques de l'histoire, dont certaines n'ont pas encore complètement disparu de la mémoire des générations vivantes. D'un autre côté, il est probablement beaucoup plus utopique de continuer de se référer à un monde où les vieilles idées sont moribondes et où seuls les vieux mots restent, comme des coquilles vides que tout le monde remplit avec son interprétation favorite, en dépit du résultat final.

VII

LIBERTÉ ET VOLONTÉ GÉNÉRALE

Pour un observateur superficiel, ma suggestion de redessiner la carte des espaces occupés respectivement par les choix individuels et les décisions collectives peut davantage ressembler à une attaque audacieuse au système actuel, qui insiste particulièrement sur les groupes de décision et les décisions de groupe, qu'à un plaidoyer en faveur d'un autre système encourageant les décisions individuelles.

En politique, il semble y avoir beaucoup de domaines à propos desquels un accord ne peut pas être unanime, du moins en premier lieu. De ce fait les décisions de groupe et le cortège de procédures coercitives qui les accompagnent, telles que la loi de la majorité, semblent inéluctables. Cette remarque s'applique certainement aux systèmes actuels. Cependant une évaluation exhaustive des questions devant être décidées par des groupes, mise en corrélation avec les procédures coercitives les accompagnant, permet d'infirmer la remarque précédente.

Les groupes de décision nous font souvent penser à ces bandes de voleurs à propos desquelles l'éminent

penseur américain Lawrence Lowell remarquait qu'elles ne constituaient pas « une majorité » quand, après avoir guetté un voyageur dans un endroit isolé, elles lui dérobent son portefeuille. Selon Lowell, une poignée de personnes ne peut pas être qualifiée de « majorité » face à un homme seul qu'elles dépouillent. De même ce dernier ne constitue pas une « minorité ». Il existe bien sûr des protections constitutionnelles et une législation criminelle aux États-Unis, comme dans d'autres pays, visant à empêcher la formation de ce type de « majorités ». Malheureusement, de nombreuses majorités de notre époque ressemblent souvent à la « majorité » décrite par Lawrence Lowell. Dans de nombreux pays, il s'agit de majorités *légal*es, constituées en accord avec la loi écrite et les constitutions, ou des interprétations extensives des constitutions en vigueur dans le pays. Dès lors si on considère une majorité de soi-disant « représentants du peuple » initiant une décision de groupe telle que l'actuel *Landlord and Tenant Acts* en Angleterre (ou d'autres lois comparables en Italie ou ailleurs) visant à forcer les propriétaires à garder dans leurs habitations des locataires pour un loyer faible, et ce contre leur gré et en dépit des accords conclus au préalable et alors même que les locataires pourraient facilement payer dans la plupart des cas un loyer au prix du marché, je ne peux pas voir en quelle manière on pourrait la distinguer de la « majorité » décrite par Lawrence Lowell. Je ne vois qu'une seule différence : la première est autorisée par le droit écrit et l'autre pas.

De fait ces deux majorités partagent une caractéristique commune, à savoir la contrainte exercée par un nombre un peu plus important de personnes sur d'autres un peu moins nombreuses, les premières

imposant aux secondes des préjudices qu'elles n'auraient jamais subis si elles avaient pu exercer librement leurs choix et établir leurs contrats librement sur le marché avec le premier groupe. Il n'y a aucune raison de penser que les individus appartenant à ces majorités ressentiraient autre chose que leurs victimes présentes s'ils faisaient partie de la minorité qu'ils se sont accordés à contraindre. Ainsi la maxime de l'Évangile, qui remonte au moins aussi loin que la philosophie confucéenne, et qui constitue probablement l'une des règles les plus concises de la philosophie de la liberté individuelle – « Ne fais pas aux autres ce que tu ne veux pas que les autres te fassent » – est remplacée, du fait de toutes les majorités lowelliennes, par celle-ci : « Fais aux autres ce que tu ne veux pas que les autres te fassent. » À cet égard Schumpeter avait raison lorsqu'il disait que « la volonté générale » dans les communautés politiques modernes est un trompe-l'œil. Nous ne pouvons que partager son opinion si l'on considère les exemples de décisions de groupe que j'ai mentionnées précédemment. Les membres appartenant au groupe des vainqueurs prétendent qu'ils agissent dans l'intérêt général et selon la « volonté générale ».

Mais, dès lors que des décisions ont pour conséquence de contraindre des minorités à perdre de l'argent ou à garder des personnes à leur domicile contre leur volonté, il n'y aura pas d'unanimité au sein d'un groupe. C'est précisément cette absence d'unanimité qui, aux yeux de nombreuses personnes, justifie les groupes de décision et les procédures coercitives. Cela ne constitue cependant pas une objection sérieuse à la réforme que je propose. Si nous considérons que l'un des objectifs principaux d'une telle réforme serait de restaurer la liberté individuelle, c'est-à-dire le fait

d'être libéré de la contrainte des autres, aucune place ne saurait être accordée à ce type de décisions dans notre système puisqu'elles impliquent l'exercice de la contrainte d'un groupe sur un autre, en minorité numérique relative. Ce genre de décisions n'exprime en aucun cas la « volonté générale », à moins d'identifier cette dernière à la volonté des majorités, au détriment de la liberté des membres des groupes minoritaires.

Par ailleurs la « volonté générale » a une signification bien plus pertinente que celle adoptée par les partisans des décisions de groupe. Il s'agit de *la volonté qui résulte de la collaboration de tous les individus impliqués, sans avoir recours ni à des décisions de groupe ni à des groupes de décision*. Cette forme de volonté commune crée et maintient en vie du vocabulaire du langage courant aussi bien que des contrats et des engagements conclus entre diverses parties, et ce sans avoir besoin de recourir à la coercition pour gérer les relations entre individus. Elle encourage les artistes populaires, les écrivains, les acteurs ou les lutteurs, et elle crée et fait vivre les modes, les règles de courtoisie, les règles morales, etc. Cette volonté est commune au sens où tous les individus qui participent en la manifestant ou en l'exerçant au sein de la communauté sont libres de le faire, au même titre que ceux qui, éventuellement en désaccord, sont également libres de ne pas participer, sans pour autant être forcés par les premiers d'accepter leurs décisions. Dans un tel système, tous les membres de la communauté s'accordent sur le principe que les sentiments, les actions, les formes de comportement, etc., des individus appartenant à la communauté sont parfaitement admissibles et tolérés sans que cela ne dérange personne, et ce quel que soit le nombre d'individus qui adoptent tel ou tel comportement.

Il est vrai qu'il s'agit plus d'un modèle théorique de la « volonté générale » que de la description d'une situation ayant historiquement existé. Mais l'histoire nous donne des exemples de sociétés où l'on peut dire que la « volonté commune », au sens que j'ai décrit, a existé. Même aujourd'hui et même dans les pays où les méthodes coercitives sont largement répandues, il existe encore un nombre important de situations où une véritable volonté commune surgit dont personne ne contesterait sérieusement l'existence ni n'exprimerait le désir d'un état des choses différent.

Voyons à présent si nous pouvons imaginer une « volonté commune » qui se reflète non seulement dans un langage ou un droit commun, dans des modes, des goûts communs, etc., mais aussi dans les décisions de groupe, avec tout leur attirail de procédures coercitives.

Nous sommes obligés de conclure qu'aucune décision de groupe, à moins d'être prise à l'unanimité, n'est l'expression d'une volonté commune à tous les individus participant à cette décision à un instant donné. Cependant, dans certains cas, des décisions sont prises contre des minorités, comme par exemple lorsqu'un jury condamne un voleur ou un meurtrier, qui n'hésiteraient pas à leur tour à prendre ou à encourager la même décision s'ils avaient été victimes du même préjudice. On a observé constamment depuis l'époque de Platon que même les pirates et les voleurs doivent accepter de facto une loi *commune* à tous, sous peine de voir leur bande se désagréger ou s'autodétruire. Si l'on prend en considération ces dernières remarques, on peut donc conclure que certaines décisions, bien que n'exprimant pas la volonté de chacun des membres du groupe à tout instant, peuvent être considérées comme « communes » au groupe, dans la mesure où chacun de

ses membres les accepte dans des circonstances comparables. Je pense qu'il s'agit de la clé du mystère pour comprendre certaines réflexions paradoxales de Rousseau, jugées idiotes par ses adversaires ou lecteurs peu avertis. Quand il dit qu'un criminel souhaite sa propre condamnation puisqu'il a accepté auparavant de condamner les criminels et donc lui, le cas échéant, le philosophe français fait une affirmation qui, comprise littéralement, est un non-sens. Il n'est cependant pas insensé de supposer que chaque criminel accepterait et même demanderait la condamnation d'autres criminels dans des circonstances similaires. En ce sens, il existe bien une « volonté commune » à chacun des membres de la communauté de prévenir et éventuellement de punir certains types de comportement reconnus comme criminels au sein de cette dernière. C'est ce qui se passe plus ou moins dans les pays anglophones pour certains types de délits civils, c'est-à-dire des comportements qui, selon une conviction communément partagée, ne sont pas autorisés au sein de la communauté.

Il y a une différence évidente entre l'objet de décisions collectives condamnant certains types de comportement comme criminels ou délictuels et des décisions concernant d'autres formes de comportement comme ceux que l'on impose aux propriétaires dans les lois que j'ai mentionnées ci-dessus. Dans le premier cas, les sentences sont prononcées par le groupe à l'encontre d'un individu ou d'une minorité d'individus, membres du groupe, qui ont commis un vol au sein même du groupe. Dans le second cas, les décisions prises ont pour résultat de spolier purement et simplement d'autres personnes, à savoir les gens appartenant à une minorité du groupe. Dans le premier cas, tout un chacun, y compris chacun des membres de la minorité

condamnée pour vol, approuverait la sentence si elle concernait quelqu'un d'autre, jugé pour un délit semblable. Dans le second cas, au contraire, la décision (par exemple de voler une minorité au sein d'un groupe) ne saurait être approuvée par aucun des membres de la majorité triomphante s'il devait en être lui-même la victime. Mais, dans les deux cas, tous les membres des groupes concernés perçoivent bien, comme nous l'avons vu, que certains comportements sont condamnables. C'est ce qui nous permet de conclure qu'il existe bien des décisions collectives exprimant une « volonté commune » dès lors que l'on peut supposer que l'objet de ces décisions serait approuvé par chacun des membres du groupe dans n'importe quelles circonstances comparables, y compris par la minorité qui en est victime sur le moment. D'un autre côté, on ne peut pas considérer qu'une décision correspond à la « volonté commune » si, dans les mêmes circonstances, n'importe quel membre du groupe ne l'approuverait, y compris les membres de la majorité qui en sont les bénéficiaires du moment.

Ce dernier type de décisions collectives devrait être totalement supprimé de la carte référençant les domaines où les décisions de groupe sont souhaitables ou nécessaires au sein des sociétés contemporaines. Quant aux décisions de groupe décrites en premier lieu, elles devraient être conservées sur cette même carte après une évaluation rigoureuse de leur objectif. Je réalise bien sûr qu'éliminer ce type de décisions de groupe ne saurait être une tâche aisée pour quiconque à l'heure actuelle. La suppression de toutes les décisions de groupe de type lowellien mettrait pourtant fin, pour de bon, à cette sorte de guérilla juridique qui jette les groupes les uns contre les autres dans nos sociétés,

parce que certains essaient perpétuellement de contraindre, pour leur propre bénéfice, les autres membres de la communauté à accepter des actions et des traitements malproductifs. De ce point de vue, la définition de la guerre du théoricien allemand Klaus von Clausewitz, à savoir « un moyen d'obtenir par la force ce que l'on ne peut plus obtenir par la négociation habituelle », s'applique parfaitement à un large pan de la législation contemporaine. C'est cette conception dominante de la loi comme instrument d'objectifs fractionnés qui a inspiré à Bastiat, un siècle auparavant, sa célèbre définition de l'État : « L'État, la grande fiction à travers laquelle tout le monde s'efforce de vivre au dépens de tout le monde. » Nous devons admettre que cette définition est toujours d'actualité.

Un concept agressif de la législation au service d'intérêts fractionnés a corrompu l'idéal d'une société politique comme entité homogène, voire comme société à part entière. Les minorités contraintes de subir les conséquences d'une législation qu'elles n'accepteraient jamais dans d'autres conditions se sentent injustement traitées et n'acceptent leur situation que pour éviter pire ou s'en servent comme excuse pour obtenir des lois qui à leur tour porteront préjudice à d'autres groupes minoritaires. Peut-être ce tableau ne s'applique pas autant aux États-Unis qu'aux autres nations européennes où les idéaux socialistes ont recouvert tant de secteurs d'intérêt fractionnés des majorités temporaires ou de longue durée. Mais il me suffit de citer une loi comme le *Norris-La Guardia Act* pour convaincre mes lecteurs que ce que je dis s'applique aussi aux États-Unis. Pourtant là les privilèges légaux en faveur de groupes particuliers sont généralement payés non par un autre groupe, comme c'est le cas dans les pays

européens, mais par tous les citoyens en qualité de contribuables.

Heureusement pour tous les gens qui espèrent que ma réforme se produira un jour, les décisions de groupe dans notre société ne sont pas toutes vexatoires ni toutes les majorités du type lowellien.

Les décisions de groupe figurant sur les cartes politiques actuelles couvrent aussi des domaines qu'il serait plus approprié de placer sur la carte des décisions individuelles. La législation contemporaine empiète sur ces domaines dès lors qu'elle se limite à incarner ce qui est habituellement tenu comme un droit ou un devoir par les habitants d'un pays. Je soupçonne bon nombre de ceux qui invoquent les lois écrites contre les pouvoirs arbitraires d'individus, que ce soient des tyrans, des fonctionnaires d'État ou même des majorités transitoires comme celles qui ont prévalu à Athènes pendant la seconde moitié du cinquième siècle avant Jésus-Christ, de concevoir la loi, plus ou moins consciemment, comme l'incarnation des règles non écrites que les habitants ont déjà adoptées dans une société donnée. En fait de nombreuses réglementations écrites pouvaient et peuvent encore être considérées comme des épitomés des règles non écrites, du moins par leur contenu si ce n'est par l'objectif des législateurs en question. Le *Corpus Juris* justinien est un cas classique. Ceci est vrai en dépit du fait que, selon l'intention explicite de cet empereur, qui (ne l'oublions pas) appartenait à un pays et à un peuple qui avaient tendance à identifier la loi du pays à son droit écrit, la totalité du *Corpus Juris* devait être adoptée par ses sujets comme un statut édicté par l'empereur lui-même.

Cela dit, le rapport étroit entre l'idéal du *Corpus Juris* comme loi écrite et comme l'expression d'un droit cou-

tumier non écrit qu'il incarnait est parfaitement mis en évidence par le contenu même du *Corpus*. De fait la partie centrale et celle qui a le plus longtemps perduré, surnommée *Pandectae* ou *Digesta*, se composait entièrement de citations d'anciens juristes romains relatives au droit coutumier. Leurs travaux avaient été rassemblés et sélectionnés par Justinien (qui incidemment peut-être considéré comme l'éditeur du *Reader's Digest* le plus célèbre de tous les temps) afin d'être présentés à ses sujets comme une expression particulière de son opinion personnelle. Il est vrai que, d'après les experts modernes, la compilation, sélection et digestion de Justinien a dû être habile, au moins dans certains cas où l'on peut légitimement remettre en cause l'authenticité de certains textes ou leur attribution prétendue à d'anciens juristes romains comme Paulus ou Ulpian. La communauté intellectuelle n'a cependant aucun doute quant à l'authenticité de la sélection dans son ensemble. Le débat sur l'authenticité de certains passages de la sélection a par ailleurs perdu de son acuité ces derniers temps parmi les savants.

La sélection justinienne a été à son tour l'objet du même processus de la part des juristes continentaux au Moyen Âge et à l'époque moderne, avant les codes et les constitutions écrites de la période contemporaine. Pour les juristes continentaux de cette époque, il était moins question de « sélectionner » à la façon de Justinien que « d'interpréter », c'est-à-dire d'élargir la signification des textes de Justinien dès lors qu'il fallait satisfaire de nouvelles exigences, tout en conservant l'ensemble du corpus valide, jusqu'à récemment, comme la législation applicable au pays, et ce dans la plupart des pays de l'Europe continentale. Ainsi, alors que le vieil empereur avait transformé le droit coutu-

mier établi par les juristes romains en loi écrite, formellement décrétée par lui-même, les juristes médiévaux et modernes de l'Europe continentale, avant l'établissement des codes actuels, ont transformé à leur tour l'ancienne loi établie par Justinien en une nouvelle loi décidée par les juristes, dans un *Juristenrecht*, comme l'appelaient les Allemands, c'est-à-dire approximativement une version révisée du *Corpus* de Justinien et par conséquent de la loi romaine.

À sa grande surprise, un de mes collègues italiens a découvert il y a quelques années que le *Corpus* justinien était encore littéralement valable dans certains pays, comme par exemple en Afrique du Sud. Une de ses clientes, une femme résidant en Italie et ayant des propriétés en Afrique du Sud, l'avait chargé d'administrer ses biens, tâche dont il s'acquitta avec scrupule. Plus tard, son correspondant en Afrique du Sud lui demanda de lui envoyer une déclaration signée par cette dame par laquelle elle renonçait à utiliser dans le futur le privilège conféré aux femmes par le *Senatus Consultum Velleianum*. Il s'agit d'une clause décrétée par le Sénat romain dix-neuf siècles auparavant autorisant les femmes à revenir sur leur parole et à refuser de tenir certains engagements passés avec d'autres individus. Ces sages sénateurs romains étaient conscients que les femmes ont tendance à changer d'opinion et que par conséquent il aurait été injuste d'attendre de leur part la même constance que l'on exigeait des hommes sous le régime légal du pays. Le résultat de cette clause sénatoriale fut légèrement différent de l'effet initial visé. Les gens manifestèrent dès lors peu d'enthousiasme à établir des relations contractuelles avec des femmes après que le *Senatus Consultum* fut décrété. Pour régler ce problème, on accordait aux

femmes la possibilité de renoncer au privilège conféré par le *Senatus Consultum* avant de signer certains contrats, comme la vente d'une terre. Mon collègue envoya le renoncement de sa cliente à invoquer le *Senatus Consultum Velleianum*, signé de la main de cette dame, et la vente put être réalisée à temps.

Quand cette histoire me fut racontée, je considérais avec amusement que certaines personnes pensent qu'il suffit de nouvelles lois pour nous rendre heureux. Au contraire, l'histoire fournit de nombreux exemples qui permettent de conclure que même la législation, après plusieurs siècles et générations, dans de nombreux cas a été bien plus le résultat d'un processus spontané que d'une volonté arbitraire ou d'une décision majoritaire imposée par un groupe de législateurs.

Le mot allemand *Rechtsfindung*, c'est-à-dire l'opération de *trouver* la loi, semble bien incarner l'idée centrale du *Juristenrecht* et l'activité des juristes de l'Europe continentale dans son ensemble. La loi n'était pas conçue comme quelque chose de *promulgué*, mais comme quelque chose d'*existant* qu'il fallait trouver, *découvrir*. Cette découverte ne devait pas être réalisée directement en établissant la signification des engagements humains ou des sentiments humains en relation avec les droits et les devoirs, mais avant tout (du moins en apparence) en déterminant le sens d'un texte vieux de deux mille ans, comme le *Corpus* justinien.

L'idée me semble intéressante dans la mesure où cela nous offre la preuve *qu'une loi écrite ne signifie pas nécessairement en elle-même législation, c'est-à-dire loi promulguée*. Le *Corpus Juris* justinien ne constituait plus une législation en Europe continentale, du moins si l'on s'attache au sens technique du mot législation, c'est-à-dire une loi promulguée par l'autorité législative des

pays d'Europe. (Cette remarque pourrait plaire à ceux qui chérissent l'idéal de la certitude de la loi comme texte précisément formulé, sans sacrifier à l'idéal de la certitude de la loi comprise comme moyen de réaliser des plans sur le long terme.)

Les codes de l'Europe continentale fournissent un autre exemple d'un phénomène très rarement observé aujourd'hui : à savoir le lien étroit existant entre l'idéal d'une loi formellement promulguée et l'idéal d'une loi dont le contenu est de fait indépendant de la législation. Ces codes peuvent être considérés, à leur tour, principalement, comme des épitomés du *Corpus Juris* justinien et comme des interprétations de ce dernier, interprétations que cette compilation a connues de la part des juristes européens pendant plusieurs siècles au Moyen Âge et à l'époque moderne avant la promulgation des ces codes.

Dans une certaine mesure, on pourrait comparer ces codes d'Europe continentale aux déclarations officielles prononcées par les autorités, comme ce fut par exemple le cas des *municipia* à l'époque romaine, qui devaient certifier la pureté et le poids des métaux précieux utilisés par les particuliers frappant monnaie. La législation actuelle peut être comparée quant à elle à l'intervention de tous les gouvernements contemporains dans la détermination de la valeur de leurs billets à cours légal inconvertibles. (Incidemment, la monnaie à cours forcé en elle-même est un exemple frappant de législation au sens contemporain du terme, c'est-à-dire d'une décision de groupe ayant pour résultat le sacrifice d'une partie des membres du groupe au profit d'une autre partie, chose qui n'aurait jamais eu lieu si les premiers avaient pu choisir librement quelle monnaie accepter et quelle monnaie refuser.)

Les codes de l'Europe continentale, comme le code Napoléon ou le code autrichien de 1811 ou bien le code allemand de 1900, furent l'aboutissement des critiques variées dont la compilation justinienne, déjà transformée en *Juristenrecht*, avait fait l'objet. Le désir de certitude de la loi, au sens d'une précision verbale, présida à la rédaction de ces codes. Les *Pandactae* parurent être un système plutôt lâche de règles, dont de nombreuses pourraient être considérées comme l'expression de cas particuliers relevant d'une règle plus générale, que les juristes romains n'avaient jamais pris la peine de formuler. En effet, ces derniers avaient délibérément omis ce type de formulations pour éviter de se retrouver prisonniers de leurs propres règles dès lors qu'ils devaient traiter de cas sans précédent. Il existait en effet une contradiction dans le corpus justinien. L'empereur avait essayé de transformer en système *clos* et prévisible ce que les juristes romains avaient toujours considéré comme un système *ouvert* et spontané, mais il essaya de parvenir à ses fins en utilisant le travail de ces mêmes juristes. Ainsi le système justinien s'avéra trop ouvert pour un système clos, tandis que le *Juristenrecht*, procédant pas à pas, augmenta plutôt qu'il ne réduisit la contradiction initiale du système justinien.

La codification fut une avancée considérable vers la conception justinienne de la loi comme système clos devant être établi par un comité d'experts sous la direction d'autorités politiques, mais cela impliquait également que la préparation de la loi devait s'attacher plus à la forme qu'au contenu.

Ainsi un éminent professeur allemand, Eugen Ehrlich, écrivit que « la modification de la loi opérée par le code allemand de 1900 ou les codes antérieurs de l'Europe

continentale était plus apparente que concrète¹ ». Le *Juristenrecht* survécut de façon presque inaltérée dans les nouveaux codes, bien que sous une forme abrégée. Son interprétation impliquait toujours une vaste connaissance de la jurisprudence passée du continent européen.

Malheureusement le nouvel idéal de donner une forme législative à un contenu non écrit s'avéra, au fil du temps, contradictoire dans les termes. La loi non écrite change en permanence bien que lentement et subrepticement. Il est aussi difficile de la transformer en un système clos qu'il ne l'est pour le langage ordinaire, et ce malgré les tentatives faites par des professeurs de plusieurs pays, tels que les créateurs de l'esperanto ou d'autres langues fabriquées. Cela dit, la solution adoptée pour pallier cet inconvénient se révéla inefficace. De nouvelles lois écrites devaient être promulguées pour modifier les codes, et progressivement le système clos des codes fut encadré et pollué par un nombre extraordinaire de nouvelles règles écrites. Cette accumulation est d'ailleurs l'une des caractéristiques majeures des systèmes actuels légaux en Europe. Quoi qu'il en soit, les codes sont toujours considérés comme le cœur de la loi, en Europe continentale, et, dans la mesure où le contenu original a été préservé, on peut reconnaître en eux le lien entre l'idéal de la loi promulguée et le contenu de cette dernière remontant à la loi non écrite, lien initié par le *Corpus* de Justinien.

Si l'on considère par ailleurs ce qui s'est passé dans les pays anglophones à des époques assez récentes, on

1. Eugen Ehrlich, *Juristische Logik*, Tübingen, Mohr, 1918, p. 166.

peut facilement trouver des exemples illustrant le même processus. Plusieurs actes promulgués par le Parlement sont plus ou moins des épitomés des *rationes decidendi* élaborées par les cours de justice, selon un long processus couvrant toute l'histoire du droit coutumier.

Les lecteurs familiers de l'histoire de la *common law* anglais ne verront pas d'inconvénient à se voir rafraîchir la mémoire sur le fait par exemple que l'*Infant Act Relief* de 1874 n'a fait que renforcer la règle de droit commun voulant que les contrats réalisés par des enfants mineurs puissent être annulés à l'initiative de ces derniers. Pour prendre un autre exemple, le *Sale of Goods Act* de 1893 donna une forme législative à la règle de droit coutumier signifiant que, lorsque des marchandises sont vendues aux enchères, et en l'absence d'avis contraire, l'enchère la plus haute a valeur d'offre d'achat et que le coup de marteau constitue l'acceptation de l'offre. À leur tour, plusieurs autres décrets tels que le *Statute of Frauds* de 1677 ou le *Law of Property Act* de 1925 ont donné une forme législative à d'autres règles de *common law*, telle que la règle stipulant que certains types de contrats n'avaient pas de valeur légale sans l'existence de preuve écrite. De même le *Companies Act* de 1948 qui oblige les promoteurs d'entreprise à mentionner certaines informations bien spécifiques dans leur brochure de présentation constitue l'application d'un cas particulier de la jurisprudence établie par les tribunaux relative à la mauvaise interprétation des contrats. Il serait superflu d'allonger la liste des exemples possibles.

Finalement, comme Dicey l'a déjà souligné, de nombreuses constitutions et déclarations de droits actuels peuvent être considérées à leur tour non pas comme des créations *ex nihilo* de la part des Solons contempo-

rains, mais comme des épitomés plus ou moins habiles d'un ensemble de *rationes decidendi* que les tribunaux de justice anglais ont découvertes et appliquées progressivement dans leurs décisions relatives aux droits des individus.

Le fait que les codes et les constitutions, bien que se présentant au dix-neuvième siècle sous forme de loi promulguée, reflètent en réalité, dans leur contenu, un processus d'élaboration de la loi reposant principalement sur le comportement spontané des individus au fil des siècles et des générations pourrait et peut amener les penseurs libéraux à considérer la loi écrite (conçue comme un ensemble de règles générales précisément formulées) comme un outil indispensable pour protéger la liberté individuelle aujourd'hui.

De fait les règles exprimées dans les codes et constitutions écrites pourraient sembler être les meilleurs exemples des principes libéraux dans la mesure où ils reflètent un long processus historique dont le résultat n'est pas, dans son essence, une loi décidée par un législateur mais une loi élaborée par la jurisprudence. On pourrait la décrire comme la loi « de monsieur Tout-le-monde » du même type que celle que Caton le Censeur avait reconnue comme l'un des piliers majeurs de la grandeur du système romain.

Cependant le fait que les règles édictées, bien que généralement formulées avec un vocabulaire précis, théoriquement impartiales et dans une certaine mesure « certaines », pourraient avoir un contenu totalement incompatible avec la liberté individuelle a été négligé par les partisans des codes, mais surtout des constitutions écrites sur le continent européen. Ils étaient convaincus que le *Rechtsstaat* ou l'état de droit correspondaient parfaitement à la « *rule of law* » anglaise et

lui étaient supérieurs grâce à sa formulation plus claire, plus intelligible et plus sûre. Cependant, quand le *Rechtsstaat* fut corrompu, cette certitude se révéla vite être un mirage.

À notre époque, des partis subversifs en tout genre ont facilement réussi à faire croire qu'ils respectaient toujours l'idée originelle du *Rechtsstaat* et son souci de « généralité », « d'égalité » et de « certitude » de règles écrites approuvées par les « représentants » du peuple selon la loi de la majorité, et ce tout en essayant de modifier le contenu à la fois des codes et des constitutions. L'idée prévalant au dix-neuvième siècle selon laquelle le *Juristenrecht* de l'Europe continentale avait été rétabli avec succès et même reformulé plus clairement dans les codes (et que par ailleurs les principes sous-jacents à la constitution jurisprudentielle anglo-saxonne avaient été transférés avec bonheur dans des constitutions écrites promulguées par des instances législatives) ouvrait la voie à une nouvelle conception émasculée du *Rechtsstaat* – un état de loi au sein duquel toutes les règles devaient être promulguées par une assemblée législative. Le fait que, dans les codes et constitutions du dix-neuvième siècle, l'instance législative se bornait principalement à énoncer une loi qui n'avait pas été édictée fut progressivement oublié et considéré comme accessoire comparé au fait que ces codes et constitutions avaient été promulgués par des assemblées législatives dont les membres étaient des « représentants » du peuple.

Un autre mouvement se dessina en parallèle, également mis en exergue par le professeur Ehrlich. Le *Juristenrecht* introduit dans ces codes avait certes été abrégé, mais sous une forme qui restait facilement compréhensible aux juristes contemporains en référence à

un contexte juridique avec lequel ils étaient parfaitement familiers avant la promulgation des codes². Cependant les juristes de la deuxième génération n'avaient plus cette compréhension. Ils prirent l'habitude de se référer bien plus au code lui-même qu'à son contexte historique. Ainsi, selon Ehrlich, les commentateurs de cette seconde génération de juristes de l'Europe continentale se caractérisaient avant tout par leur banalité et par leur sécheresse, preuve s'il en est que l'activité des juristes ne peut se maintenir à un haut niveau si elle repose uniquement sur une loi écrite sans le *background* d'une longue tradition.

La conséquence la plus significative de cette nouvelle tendance fut que les habitants de l'Europe continentale, et également, dans une certaine mesure, ceux des pays anglophones, s'habituerent à concevoir la globalité de la loi comme loi écrite, comme une simple série de règlements émanant des instances législatives selon la loi de la majorité.

Ainsi la loi dans son ensemble commença à être pensée comme le résultat de décisions collectives plutôt que de choix individuels. Certains chercheurs, comme le professeur Hans Kelsen, allèrent jusqu'à conclure qu'on ne peut parler de comportement juridique ou politique de la part des individus sans se rapporter à un ensemble de règles coercitives à la lecture desquelles on peut qualifier un comportement de « légal » ou non.

Cette conception révolutionnaire de la loi à notre époque aboutit également au fait que le processus d'élaboration de la loi ne fut plus considéré comme une activité principalement théorique relevant des experts,

2. *Ibid.*, p. 167.

comme des juristes ou des avocats, mais comme la simple expression de la volonté de majorités triomphantes au sein des assemblées législatives. Le principe de « représentation » parut assurer, à son tour, un prétendu lien entre ces majorités victorieuses et chaque individu conçu comme un membre de l'électorat. Ainsi la participation des individus à l'élaboration de la loi cessa d'être effective et devint de plus en plus une cérémonie aseptisée se déroulant périodiquement lors des élections générales dans un pays.

Le processus spontané d'élaboration de la loi constaté avant la promulgation des codes et constitutions au dix-neuvième siècle n'est en aucun cas un phénomène unique si on le met en parallèle avec d'autres processus naturels tels que celui de l'évolution du langage courant, ou des échanges économiques quotidiens ou encore des changements de modes. Tous ces processus ont pour trait caractéristique commun de s'accomplir à travers la contribution volontaire d'un nombre considérable d'individus, chacun d'entre eux participant au processus selon sa capacité et son désir de conserver ou même modifier l'état présent des affaires économiques, du langage ou de la mode, etc. Aucune décision collective n'intervient dans ce processus, forçant tel ou tel individu à employer un nouveau mot plutôt qu'un ancien, à porter un costume à la mode plutôt qu'un démodé, ou à préférer un film plutôt qu'une pièce de théâtre. Il est cependant vrai qu'il existe aujourd'hui de nombreux groupes de pression dont la propagande vise à inciter les individus à s'engager dans de nouveaux types de relations économiques, à adopter une nouvelle mode vestimentaire ou encore à utiliser de nouveaux mots ou langages tels que l'esperanto ou le volapuk. Il est indéniable que ces

groupes de pression exercent une influence considérable sur les choix des individus, mais jamais par la contrainte. Amalgamer pression ou propagande à coercition constituerait une erreur comparable à celle que l'on observait en analysant certains malentendus attachés à la signification du mot « contrainte ». Certaines formes de pression sont comparables voire même s'identifient à la contrainte. Cependant elles sont toujours attachées à une forme de contrainte au sens propre du terme, comme par exemple quand les habitants d'un pays ont l'interdiction d'importer des journaux ou des magazines étrangers, ou d'écouter des émissions étrangères ou simplement de quitter leur pays. Dans ces cas-là, la propagande ou la pression exercées à l'intérieur d'un pays sont parfaitement assimilables à la contrainte à proprement parler. Les individus ne peuvent pas écouter les discours de leur choix, ni sélectionner l'information, ni même, parfois, éviter d'entendre les émissions ou de lire les journaux publiés par les dirigeants mêmes du pays.

Une situation analogue émerge dans le domaine économique lorsque des monopoles se créent à l'intérieur d'un pays à l'aide de la législation (c'est-à-dire grâce à des décisions collectives et des contraintes), monopoles dont l'objectif est de limiter ou d'entraver l'importation de marchandises produites par des concurrents étrangers potentiels. Dans ce cas-là également, les individus se retrouvent contraints d'une certaine façon, mais la cause de cette coercition ne trouve pas sa source dans des comportements ou des actions d'individus singuliers dans le processus ordinaire de collaboration spontanée décrit précédemment.

Il existe des cas particuliers comme ceux des dispositifs subliminaux ou des publicités rendues invisibles

par l'utilisation de rayons infrarouges agissant sur nos yeux et donc nos cerveaux, ou encore des campagnes publicitaires envahissantes ou de la propagande que personne ne pourrait s'empêcher de voir ou d'entendre. Ces derniers peuvent être considérés comme contraires aux règles communément acceptées dans les pays civilisés visant à protéger l'individu contre la coercition d'autres individus. Ces cas-là peuvent donc être envisagés comme des exemples de contraintes à éviter en appliquant des règles déjà existantes au nom de la liberté individuelle.

Ainsi la législation s'avère être in fine un dispositif à la fois moins évident et moins courant qu'il n'y paraîtrait si l'on ne s'intéressait pas à d'autres domaines de l'action et du comportement humains. J'irais même jusqu'à dire que la législation, particulièrement jugée à l'aune de la quantité innombrable de choix exercés par les individus dans leur vie quotidienne, semble être une chose exceptionnelle et même opposée à ce qui se passe dans le reste de la société humaine. La différence la plus flagrante entre la législation et les autres processus de l'activité humaine surgit lorsque l'on compare la première à la démarche scientifique. Je dirais même plus qu'il s'agit là d'un des plus grands paradoxes de la civilisation contemporaine : elle a à la fois développé les méthodes scientifiques à un niveau remarquable tout en promouvant des procédures aussi antinomiques à cette dernière que les décisions collectives ou la loi de la majorité.

Aucun résultat véritablement scientifique n'a jamais été atteint grâce à des décisions de groupe ou à la loi de la majorité. Toute l'histoire de la science occidentale moderne met en évidence le fait qu'aucune majorité, aucun despote, aucune contrainte ne résiste aux indivi-

dus sur le long terme dès lors que ces derniers sont capables de prouver de façon définitive que leurs théories scientifiques sont plus valides que d'autres ou que leurs approches résolvent les problèmes et les obstacles de façon plus efficace que d'autres, et ce quels que soient le nombre, l'autorité et le pouvoir des ces « autres ». En réalité, l'histoire de la science moderne, considérée de ce point de vue, offre l'un des exemples les plus convaincants illustrant la faillite des groupes de décision et des décisions collectives s'appuyant sur une procédure de coercition, et plus généralement l'échec de la contrainte exercée sur des individus comme moyen de promouvoir les progrès de la science ou d'obtenir des découvertes scientifiques. Le procès de Galilée, à l'aube de l'ère scientifique, symbolise de ce point de vue toute l'histoire de la science, puisque de nombreux procès se sont déroulés, depuis lors et jusqu'à aujourd'hui, dans différents pays, afin de contraindre des scientifiques à abandonner certaines de leurs thèses. Cependant aucune contrainte d'aucune sorte exercée sur des scientifiques par des despotes bigots ou des majorités ignorantes n'a jamais abouti à démontrer ou réfuter une théorie scientifique.

Au contraire, la recherche scientifique est un exemple évident d'un processus spontané impliquant la collaboration volontaire d'un très grand nombre d'individus, au sein de laquelle chacun participe selon sa volonté et selon ses capacités. Le résultat final de cette coopération n'a jamais été prévu ou planifié par des individus ou des groupes spécifiques. Personne ne pourrait prévoir le résultat d'une telle collaboration sans s'assurer soigneusement de son contenu, chaque année, voire chaque mois et chaque jour de l'histoire de la science.

Que serait-il advenu des pays occidentaux si le progrès scientifique avait été confié à des groupes de décisions et à la loi de la majorité, soumis à des principes tels que celui de la « représentation » des scientifiques compris comme membres d'un électorat, voire même à la « représentation » du peuple au sens large ? Platon décrit une situation comparable dans son dialogue *La politique* quand il oppose la prétendue science du gouvernement, et les sciences en général, aux lois écrites édictées par la majorité au sein des démocraties de la Grèce antique. L'un des personnages du dialogue propose que toutes les normes de la médecine, de la navigation, des mathématiques, de l'agriculture et de toutes les sciences et techniques connues à ce jour soient fixées par des règles écrites (*syngrammata*) promulguées par des instances législatives. Il est clair, ainsi que le conclut le reste des personnages du dialogue, que toutes sciences et techniques viendront alors à mourir sans espoir de renaître, condamnées par une loi qui entraverait toute recherche scientifique. La vie, ajoutent-ils tristement, déjà si difficile, deviendrait tout à fait impossible.

La conclusion finale de ce dialogue platonicien est cependant bien différente. Bien que l'on ne puisse accepter cet état de fait dans le domaine scientifique, il nous faut l'accepter, selon Platon, dans les domaines législatifs et institutionnels. Personne ne saurait être suffisamment habile et impartial pour gouverner ses concitoyens au mépris des lois existantes sans causer plus de tort qu'un système législatif rigide.

Cette conclusion inattendue est comparable à celle des rédacteurs des codes et constitutions du dix-neuvième siècle. Platon et ces rédacteurs opposaient les lois écrites aux actions arbitraires d'un souverain et

affirmaient que les premières étaient préférables aux secondes, dans la mesure où aucun dirigeant ne saurait gouverner avec suffisamment de bon sens pour garantir le bien-être général de son pays.

Je n'ai rien à objecter à cette conclusion *dès lors qu'on en accepte sa prémisse* : c'est-à-dire que les actions arbitraires d'un despote sont la seule alternative aux lois écrites.

Pourtant l'histoire nous fournit de nombreux exemples pour étayer la conclusion que cette alternative n'est ni la seule ni même la plus pertinente pour des personnes qui valorisent la liberté individuelle. Il serait plus conforme au témoignage historique de souligner l'existence d'une autre alternative, à savoir le choix entre, d'une part, des règles arbitraires fixées par des individus ou groupes spécifiques et, d'autre part, la participation spontanée des habitants d'un pays au processus d'élaboration de la loi.

Si l'on considère cette alternative, le choix de la liberté individuelle s'impose comme une évidence, liberté entendue comme la possibilité pour chaque individu d'effectuer ses propres choix sans être contraint par qui que ce soit d'agir contre sa volonté.

Personne n'affectionne les décisions arbitraires des rois, des fonctionnaires ou encore des dictateurs. Cependant la législation n'est pas l'option appropriée face à l'arbitraire, car ce dernier peut et est en fait très souvent exercé par l'intermédiaire des lois écrites que les hommes doivent subir puisque personne ne participe à l'élaboration de la loi, si ce n'est une poignée de législateurs.

Le professeur Hayek, lui-même grand défenseur des lois écrites, générales et positives comme garde-fou contre l'arbitraire, est parfaitement conscient du fait

que le règne de la loi « n'est pas suffisant pour atteindre l'objectif » de protection de la liberté individuelle, et admet que ce dernier « n'est pas en soi une condition suffisante de la liberté individuelle, dans la mesure où il laisse un vaste espace possible à l'intervention possible de l'État³ ».

C'est également la raison pour laquelle les marchés libres et le libre-échange, comme systèmes aussi indépendants de la législation que possible, doivent être considérés non seulement comme le moyen le plus efficace d'obtenir des choix de biens et services libres, *mais aussi comme un modèle pour n'importe quel autre système visant à favoriser les choix individuels libres, y compris ceux relatifs à la loi et aux institutions légales.*

Évidemment les systèmes reposant sur la participation volontaire de chacun des individus concernés ne sont pas la panacée. Il existe des minorités sur le marché, comme dans n'importe quel autre domaine, et leur participation au processus n'est pas forcément satisfaisante, du moins jusqu'à ce qu'ils soient suffisamment nombreux pour donner naissance à des producteurs capables de satisfaire leurs demandes. Si je veux acquérir un livre de collection ou un disque rare dans une petite ville, je devrais peut-être me résigner à y renoncer après plusieurs tentatives, dès lors qu'aucun libraire ou disquaire n'est capable de satisfaire ma demande. Et pourtant les systèmes coercitifs ne sauraient pallier cette défaillance, à moins de penser à ces systèmes utopiques conçus par des réformateurs socialistes et des rêveurs reposant sur la devise : *À chacun selon ses besoins.*

3. Friedrich A. Hayek, *op. cit.*, p. 46.

Le pays de l'Utopie n'a pas encore été découvert. Il serait par conséquent inutile de critiquer un système en l'opposant à d'autres systèmes non existants, qui pourraient peut-être éviter les écueils du premier.

Pour résumer le contenu de ce chapitre : la liberté individuelle est incompatible avec la « volonté générale » dès lors que cette dernière est un artifice pour masquer l'emploi de la contrainte par des majorités de type lowellien sur des minorités qui, à leur tour, n'auraient jamais accepté la situation présente si elles avaient eu la liberté de la rejeter.

En revanche, la liberté individuelle est conciliable à la volonté générale dès lors que son objet est compatible avec le principe fondamental suivant : « Ne fais pas à autrui ce que tu n'aimerais pas que les autres te fassent. » Dans ces cas-là, les décisions de groupe sont compatibles avec la liberté individuelle puisqu'elles corrigent ou condamnent des types de comportement qui seraient réprouvés par l'ensemble des membres du groupe, y compris par ceux qui personnifient ce comportement s'ils devaient eux-mêmes en être les victimes.

De plus la liberté individuelle peut cohabiter avec les groupes de décision et les décisions de groupe dans la mesure où ces derniers reflètent les résultats d'une participation spontanée de tous les membres du groupe dans la formation de la volonté commune, comme par exemple dans un processus d'élaboration de la loi indépendant de la législation. Cependant la liberté individuelle et la législation coexistent toujours de façon précaire du fait de la contradiction potentielle entre l'idéal d'élaboration volontaire de la volonté commune, d'une part, et l'affirmation que cette dernière existe alors qu'elle a été obtenue par une procédure coercitive, comme c'est habituellement le cas avec la législation, d'autre part.

Finalement, la liberté individuelle est parfaitement compatible avec tous les processus qui aboutissent à la formation d'une volonté commune sans pour autant recourir aux groupes de décision ou aux décisions de groupe. Le langage ordinaire, les échanges économiques quotidiens, les coutumes, les modes, les processus naturels d'élaboration de la loi, et par-dessus tout la recherche scientifique sont les exemples les plus communs et les plus convaincants de cette compatibilité, voire même de cette connexion étroite, entre la liberté individuelle et la formation naturelle d'une volonté commune.

À l'opposé de ce mode spontané de détermination de la volonté générale, la législation apparaît comme un moyen moins efficace pour atteindre le même résultat. Cela s'impose comme une évidence quand on prête attention aux nombreux domaines au sein desquels la volonté commune s'est formée spontanément dans les pays occidentaux, hier et aujourd'hui encore.

L'histoire montre bien que la législation ne constitue pas une alternative valable à l'arbitraire, mais qu'elle se range aux côtés des décisions vexatoires des despotes ou des majorités arrogantes allant à l'encontre des processus naturels d'élaboration de la volonté générale au sens que j'ai décrit.

Si l'on se place du point de vue des défenseurs de la liberté individuelle, il ne s'agit donc pas seulement d'être méfiants envers les fonctionnaires et les gouvernants mais aussi vis-à-vis des législateurs. De ce point de vue, on ne peut donc accepter la définition que Montesquieu donne à la liberté, à savoir « le droit de faire tout ce que la loi nous permet ». Et comme le faisait remarquer Benjamin Constant : « Il ne fait aucun

doute qu'il n'y a pas de liberté quand les individus ne peuvent faire ce que la loi leur permet, mais les lois peuvent interdire tellement de choses au point d'en abolir la liberté elle-même⁴ ».

4. Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Bruxelles, Haumann, Cattoir and co., 1851, I, 178.

VIII

ANALYSE DE CERTAINES DIFFICULTÉS

Considérons certaines des objections qui peuvent surgir à l'encontre d'un système au sein duquel les décisions de groupe et les groupes de décision joueraient un rôle beaucoup moins important dans la vie politique qu'on le ne juge généralement nécessaire.

Sans aucun doute, les gouvernements et les corps législatifs actuels ainsi qu'un pourcentage élevé de gens instruits et de la population en général ont pris l'habitude progressivement, au cours des cent dernières années, de considérer l'intervention des autorités dans les activités privées beaucoup plus utiles qu'ils ne l'auraient jugé au cours de la première moitié du dix-neuvième siècle.

Aujourd'hui, si quelqu'un ose suggérer que les gouvernements omnipotents et les corps législatifs paternalistes doivent céder la place à l'initiative privée, on entend toujours les mêmes critiques selon lesquelles « nous ne pouvons pas revenir en arrière », que l'époque du *laissez-faire* est révolue à jamais, etc.

Nous devons prudemment faire la distinction entre ce que les gens croient qu'il est possible de faire et ce

qu'il serait possible de faire pour redonner le maximum de place à la liberté de choix individuelle. Bien sûr, aussi bien en politique que dans bien d'autres domaines, si nous essayons de réaliser nos objectifs en accord avec les principes libéraux, rien ne peut être fait sans le consentement de nos concitoyens, et ce dernier dépend, à son tour, de ce que les gens croient. Mais il est évident qu'il est important de déterminer, dans la mesure du possible, si les gens ont raison ou tort en affirmant une opinion quelle qu'elle soit. L'opinion publique n'est pas tout, même dans une société libérale, bien que l'opinion soit une chose très importante, tout particulièrement dans une société libérale. Cela me rappelle ce que l'un de mes concitoyens a écrit il y a quelques années : « Un imbécile est un imbécile, deux imbéciles sont deux imbéciles, cinq cents imbéciles sont cinq cents imbéciles, mais cinq mille, pour ne pas dire cinq millions d'imbéciles constituent une force historique considérable. » Je ne nie pas la vérité de cette affirmation cynique, mais une force historique peut être endiguée ou modifiée, et très probablement plus c'est le cas et plus les faits viennent contredire ce que les gens croient. Ce qu'Hyppolite Taine a déclaré une fois, à savoir que dix millions d'exemples d'ignorance ne font pas la connaissance, est vrai pour tout type d'ignorance, y compris celle des gens appartenant aux sociétés politiques contemporaines, avec leur arsenal de procédures démocratiques, de lois de la majorité et de corps législatifs et de gouvernements omnipotents.

Le fait que les gens en général croient que l'intervention gouvernementale est appropriée ou même nécessaire, y compris dans des cas où de nombreux économistes jugeraient qu'elle est inutile ou dange-

reuse, ne constitue en aucun cas un obstacle insurmontable pour les partisans d'une société nouvelle. Il n'y a rien non plus de mal si cette nouvelle société ressemble en fin de compte à d'autres sociétés plus anciennes qui fonctionnaient avec succès.

Il est vrai, les doctrines socialistes, avec la condamnation plus ou moins ouverte, que font les gouvernements et les législateurs, de la libération individuelle de la contrainte, se trouvent être toujours plus séduisantes auprès des masses, à l'heure actuelle, que les raisonnements austères des économistes. Dans ces conditions, le cas de la liberté semble sans espoir dans la plupart des pays du monde.

Néanmoins on peut douter que les masses soient réellement les protagonistes du drame contemporain qui se noue autour de l'opinion publique sur la liberté individuelle. Si je dois choisir un camp parmi les partisans des idéaux libéraux de notre époque, je préfère choisir celui du professeur Mises que celui des pessimistes :

L'erreur principale du pessimisme ambiant est de croire que les idées et les politiques destructionnistes de notre époque viennent des prolétariens et constituent une « révolte des masses ». En fait, les masses, justement parce qu'elles ne sont pas créatives et n'élaborent pas leurs propres philosophies, suivent des dirigeants. Les idéologies qui ont provoqué tous les griefs et les catastrophes de notre siècle ne sont pas le fruit de la populace. Il s'agit d'un exploit des pseudo-penseurs et des pseudo-intellectuels. Elles ont été propagées sur les bancs de l'université et par l'enseignement ; elles ont été disséminées par la presse, les romans, les pièces de théâtre, les films et la radio. Les intellectuels sont responsables d'avoir converti les masses au socialisme et à l'interventionnisme. Ce qu'il faut pour inverser la tendance, c'est

changer la mentalité des intellectuels. Les masses suivront ensuite.¹

Je n'irais pas jusqu'à penser, comme le professeur Mises semble le faire, qu'il est si facile que cela de changer la mentalité des soi-disant intellectuels. Le professeur Mises a souligné dans un ouvrage récent, *The Anti-Capitalistic Mentality*, que ce qui a poussé tant de supposés intellectuels à se mettre du côté des ennemis de la liberté individuelle et de la libre entreprise ne vient pas uniquement d'arguments fallacieux ou d'une information insuffisante sur l'ensemble du sujet, mais plutôt d'attitudes émotives, comme par exemple l'envie éprouvée vis-à-vis des hommes d'affaires qui réussissent ou un sentiment d'infériorité par rapport à ces derniers. Si c'est le cas, un raisonnement à froid et une meilleure information ne serviront pas plus à convertir les intellectuels qu'ils ne serviraient à convertir directement les « gens inexpressifs et mentalement inertes » appartenant aux masses qui peuplent la scène politique.

Heureusement, tous les hommes qui n'ont pas reçu d'instruction ne sont pas « inexpressifs » au point d'être incapables de comprendre ou de raisonner correctement par eux-mêmes, en particulier pour tout ce qui a trait à leurs expériences ordinaires de la vie de tous les jours. Dans un nombre de cas évidents, leur expérience ne confirme pas les théories avancées par les ennemis de la liberté individuelle. Dans beaucoup d'autres cas, l'interprétation socialiste est aussi peu valable que d'autres arguments sophistiqués qui ont davantage convaincu les soi-disant intellectuels que les

1. Ludwig von Mises, *Planning for Freedom*, South Holland, Ill., Libertarian Press, 1952, dernier chapitre.

gens non instruits qui apprécient les choses uniquement avec leur bon sens. La tendance suivie par la propagande socialiste actuelle semble le confirmer. La théorie bizarre et compliquée de la-dite « plus-value » n'est plus exposée au public par les tenants du socialisme marxiste, en dépit du fait que Marx a fait de cette théorie le fondement de toutes ses attaques sur la prétendue exploitation des travailleurs par les patrons capitalistes.

En même temps, la philosophie marxiste est toujours présentée aux intellectuels d'aujourd'hui comme une interprétation moderne du monde. On accorde visiblement plus d'importance à présent au contenu prétendument philosophique que politique d'œuvres de certains représentants du communisme comme Vladimir Illitch Lénine.

Par ailleurs, de nombreux enseignements économiques portant sur les bienfaits que toutes sortes de personnes, y compris socialistes, peuvent tirer de la liberté individuelle sont des développements tellement simples d'hypothèses reposant sur le bon sens que leur véracité ne peut pas échapper, en fin de compte, au discernement des gens, en dépit des enseignements des démagogues et de la propagande socialiste en tout genre.

Tous ces éléments nous encouragent à espérer que les gens en général peuvent être convaincus, un jour ou l'autre, d'adopter des principes libéraux (au sens européen du terme) dans plus de domaines et de façon plus cohérente qu'aujourd'hui.

C'est une autre question que de déterminer si les principes libéraux sont toujours fondés sur des raisonnements logiques échafaudés par les représentants de cette science particulière qu'on appelle économie,

d'une part, et par les représentants de cette discipline plus ancienne nommée science politique, d'autre part.

Il s'agit d'une question significative et importante. Le fait que l'on puisse parler d'un système de liberté individuelle, que ce soit en politique ou en économie, dépend de la réponse à cette question.

Laissons de côté le problème des relations entre la science d'une part et les idéaux politiques ou économiques d'autre part. La science ne doit pas être confondue avec l'idéologie, bien que cette dernière puisse consister en un ensemble de choix relatifs à des systèmes politiques et économiques possibles, qui sont inévitablement liés à bien des égards aux résultats de la science économique et politique, conçues comme « neutres » ou encore « sans jugements de valeur », selon la théorie des sciences sociales de Weber. Je pense que la distinction de Weber entre des enseignements « sans jugement de valeur » et des idéologies qui, elles, constituent des ensembles de jugements de valeur reste valide, mais nous n'avons pas besoin de discuter davantage de ce sujet particulier.

Une question me paraît beaucoup plus délicate. Il s'agit de la question méthodologique relative à la validité du raisonnement économique et politique comparé à d'autres types de raisonnements comme, par exemple, ceux des mathématiques ou des sciences naturelles.

Je suis convaincu, à titre personnel, que la principale raison pour laquelle les problèmes politiques et économiques sont si fréquemment une cause de discordes et de conflits est précisément que les théories qui s'y rapportent n'ont pas une validité équivalente au raisonnement et à la démonstration d'autres domaines scientifiques. Je ne suis pas d'accord avec Hobbes pour dire que l'arithmétique serait complètement différente s'il était important pour un pouvoir d'affirmer que deux plus deux

fassent cinq et non quatre. Je doute qu'un pouvoir, quel qu'il soit, puisse transformer l'arithmétique selon ses intérêts et ses désirs. Au contraire : je suis convaincu qu'il est important pour n'importe quel pouvoir de ne pas tenter de transformer l'arithmétique en une espèce de science étrange qui deviendrait semblable à celle de la supposition faite par Hobbes. D'un autre côté, certains pouvoirs peuvent trouver en plus un profit à soutenir telles ou telles autres thèses prétendument scientifiques dès lors, et seulement dans ce cas, qu'il n'existe aucune certitude sur le résultat final ou sur le processus scientifique lui-même.

Dans ce cas-là une nouvelle formulation de ce que nous appelons une démonstration scientifique à notre époque vaudrait la peine. Peut-être que le statut des sciences sociales dans leur ensemble gagnerait à ce que l'on fasse une analyse objective et approfondie dans ce domaine. Mais, en attendant, les choses sont ce qu'elles sont. Les théories tant économiques que politiques sont assorties d'un certain nombre de limites, même si nous les considérons comme des déductions empiriques ou aprioriques.

Les problèmes méthodologiques sont importants en raison du lien qu'ils entretiennent avec la possibilité pour les économistes de déboucher sur des conclusions univoques et d'inciter, par conséquent, les gens à accepter ces dernières comme des prémisses pour les choix qu'ils font, non seulement dans leurs actions de tous les jours relatives à la vie privée et au commerce, mais aussi par rapport aux systèmes politiques et économiques que la communauté doit adopter.

L'économie en tant que science empirique n'en est pas encore arrivée, malheureusement, à énoncer des conclusions irréfutables, et les tentatives faites par des

économistes, si souvent observées de nos jours, pour endosser le rôle de physiciens sont probablement plus nuisibles qu'utiles pour inciter les gens à faire leurs choix en fonction des résultats de cette science².

Certaines recherches méthodologiques récentes concernant l'économie, comme celles présentées par le professeur Milton Friedman dans son brillant *Essays in Positive Economics*, présentent un intérêt tout particulier. Je suis tout à fait d'accord avec le professeur Friedman quand il dit que « l'impossibilité pour l'économie de disposer des données parlantes et directes tirées d'une expérience *décisive* freine la possibilité de tester les hypothèses de manière adéquate » et que cela constitue une importante « difficulté... dans la recherche d'un véritable *consensus* sur les conclusions permises par l'examen des données disponibles ».

Le professeur Friedman souligne à cet égard que cette difficulté « rend lente et difficile l'élimination des hypothèses invalidées » si bien que « celles-ci ne sont jamais éliminées définitivement et ne cessent de resurgir ». Il cite comme très convaincant, « l'exemple le plus évident et le plus important à cet égard pourrait être celui de l'inflation expliquée par l'hypothèse selon laquelle un accroissement substantiel de la quantité de monnaie sur une relativement courte période va de pair avec une hausse substantielle des prix ».

Le professeur Friedman note ici

qu'en ce domaine l'évidence est frappante, et la chaîne de raisonnement requise pour l'interpréter est relativement courte. Néanmoins, malgré les nombreux cas de hausses

2. Peut-être que l'on devrait aussi tenir compte du dommage résultant des physiciens jouant le rôle d'économistes !

substantielles de prix, malgré la correspondance étroite entre ces hausses et des accroissements substantiels de la quantité de monnaie, et ce dans une grande diversité de circonstances connexes, chaque nouvelle phase d'inflation voit réémerger, et pas seulement chez les profanes, des affirmations selon lesquelles l'accroissement de la quantité de monnaie est soit un effet accidentel d'une hausse des prix suscitée par d'autres facteurs, soit un événement dont la coïncidence avec la hausse des prix est purement fortuite et sans impact sur celle-ci³.

En principe, je suis d'accord aussi avec ce que le professeur Friedman affirme dans son analyse du rôle de la preuve empirique dans le travail théorique de l'économie et des sciences sociales, comme de l'ensemble des sciences en général, à savoir que les hypothèses théoriques ne doivent pas être testées sur la base de leur description présumée de la réalité mais sur la base de leur capacité à faire des prévisions suffisamment précises.

Mais je réfute l'assimilation que le professeur Friedman propose entre les hypothèses de la théorie physique et celles de l'économie, en ignorant certaines différences pertinentes et importantes entre les deux.

Friedman prend l'exemple d'une hypothèse du premier type selon laquelle l'accélération d'un corps tombant dans le vide est une constante et est indépendante de la forme du corps, de sa façon de tomber, etc. Tout ceci est exprimé par la fameuse formule : $S = gt^2/2$, où S est la distance parcourue par un corps en chute à n'importe quel temps spécifié, g est la constante indi-

3. Milton Friedman, *Essays in Positive Economics*, Chicago, University of Chicago Press, 1953, p. 11.

quant l'accélération et t correspond au temps exprimé en secondes. Cette hypothèse fonctionne bien pour prédire le mouvement d'un corps dans le vide, en dépit du fait que d'autres facteurs pertinents – comme la pression de l'air, la forme du corps, etc. – sont mis de côté. En ce sens, l'hypothèse est utile non pas parce qu'elle décrit avec précision ce qui se passe réellement quand un corps tombe dans le vide, mais parce qu'elle permet de prédire avec succès ses mouvements⁴.

Par ailleurs, le professeur Friedman (avec le professeur Savage) prend un exemple parallèle impliquant le comportement humain : il s'agit des coups réalisés par un maître de billard, coups que les spectateurs peuvent prédire selon un certain type d'hypothèses.

Selon Friedman et Savage,

il ne semble pas déraisonnable de supposer que *d'excellentes prévisions* pourraient naître de l'hypothèse que ce maître prépare ses coups *comme* s'il connaissait les formules mathématiques complexes donnant les directions optimales de parcours, comme s'il pouvait évaluer précisément et d'un simple coup d'œil les angles, etc. décrivant la position des boules, comme s'il pouvait faire des calculs rapides à l'aide des formules, et comme s'il pouvait ensuite pousser les boules dans la direction indiquée par les formules⁵.

Le professeur Friedman établit de façon assez juste que

notre confiance en cette hypothèse n'est pas fondée sur la croyance qu'un maître du billard, même expert, agit ou peut agir selon le processus décrit ; elle découle plutôt de

4. *Ibid.*, pp. 16-18.

5. *Ibid.*, p. 21.

l'idée que, s'il n'était pas capable de parvenir au résultat permis par ce processus, il ne serait pas un maître du billard⁶.

Le seul problème que pose cette comparaison, à mon avis, c'est que dans le premier cas notre hypothèse nous permettrait de prévoir, disons, la vitesse d'un corps en chute à n'importe quel moment avec une estimation raisonnable, alors que dans le second cas nous ne pouvons rien prévoir, et nous pouvons encore moins faire « d'excellentes prévisions » sur les coups du maître de billard autres que ce seront probablement des « bons coups ». En fait, la simple hypothèse que le joueur de billard se comportera comme s'il connaissait les lois physiques liées au jeu de billard nous en dit très peu sur ces lois et encore moins sur la position des boules après un coup joué par notre expert en billard. En d'autres termes, une prévision du type de celle permise par l'application de l'hypothèse relative à un corps en chute ne nous est pas autorisée.

La façon dont la comparaison est faite me semble impliquer ou suggérer que nous pourrions faire toutes sortes de calculs, quels qu'ils soient, pour prévoir, par exemple, la position future des boules sur la table de billard une fois que le joueur a fait son coup. Mais ce n'est pas le cas. Un de mes amis, Eugenio Frola, professeur de mathématiques à l'université de Turin, et moi-même, après avoir considéré le problème, en sommes arrivés à des conclusions plutôt amusantes.

Pour commencer, n'importe quel joueur de billard peut placer la balle – ou trouver la balle placée – dans un nombre infini de positions initiales, positions défi-

6. *Loc. cit.*

nies par un système de coordonnées cartésien correspondant aux deux marges du plan du billard. Chacune de ces positions est une combinaison de nombres infinis qui peut être présumée par ces deux coordonnées, et le total peut donc être mathématiquement symbolisé par ∞ . En outre, nous devons tenir compte de l'inclinaison et de la direction de la queue au moment où le joueur frappe la boule. Nous sommes encore face à un nombre infini de combinaisons de ces facteurs qui peuvent être symbolisées à leur tour par ∞ . Ensuite, la boule peut être touchée en un nombre infini de points, chacun d'entre eux étant défini par une latitude et une longitude sur la surface de la boule. Nous avons encore un nombre infini de combinaisons qui peut être symbolisé comme précédemment par ∞ . Il faut prendre en compte un autre facteur pour prévoir la position finale des boules : il s'agit de la force de l'impact lorsque la boule est touchée par notre joueur. Nous sommes encore une fois en présence d'un nombre infini de possibilités correspondant à l'impulsion appliquée et symbolisée par ∞ .

Si on réunit tous les facteurs que nous devons prendre en compte pour prédire ce que fera la boule au moment de l'impact, nous obtenons un résultat que l'on peut symboliser par ∞ , ce qui veut dire que les facteurs possibles dont on doit tenir compte sont aussi nombreux que les points d'un *espace en sept dimensions*.

Ce n'est pas tout. Pour chacun des coups nous devons aussi déterminer le mouvement, c'est-à-dire la façon dont la boule va tourner sur le plan de la table de billard, etc., ce qui nécessiterait un système d'équations différentielles non linéaires qui ne sont pas faciles à résoudre. En outre, nous devons tenir compte de la façon dont la boule tapera les bords de la table, quelle

vitesse elle perdra de ce fait, quelle sera la nouvelle rotation de la boule suite à l'impact, etc. Enfin, pour déterminer tous les cas qu'un expert de billard doit considérer avant de frapper la boule pour réussir son coup, nous devons exprimer le résultat final en termes de règles du jeu, de composition physique de la table, et de capacité probable des adversaires du joueur à exploiter la situation qui en résulte.

Cela montre à quel point des hypothèses qui fonctionnent, comme celles qui sont formulées dans le domaine de la physique (comme celle de la loi de la pesanteur), sont différentes des hypothèses relatives à des problèmes qui ne sont apparemment pas très compliqués, comme celles d'un jeu de billard, dont les difficultés échappent à l'attention de la plupart des gens.

Il est plus sûr de dire que notre hypothèse selon laquelle un bon joueur de billard se comportera comme s'il savait résoudre tous les problèmes scientifiques qu'implique son jeu, loin de permettre de faire des prévisions sur le coup à venir de notre joueur, est en fait une métaphore pour exprimer la confiance qu'il effectuera des « bons coups » dans le futur comme il l'a fait dans le passé. Nous nous retrouvons comme le physicien qui – au lieu d'appliquer ses hypothèses relatives à la pesanteur des corps pour prévoir, par exemple, leur vitesse à n'importe quel moment – dirait simplement que le corps tombera comme si ce dernier connaissait les lois relatives à ses mouvements et y obéissait, alors que le physicien lui-même serait incapable de formuler ces lois pour faire des calculs quels qu'ils soient.

Le professeur Friedman déclare que

il suffit de faire un pas supplémentaire pour passer de ces exemples à l'hypothèse économique selon laquelle, sous

des circonstances très diverses, les entreprises se comportent comme si elles cherchaient rationnellement à maximiser leurs recettes (appelées à tort en général « profits ») et connaissaient intégralement les données nécessaires pour y parvenir ; comme si, donc, elles connaissaient les fonctions de coût et de demande concernées, le coût marginal et le revenu marginal de toutes les actions qu'elles peuvent mener, et comme si elles menaient leurs actions jusqu'au point où le coût marginal et le revenu marginal seraient égaux⁷.

Je suis d'accord pour dire qu'il n'y a qu'un pas entre l'exemple précédent et le nouveau, tant que nous les considérons simplement comme des *métaphores* exprimant notre confiance générique en la capacité d'un homme d'affaires compétent à rester sur le marché, comme nous pourrions exprimer notre confiance au fait qu'un joueur de billard gagnera autant de parties dans le futur qu'il en a remporté dans le passé.

Mais il y aurait plus qu'un pas entre l'exemple du joueur de billard et celui d'une entreprise sur le marché si cela impliquait que nous puissions calculer de façon scientifique les résultats de l'activité de cette entreprise à n'importe quel moment donné dans le futur.

Les difficultés d'un tel calcul sont bien plus conséquentes que les problèmes relatifs aux solutions gagnantes d'une partie de billard. L'activité humaine au niveau commercial n'est pas seulement liée à la maximisation des recettes en termes monétaires. Bien d'autres facteurs du comportement humain doivent être pris en compte et ne peuvent pas être ignorés en faveur d'une interprétation numérique de la maximisation. Cela rend

7. *Loc. cit.*

le problème de calculer de tels maxima en économie beaucoup plus compliqué que les problèmes numériques relatifs aux cas gagnants d'une partie de billard. En d'autres termes, alors que la maximisation du succès d'une partie de billard peut être un problème numérique, la maximisation du succès économique n'est pas identifiable à la maximisation des recettes monétaires ; c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un problème numérique. Les problèmes de maximisation en économie ne sont pas du tout mathématiques, et le concept d'un maximum en ce qui concerne le comportement économique n'est pas identique avec le concept d'un maximum tel qu'il est employé en mathématiques. Nous sommes ici confrontés à une confusion sémantique comparable au fait qu'un homme ayant entendu parler de l'existence de la plus jolie fille de la ville ferait, pour la découvrir, un calcul mathématique du maximum de beauté possible des filles de la ville.

Si nous poursuivons notre comparaison entre les problèmes d'un joueur de billard et des problèmes économiques, nous devons prendre en considération une situation (comparable à celle prévalant dans le domaine économique) au sein de laquelle la table de billard elle-même bougerait, les bords se dilateraient et se contracteraient sans aucune régularité, les boules iraient et viendraient, à leur tour, sans attendre les coups du joueur, et surtout où quelqu'un changerait tôt ou tard les règles régissant tous ces processus, comme cela se produit si fréquemment quand les assemblées législatives et les gouvernements interviennent pour changer les règles du « jeu » économique dans un pays donné.

L'économie en tant que science aprioriste ne serait pas moins vouée à l'échec, même si nous pouvions, à

partir de ses seules tautologies, trouver toutes les conclusions nécessaires pour régler les questions vitales aux existences aussi bien des individus que des membres de la communauté politique et économique. À cet égard, je suis entièrement d'accord avec le professeur Friedman quand il dit que « seuls les critères de la logique formelle peuvent montrer si un langage donné est complet et cohérent... mais seules les données factuelles peuvent montrer si les catégories du système de classification analytique ont une contrepartie empirique significative, c'est-à-dire si elles sont utiles pour l'analyse d'un ensemble déterminé de problèmes concrets ». Et je suis d'accord également quand il cite comme exemple l'utilisation des catégories de la demande et de l'offre, dont l'utilité « dépend de la généralisation empirique de l'idée selon laquelle une énumération des facteurs affectant respectivement l'offre et la demande débouchera sur deux listes qui auront peu d'éléments en commun ». Mais, dès lors que nous entrons dans le champ des hypothèses empiriques, toutes les limitations que nous avons vues, relatives à l'approche empirique en économie, surgiront, en conséquence de quoi, jusqu'ici, ni l'approche empirique ni l'approche apriorique, en économie, ne sont entièrement satisfaisantes.

Cela implique bien sûr, que le choix d'un système de liberté individuelle, effectué aussi bien par des personnes instruites que par des gens en général, ne peut pas être provoqué par des arguments économiques dont la logique serait comparable à celle des arguments mathématiques ou physiques.

Les mêmes considérations s'appliquent à la science politique, que nous la considérons ou non comme une science au même titre que l'économie.

Il reste encore une vaste zone de points d'interrogation, une sorte de *no man's land* que des penseurs superficiels et des démagogues de tous pays cultivent soigneusement à leur façon, pour faire pousser toutes sortes de champignons dont beaucoup sont vénéneux, qu'ils servent à leurs concitoyens comme s'ils étaient le produit d'un travail scientifique.

Nous devons admettre franchement qu'il est difficile non seulement d'inculquer des conclusions scientifiques aux gens, mais aussi de trouver des arguments appropriés pour convaincre ces derniers que nos enseignements sont corrects. Il y a une certaine consolation dans le fait que, selon les idéaux libéraux, seules quelques hypothèses générales ont besoin d'être acceptées, afin de bâtir et de mettre en œuvre un système libéral, car il appartient à la vraie nature d'un tel système de laisser les gens travailler de la meilleure façon qui soit selon eux, pourvu qu'ils n'interfèrent pas dans le travail des autres.

Par ailleurs la libre collaboration des individus concernés n'implique pas nécessairement que les choix de chaque individu soient pires que ce qu'ils auraient été sous la direction des économistes ou des politologues. On m'a raconté une fois qu'un célèbre économiste de notre époque avait presque ruiné sa tante en lui donnant, à la demande de cette dernière, des conseils privés sur le marché boursier. Chacun connaît sa situation personnelle et est probablement mieux à même que quiconque de prendre des décisions sur un nombre important de questions qui y sont relatives. Chacun a probablement plus à gagner d'un système au sein duquel ses décisions ne feraient pas l'objet d'une interférence des décisions des autres qu'il n'a à perdre du fait qu'il ne pourrait pas interférer à son tour dans les décisions des autres.

De plus un système de libre choix aussi bien dans les domaines économiques que politiques offre à chaque individu la possibilité précieuse d'une part de s'abstenir de toute préoccupation sur des questions qu'il trouve trop compliquées et trop difficiles et, en outre, pas très importantes, et d'autre part de demander la collaboration d'autres personnes pour régler des problèmes qui seraient à la fois difficiles et importants pour lui de résoudre. Il n'y a aucune raison de penser que les gens ne se comporteraient pas à cet égard comme ils le font dans une quelconque autre circonstance, quand ils vont, par exemple, voir leur avocat, leur médecin ou leur psychiatre. Cela ne veut pas dire, bien sûr, qu'il y a des experts qui peuvent résoudre toutes sortes de problèmes. Il n'est guère nécessaire de nous rappeler, à ce propos, ce que nous avons dit au sujet du raisonnement économique. Mais, à chaque fois qu'il n'est pas possible de trouver une solution objective quelconque à un problème, la conclusion à tirer n'est pas que les individus doivent agir sous la direction des autorités, mais au contraire que les autorités devraient s'empêcher de donner des instructions qui ne sont pas fondées sur des solutions objectives aux problèmes en question.

Peu de partisans des solutions socialistes contemporaines admettraient que leurs théories ne sont pas fondées sur un raisonnement objectif. Mais il suffit, dans la plupart des cas, de conclure que les objections qu'ils formulent à l'encontre d'un espace maximal laissé au choix individuel sont fondées sur des postulats philosophiques, ou plutôt éthiques, dont la validité est douteuse, et également sur des arguments économiques qui sont encore plus douteux.

Le slogan souvent entendu selon lequel « nous ne pouvons pas revenir en arrière » en économie ou en poli-

tique, en plus de montrer que les idées socialistes sont répandues, semble également indiquer que l'horloge spécifique des socialistes non seulement n'est pas à l'heure, mais aussi que c'est une heure conçue comme un droit qui n'a pas besoin de démonstration. On ne peut guère se réjouir d'une telle conséquence.

Aujourd'hui les adversaires d'un système économique libre n'ont pas apporté un seul élément nouveau et solide à l'agenda des gouvernements et des assemblées législatives qui n'ait déjà été compilé par ces économistes classiques qui ont préconisé un système libéral.

En ce qui concerne l'économie – c'est de fait un domaine chéri par tous les partisans des procédures coercitives à l'heure actuelle – la nationalisation de plusieurs types d'industries est souvent jugée comme un substitut nécessaire ou, du moins, souhaitable pour les entreprises privées règlementées selon des lois et des décrets émis par les autorités.

De nombreuses raisons sont avancées pour soutenir de telles nationalisations. Certaines d'entre elles, bien que pas nouvelles, sont peut-être acceptables, alors que d'autres sont nouvelles, mais les arguments avancés par leurs partisans pour les cautionner ne sont pas recevables.

Nous apprenons d'une déclaration sur la politique et les principes du prétendu socialisme démocratique britannique, publié par le Parti travailliste anglais en 1950, qu'il existe trois principes fondamentaux soutenant l'idée de nationalisation ou de propriété publique de certaines industries :

I) pour s'assurer que les monopoles – dès lors qu'ils sont « inévitables » – n'exploitent pas le public, ce qui se produirait nécessairement, selon ces socialistes, si les monopoles étaient privés ;

II) pour « contrôler » les industries et les services fondamentaux dont dépendent la vie économique et le bien-être de la communauté, parce qu'on ne peut pas laisser, « en toute sécurité », ce contrôle dans les mains des propriétaires privés qui ne sont pas garants de la communauté ;

III) pour s'occuper des industries où persiste « l'inefficacité » et où les propriétaires privés n'ont pas la volonté ou la compétence d'y apporter des améliorations.

Aucun de ces principes n'est vraiment convaincant quand on les analyse de plus près. Les monopoles, quand ils sont nécessaires, peuvent être facilement contrôlés par les autorités. Ces dernières n'ont pas besoin de substituer ce contrôle à un monopole. Par ailleurs, il n'existe aucune démonstration valable qui prouverait que les monopoles détenus par des autorités publiques ou par des délégations publiques n'exploiteraient pas le public ou en tout cas l'exploiteraient moins que des monopoles privés. De plus, l'histoire montre dans bien des pays que les monopoles exercés par des autorités publiques peuvent exploiter le public de façon beaucoup plus systématique et beaucoup moins aléatoire que les monopoles privés. Exercer un contrôle sur les autorités par le biais d'autres autorités ou de personnes privées est beaucoup plus difficile à réaliser qu'un contrôle exercé par des autorités ou même par des individus ou par des groupes sur des monopoles privés.

Le second principe, le fameux contrôle des industries fondamentales qui ne peuvent pas être laissées aux mains de propriétaires privés, implique l'idée selon laquelle les propriétaires privés ne peuvent pas être garants, d'une façon ou d'une autre, de la communauté pour le contrôle des industries fondamentales, et

que les propriétaires publics sont garants de la communauté à tous points de vue. Malheureusement pour les partisans de la nationalisation, aucun argument recevable ne peut démontrer que cela se vérifie dans un cas comme dans l'autre. Les propriétaires privés sont garants de la communauté pour la simple raison qu'ils en dépendent – à la fois pour vendre leurs produits et pour acheter des matières premières, des installations, des services, du capital, de l'équipement, etc. – pour produire ce qu'ils comptent vendre. S'ils refusent de répondre aux exigences de la communauté, ils perdent leurs clients et ne peuvent pas rester sur le marché. Ils doivent céder la place à d'autres, qui sont de meilleurs « garants » du contrôle des industries fondamentales. Par ailleurs, les autorités publiques ne dépendent pas de la communauté de la même façon du tout, puisqu'elles peuvent imposer, en principe, à l'aide de lois et décrets et de façon coercitive, le prix des biens et des services et profiter à la fois des autres vendeurs et acheteurs. En outre elles ne sont jamais acculées à la faillite dans la mesure où elles peuvent compenser, du moins en principe, les pertes occasionnées en imposant des taxes supplémentaires aux citoyens, c'est-à-dire à la communauté dont elles sont censées être « garantes ». Bien sûr les partisans de la propriété publique des industries fondamentales diront que les autorités doivent être élues et que par conséquent elles « représentent » la communauté, etc. Mais on connaît la chanson, et on a déjà vu ce que cela signifie : un rituel creux et un contrôle exercé par le corps électoral, en grande partie symbolique, sur une poignée de dirigeants.

Le troisième principe n'est pas moins douteux que les précédents. Aucun argument valable ne peut démontrer que l'inefficacité de certaines industries est imputable à

leurs propriétaires privés ni que l'initiative des autorités publiques rendrait à ces industries leur efficacité quand les premiers cèdent la place aux secondes.

L'hypothèse sous-jacente de l'ensemble de ces principes, c'est que les autorités publiques sont non seulement plus honnêtes, mais aussi plus avisées, plus compétentes et plus efficaces que les personnes privées dans la conduite des activités économiques.

D'autres distinctions ont été faites. Par exemple, plusieurs personnes ont distingué les « besoins » pour lesquels le consommateur individuel pourrait payer, et les « nécessités » pour lesquelles l'individu ne pourrait pas payer ou ne paierait pas. Ces distinctions sont destinées à justifier la nationalisation des industries dans le but de satisfaire « les nécessités » et non « les besoins » que les industries prétendraient satisfaire. Elle sont fondées encore une fois sur une idée qui n'est pas démontrée, à savoir que les autorités sont mieux qualifiées pour découvrir et même pour satisfaire les « nécessités » individuelles, nécessités que les citoyens privés ne pourraient pas satisfaire ou même ne voudraient pas satisfaire s'ils étaient libres de choisir.

Bien sûr les vieux arguments en faveur de la nationalisation tiennent bon. C'est le cas des industries ou des services dont on ne peut pas faire payer le coût global aux clients parce qu'il est difficile de l'évaluer de façon individuelle (comme par exemple dans le cas des phares), ou en raison des complications qu'impliquent le recouvrement des frais (comme dans le cas des routes très fréquentées, des ponts et ainsi de suite). Peut-être que dans ces cas-là l'industrie privée ne trouverait pas profitable de fournir des biens et des services et qu'un autre système doit intervenir. Mais il est intéressant de noter qu'à cet égard le principe de libre choix

dans les activités économiques n'est pas mis de côté ou remis en cause. On admet que les gens qui choisissent librement ces services seraient disposés à les payer si c'était possible, et que par conséquent on peut les taxer en fonction du bénéfice présumé qu'ils en retirent et de leur coût. On ne peut jamais assimiler totalement la taxation à l'acquittement d'un prix fixé sur le marché, mais dans ce cas précis on peut considérer qu'il s'agit d'une bonne estimation du prix à payer dans un tel système. On ne peut pas en dire de même des autres formes de taxations qu'ont entraînées les hypothèses socialistes selon lesquelles les autorités savent mieux que les individus ce qu'ils doivent faire.

Il est possible que la technologie et les modes de vie modernes aient augmenté le nombre de situations où les services ne peuvent pas facilement ou ne peuvent pas du tout être payés par le public selon le système traditionnel des prix. Mais il est vrai également que, dans de nombreux exemples, ce système fonctionne toujours et que l'initiative privée peut quand même rester efficace dans de nouvelles circonstances. L'accroissement spectaculaire du trafic sur les routes et les ponts habituellement usités des pays industrialisés a rendu difficile voire impossible de laisser la gestion des routes au privé, mais les autoroutes d'aujourd'hui rendent possible à nouveau le prélèvement d'un paiement. Citons un autre exemple dans ce cadre, celui de la télévision et de la diffusion. Les partisans de la propriété publique de ce type d'entreprises prétendent souvent, par exemple, que la propriété privée serait inapplicable parce qu'il serait impossible de faire payer un prix pour ce bien, alors que l'initiative privée a déjà résolu ce problème aux États-Unis en vendant ses services aux entreprises qui veulent faire la publicité de

leurs produits au grand public et sont prêtes à payer pour cela un montant qui est suffisant pour couvrir toutes les dépenses de la diffusion. Même ici certains entrepreneurs pourraient trouver un moyen de faire payer pour la télévision si les autorités leur permettaient d'essayer !

Par ailleurs les nouvelles conditions technologiques peuvent limiter la liberté individuelle – par exemple par rapport au droit de propriété terrien – mais le principe général qui veut que les choix doivent être laissés à l'individu et non aux autorités peut aussi être maintenu de façon assez satisfaisante dans les conditions modernes à cet égard. L'exemple de l'efficacité du système américain d'exploitation du pétrole et des ressources minérales, observant le principe selon lequel la propriété privée terrienne doit être respectée, le démontre bien. Principe qui a été définitivement abandonné dans les autres pays du monde en raison de la présumée incompatibilité de telles activités, comme l'exploitation de mines, avec la propriété privée.

Si l'on tient compte d'un autre type de considération, on voit de nouvelles difficultés surgir. Nous avons tenté de définir la coercition comme étant une action directe exercée par certaines personnes dans le but d'empêcher les autres d'atteindre certains objectifs, en général en les incitant à faire des choix qu'ils n'auraient pas fait autrement.

Une action directe peut être conçue comme une action physique et, dans tous les cas où la coercition est assimilable à une action physique, nous avons une méthode simple pour définir ce qu'est la coercition. Mais dans la plupart des cas la coercition est exercée par le biais de la menace d'une action physique qui en réalité ne se produit pas. La coercition est plus un sen-

timent d'intimidation qu'un acte physique, il est dès lors beaucoup plus difficile d'identifier à première vue la coercition. Les menaces et les sentiments qui s'y rapportent forment un assemblage dont il n'est pas toujours facile de démêler les liens, et qui n'est pas facilement identifiable par d'autres personnes que l'individu concerné. Dans de telles circonstances, l'hypothèse selon laquelle telle action ou tel comportement est coercitif à l'égard de l'action ou du comportement d'autres personnes n'est pas suffisamment claire pour en faire une affirmation empiriquement vérifiable. C'est embarrassant pour tous les partisans d'un système de liberté individuelle, dans la mesure où la liberté revêt un caractère négatif qui ne peut être clairement établi qu'en faisant référence à la coercition. Pour établir quel type de comportement ou d'action sont « libres » dans une situation donnée, nous devons établir parallèlement quels types de comportement ou d'action équivalents sont coercitifs, c'est-à-dire quelle action priverait les gens de leur liberté dans ce cas précis. Dès lors qu'il n'y a pas de certitude sur la nature de la coercition équivalente à éviter, il est très difficile de définir de façon infaillible les circonstances dans lesquelles nous pouvons garantir la « liberté » d'une action ainsi que le contenu de cette dernière.

Dans la mesure où la liberté n'est pas quelque chose de constatable, que ce soit par le biais de méthodes empiriques ou aprioriques, un système politique et économique fondé sur la « liberté », entendue comme l'absence de « contrainte », sera sujet à la même critique que celle que nous avons faite au sujet de l'approche empirique en économie.

C'est la raison pour laquelle un système politique fondé sur la liberté comprend toujours une certaine

dose de coercition, pas seulement dans le sens de limiter la contrainte, mais aussi au sens de déterminer – par exemple, à la loi de la majorité – au moyen d'une décision de groupe ce que le groupe acceptera comme étant libre et ce qu'il interdira comme étant coercitif, dans tous les cas où on ne peut pas le déterminer objectivement.

En d'autres termes, un système de liberté politique ou économique est fondé avant tout sur une approche empirique de l'économie et de la politique, mais ne peut pas reposer entièrement dessus. Il y a donc toujours des victimes de la coercition dans ce système « libre ». Vous pouvez essayer de convaincre les gens de se comporter d'une façon que vous jugez « libre » et les empêcher de se conduire d'une façon qui vous semble « coercitive ». Mais vous ne pouvez pas toujours démontrer d'une manière objective que ce que vous considérez comme étant libre l'est réellement, ou bien que ce que vous jugez comme étant coercitif l'est également.

On peut citer l'exemple de l'intolérance religieuse pour montrer que je veux dire. Certaines personnes sont indignées si vous agissez d'une façon qu'elles jugent incompatible avec leurs croyances religieuses, même si vous ne considéreriez jamais que votre comportement est coercitif pour eux. Néanmoins elles se sentent offensées par votre comportement parce que, à leurs yeux, vous faites quelque chose qui va à l'encontre de leur Dieu ou vous omettez de faire quelque chose que vous devriez faire pour leur Dieu, ce qui pourrait provoquer la colère de Dieu sur tous les gens concernés. En fait leur Dieu, selon leur religion, est aussi le vôtre, et ils ont tendance à penser que votre comportement est insultant à leur égard comme il l'est à l'égard du Dieu que vous avez en commun.

Je ne dis pas que toutes les religions sont intolérantes. L'hindouisme, le bouddhisme, les religions romaines et grecques de l'Antiquité n'étaient pas intolérantes, à ma connaissance, puisque leurs partisans étaient enclins à admettre que vous ayez vos dieux tout comme ils avaient les leurs. Ce n'est pas toujours le cas des autres religions. Il y avait une loi en Angleterre, mise en vigueur par la reine Élisabeth I^{re}, qui interdisait aux gens tout divertissement le dimanche. Ceux qui enfreignaient la loi pouvaient être punis, et les victimes du « scandale » pouvaient demander une indemnisation. Cette loi n'est plus respectée, mais, il y a plusieurs années, j'ai lu dans les journaux qu'une jeune fille anglaise avait intenté un procès pour dommages, en se fondant sur cette loi, à l'encontre d'une entreprise cinématographique anglaise qui passait des films, comme à l'accoutumée, le dimanche. Selon le journal, la jeune fille était plutôt pauvre, mais elle avait pris soin de sélectionner comme coupable du crime une énorme entreprise cinématographique basée dans le centre de Londres. La requête de dommages – assez conséquente – correspondait parfaitement à la taille de l'entreprise, quoique ce ne fût probablement pas assez, comparé aux dommages subis par la « victime ». Je ne me souviens plus de l'issue du procès, mais je crois que la loi élisabéthaine sur laquelle il était fondé peut être considérée comme un bon exemple de ce que j'entends par l'intolérance religieuse et la « contrainte » que certaines personnes religieuses ont le sentiment de subir en raison de comportements que personne d'autre ne considérerait comme coercitifs.

Je me suis souvenu de cette loi élisabéthaine il y a quelques semaines alors que j'étais assis à la terrasse d'un café dans la rue principale d'un petit village ita-

lien. Une procession était juste en train de passer le long de la route, et je n'ai pas fait attention au fait que tout le monde s'était levé pendant le passage de la procession. Une religieuse faisant partie de la procession m'a regardé et, voyant que je restais assis sans me soucier de ce que faisaient les autres, m'a fait des reproches en soulignant que l'on *doit* se lever quand la procession passe. Je ne pense pas que cette pauvre religieuse était arrogante. C'était probablement une créature modeste et charitable. Mais elle ne pouvait pas admettre que quiconque restât assis à la terrasse d'un café pendant que la procession, sa procession, la procession de son Dieu, passait. Le fait que je sois assis dans cette circonstance représentait pour elle une forme de comportement offensant, et je suis sûr qu'elle s'est sentie contrainte quelque part dans ses croyances, voire presque insultée, tout comme je pourrais me sentir injustement contraint si quelqu'un venait à me parler avec insolence.

Heureusement le droit de mon pays n'interdit plus aux gens de s'asseoir sur un bord de route pendant que passe une procession, mais je suis sûr que la religieuse s'empresserait d'approuver une loi empêchant un tel comportement, tout comme moi je m'empresserais d'approuver une loi qui empêcherait les insultes ou quelque chose d'équivalent.

Je crois qu'il y a une leçon à tirer de cela. Mais j'en ai fini avec la mienne.

CONCLUSION

Peut-être la meilleure procédure à suivre pour écrire cette conclusion est-elle d'essayer de répondre à certaines des questions que mes lecteurs me poseraient probablement s'ils le pouvaient. En réalité, on m'a posé de telles questions quand le contenu de ce livre a fait l'objet de conférences.

1. *Qu'est-ce que je veux dire (dans le chapitre 8) quand je déclare que l'opinion publique « n'est pas tout » ?*

2. *Y a-t-il une quelconque possibilité d'appliquer « le modèle Leoni » à nos sociétés actuelles ?*

3. *Supposons que la possibilité mentionnée ci-dessus existe, comment « la règle d'or » évoquée ici peut-elle nous permettre de distinguer le domaine de la législation de celui de la common law ? Quelles sont les frontières générales des domaines qui doivent être respectivement attribués à la législation et à la common law suivant ce modèle ?*

4. *Qui nommerait les juges, les avocats ou les autres honorationes de ce genre ?*

5. *Si nous admettons que la tendance générale des sociétés actuelles a plus été contre qu'en faveur de la liberté individuelle, comment lesdits honorationes pourraient-ils échapper à cette tendance ?*

Bien sûr nous pourrions tenir compte de bien d'autres questions, mais celles qui sont mentionnées ci-dessus semblent être les points saillants surgissant d'une discussion éventuelle sur l'ensemble du sujet.

1. En ce qui concerne la première question, j'affirme que non seulement l'opinion publique peut avoir tort, mais aussi qu'elle peut être corrigée en ayant recours à un raisonnement juste. Il est vrai, c'est un processus qui peut être long et laborieux. Il a fallu plus d'un siècle pour que les gens soient familiarisés aux idées socialistes ; il leur faudra certainement un temps considérable pour les rejeter, mais ce n'est pas une raison pour ne pas essayer.

Alors que la tendance allant à l'encontre de la liberté individuelle est toujours celle qui prévaut au sein des pays qui, comparés aux standards occidentaux, ne sont pas développés, plusieurs symptômes permettent déjà de réaliser que la population a tiré certaines leçons dans les pays occidentaux au sein desquels la limitation de la liberté individuelle – du fait d'une extension correspondante du droit édicté, défendue plus ou moins ouvertement par des leaders socialistes comme une condition nécessaire à l'avènement d'un « monde meilleur » – s'est avérée très peu contrebalancée par les avantages supposés d'une telle législation. Aujourd'hui nous pouvons déjà observer, par exemple en Angleterre, en Allemagne et peut-être en France, un recul du socialisme en ce qui concerne la fameuse nationalisation de l'industrie. Il est évident que, en conséquence de ce recul, l'initiative individuelle, dans le domaine économique, est progressivement libérée de la menace d'une intervention plus importante du gouvernement. Des ouvrages récents, comme celui d'un ex-travailliste en Angleterre, Reuben Kelf-Cohen, sont assez instructifs à cet égard.

Ce qui est caractéristique de la réponse socialiste au prétendu problème social n'est pas l'objectif de promouvoir l'assistance publique et d'éliminer, autant que possible, la pauvreté, l'ignorance et les conditions misérables, car cet objectif est non seulement parfaitement compatible avec la liberté individuelle, mais il peut être aussi considéré comme complémentaire de celle-ci. La façon assez singulière d'atteindre cet objectif, proposée par ses partisans, constitue l'essence véritable de la réponse socialiste, à savoir le recours à une horde de fonctionnaires qui agissent au nom de l'État et qui restreignent, sinon qui suppriment complètement, l'initiative privée aussi bien au niveau économique que dans plusieurs autres domaines qui sont inextricablement connectés au domaine économique.

Si le socialisme consistait principalement à atteindre réellement, comme beaucoup de gens le croient encore, ses objectifs déclarés, il serait probablement difficile de convaincre les gens d'y renoncer dans un futur proche. Il est tout à fait possible, par ailleurs, de convaincre les gens que ce qui ne va pas avec le socialisme ce ne sont pas ses fins déclarées, mais les moyens supposés nécessaires pour les atteindre. La naïveté du point de vue socialiste en ce qui concerne les moyens est vraiment surprenante. Comme l'auteur mentionné ci-dessus le souligne,

il y avait de la magie dans des mots comme « comité public » ou « entreprise nationale ». Ils devaient être encadrés par des hommes désintéressés aux aptitudes exceptionnelles, dévoués à l'intérêt national. Nous supposons que de tels hommes devaient se trouver en grand nombre ; naturellement, il n'y avait aucune chance pour qu'ils sombrassent dans l'ère décadente du capitalisme au sein de laquelle nous vivions.

Nous supposons aussi que les travailleurs de l'industrie seraient transformés par l'*Act of Nationalization* et se consacraient à l'intérêt national.

Ainsi la combinaison d'une administration désintéressée et de travailleurs désintéressés apporterait donc le meilleur des mondes du socialisme – si radicalement différent du capitalisme.¹

Il est typique de célèbres leaders du mouvement travailliste en Grande-Bretagne, tels que Sidney et Beatrice Webb, d'avoir fait preuve d'une naïveté incroyable du même acabit, quand ils ont accordé, comme le dit Kelf-Cohen, une grande confiance « aux experts indépendants et désintéressés » au sein de l'État socialiste. Ils avaient, comme le dit le même auteur,

une immense foi en la sagesse de l'être humain, qui pourrait toujours être contrôlée par des faits dûment collectés et publiés... Ils croyaient évidemment qu'une fois disparu l'élément personnel, représenté par les capitalistes, le caractère de toutes les personnes reliées à ces industries serait si profondément changé que les industries représenteraient, de fait, un nouveau mode de vie... Comme les Webbs comprenaient mal la fonction du *management* et la responsabilité de prendre des décisions (élément vital de la fonction), ils ne réalisaient pas qu'un ensemble de comités et d'experts désintéressés ne supprimerait pas le besoin d'un groupe dirigeant responsable et toujours en charge du travail. Ils avaient tendance à identifier, au fond d'eux-mêmes, la responsabilité de la gestion avec l'avidité du capitalisme.²

1. Robert Kelf-Cohen, *Nationalization in Britain : The End of a Dogma*, Londres, Macmillan, 1958, préface, p. V.

2. *Ibid.*, p.12.

Finalement, Kelf-Cohen prouve de façon tout à fait concise que les membres du gouvernement travailliste anglais ont fait preuve de la même naïveté entre 1945 et 1950. En fait, les travaillistes anglais ne sont pas les seuls à avoir eu cette attitude, qui est un trait commun de tous les partisans des entreprises publiques qui doivent fonctionner sur des bases commerciales. À long terme, cette attitude ne peut pas durer. Le grand public prend conscience, lentement mais sûrement, des innombrables échecs des entreprises publiques. L'opinion publique sera forcée de changer à la suite de tout cela.

2. Ce que j'ai dit précédemment me permet de répondre à la seconde question relative à la possibilité d'appliquer à la société d'aujourd'hui ce que certains de mes chers amis et auditeurs, à Claremont, ont nommé avec humour le « modèle Leoni ». Déplacer le centre de gravité des systèmes légaux de la législation à d'autres processus d'élaboration du droit ne peut pas se faire à court terme. Il peut cependant être la conséquence d'un changement de l'opinion publique concernant l'envergure et la portée de la législation sur la liberté individuelle. L'histoire nous fournit d'autres exemples d'un processus similaire. Le droit grec classique, fondé sur la législation, a cédé la place au droit romain, fondé principalement sur l'autorité des jurisconsultes, de la coutume et du droit judiciaire. Quand un empereur romain d'origine grecque, Justinien, a tenté plus tard de réanimer l'idée grecque d'un droit législatif, en mettant en vigueur, comme s'il s'agissait d'une loi, une compilation énorme d'opinions de jurisconsultes romains de l'époque classique, sa tentative a finalement suivi un destin similaire en devenant la base du droit des

juristes qui a perduré pendant des siècles jusqu'aux temps modernes.

C'est vrai, l'histoire ne se répète jamais de la même manière, mais je n'irai pas jusqu'à dire qu'elle ne se répète pas d'une autre façon. Il y a des pays aujourd'hui où la fonction judiciaire, exécutée par des juges officiellement nommés par le gouvernement, et fondée sur le droit édicté, est tellement lente et pesante, pour ne pas dire onéreuse, que les gens préfèrent avoir recours à des arbitres privés pour régler leurs conflits. De plus, à chaque fois que le droit édicté semble trop compliqué, un arbitrage est susceptible souvent d'abandonner la base du droit édicté pour d'autres normes de jugement. Par ailleurs les hommes d'affaires aiment avoir recours, autant que possible, à des négociations plutôt qu'à des jugements officiels fondés sur le droit édicté. Même si nous manquons de chiffres statistiques concernant la plupart des pays, il semble raisonnable de penser que cette tendance est en train d'augmenter et pourrait être considérée comme un symptôme d'un nouveau développement.

Une autre indication d'une tendance allant dans le même sens peut être vue dans le comportement des gens qui, dans certains pays, renoncent volontairement, au moins dans une certaine mesure, à leur droit de tirer profit de lois discriminatoires comme le *Land and Tenant Acts*, qui permet à l'une des parties de violer des accords antérieurs, par exemple par le renouvellement ou non des baux, par la capacité légale du propriétaire d'augmenter le prix du loyer, etc. Dans ces cas-là, la tentative délibérée des législateurs pour interrompre, par le biais d'une loi édictée, des engagements pris précédemment, librement conclus et respectés, est un échec, en dépit de l'intérêt évident que pourrait avoir l'une des parties à invoquer la loi.

Un trait caractéristique de certaines mesures législatives à cet égard, du moins dans certains pays, est le fait que des pratiques discriminatoires introduites par le droit édicté étaient et/ou sont obligatoires, c'est-à-dire, ont dû ou doivent avoir lieu, même en dépit des accords antérieurs passés entre les parties concernées, alors que dans d'autres cas des accords conclus plus tard, et cela en dépit du droit édicté, pouvaient être violés selon cette loi, par l'une des parties, l'autre étant laissée sans défense. Dans de tels cas, nous voyons des exemples visiblement paradoxaux d'un droit non légiféré prévalant sur le droit légiféré, comme une sorte de *common law*, non reconnue mais toujours effective. On doit prendre en compte à cet égard un autre phénomène, celui de l'évasion du droit édicté, dans tous les cas où les évadés ont le sentiment qu'ils ont été injustement traités par des majorités contingentes au sein des assemblées législatives. Cela arrive notamment par rapport à la pesante imposition progressive. Il est vrai, on doit distinguer un pays d'un autre à cet égard, mais il y a de nombreuses raisons de penser que le phénomène d'évasion de l'imposition progressive écrasante est beaucoup plus général et répandu dans les pays occidentaux qu'on ne l'admet officiellement ou qu'on ne le reconnaît peut-être. On pourrait aussi se référer à cet égard à la pratique de plus en plus répandue aux États-Unis qui consiste à créer des fondations et d'autres organisations exemptes de taxes, dont l'un des objectifs est de transférer à la fois « le capital et le revenu annuel loin d'une entreprise³ ».

3. Cf., à ce propos, Milton Friedman, *op. cit.*, pp. 290 ff. et les citations qui s'y trouvent.

Non moins intéressante à ce propos est l'attitude réelle des gens par rapport au droit législatif interdisant des habitudes et des formes de comportement qui sont communément considérées, par ailleurs, comme relevant du domaine de la morale et laissées au jugement privé.

On pourrait citer comme signes d'un possible recul de la législation dans ces domaines, par exemple, la condamnation faite par certains sociologues américains contemporains des tentatives faites pour imposer la morale par la voie du droit (comme cela se produit toujours dans certains États où, par exemple, les gens votent pour la prohibition de l'alcool alors qu'ils en consomment beaucoup), ou encore les recommandations d'un compte-rendu britannique très récent, où il est déclaré :

Ce n'est pas, de notre point de vue, la fonction du droit d'intervenir dans les vies privées des citoyens ou de chercher à imposer n'importe quel modèle spécifique de comportement, plus qu'il n'est nécessaire pour accomplir les objectifs que nous avons esquissés... pour préserver l'ordre public et la discipline, pour protéger le citoyen de ce qui est offensant ou injurieux, et pour fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption des autres...⁴

Finalement, le fait que l'on ignore ce qu'impliquent un grand nombre de lois, ou même que l'on ne sache

4. Wolfenden Report, The Committee on Homosexual Offenses and Prostitution (1959). Cependant, comme exemple d'un point de vue « réactionnaire » contraire, nous pouvons citer la Maccabean lecture, tenue à la British Academy par l'honorable sir Patrick Devlin, mars 1959, et publiée par l'Oxford University Press sous le titre *The Enforcement of Morals*.

pas qu'elles existent et que de ce fait l'homme moyen respecte peu le droit édicté (en dépit de la règle classique selon laquelle l'ignorance du droit n'est pas une justification), doit aussi être intégré dans le cadre, pour donner une idée conforme des limites de la législation qui est officiellement « en vigueur », mais qui n'est pas effective dans bien des cas.

Plus les gens deviennent conscients de ces limites de la législation, plus ils s'accoutumeront à l'idée que la législation actuelle, sous ses faux airs de couvrir tous les modèles du comportement humain, est de fait beaucoup moins à même d'organiser la vie sociale que ses partisans semblent le croire.

3. À la troisième question, je souhaite répondre que la « règle d'or » mentionnée dans les pages précédentes ne saurait être transformée en méthode empirique suffisante en elle-même pour nous permettre de dire quand il faut avoir recours à la législation au lieu de la *common law*. D'autres conditions sont évidemment nécessaires pour décider si la législation est nécessaire ou non dans une situation particulière. La « règle d'or » a uniquement un sens négatif, puisque sa fonction n'est pas d'organiser la société, mais d'éviter autant que possible la suppression de la liberté individuelle au sein des sociétés organisées. Elle nous permet cependant d'esquisser certaines frontières à cet égard, auxquelles j'ai fait référence dans le chapitre introductif en résumant sommairement au préalable certains des arguments à faire ressortir dans ces conférences, quand j'ai dit que nous devrions rejeter la législation, (a) à chaque fois qu'elle est utilisée simplement comme un moyen pour assujettir des minorités afin de les traiter comme les perdants de la course, et (b) dès lors qu'il est pos-

sible pour les individus d'atteindre leurs propres objectifs sans dépendre de la décision d'un groupe et sans de fait contraindre quiconque à faire ce qu'il n'aurait jamais fait sans contrainte.

Un autre critère déjà envisagé dans le chapitre d'introduction et résultant de la « règle d'or » est que la rentabilité supposée du processus législatif par rapport à d'autres processus d'élaboration du droit devrait être évaluée avec beaucoup de prudence, dans tous les cas où le processus législatif ne doit pas être rejeté pour les raisons mentionnées ci-dessus. Tout ce que l'on ne peut pas établir positivement comme relevant du domaine de la législation devrait être laissé à celui de la *common law*⁵.

Je serais d'accord pour dire que tenter de définir sur ces bases les frontières entre les domaines à allouer respectivement à la législation et à la *common law* peut s'avérer très difficile dans bien des cas, mais les difficultés qui se présentent ne constituent pas une bonne raison pour abandonner cette tentative.

5. Une façon concrète de réduire la portée de la législation pourrait être de recourir à la législation elle-même, par exemple, en introduisant une clause dans les constitutions écrites des pays concernés, avec pour objet d'empêcher les corps législatifs de mettre en vigueur des ordonnances sur un certain type de sujets et/ou de prescrire l'unanimité ou bien des majorités qualifiées avant que certaines lois ne soient mises en vigueur. La condition de majorités qualifiées, en particulier, pourrait empêcher des groupes au sein d'une législature de corrompre d'autres groupes afin de sacrifier des minorités dissidentes, en rendant le consentement de ces dernières obligatoire pour que la loi soit approuvée. Cette procédure a été suggérée par le professeur James Buchanan à l'assemblée de la Mont Pèlerin Society à Oxford, Angleterre, en septembre 1959.

Par ailleurs, s'il était possible de décrire à l'avance toutes les applications possibles de la « règle d'or » à la définition de frontières entre le domaine de la *common law* et celui de la législation, et si en outre ces applications devaient toutes figurer dans ce livre, l'objectif global de ma thèse serait simplement réduit à néant, puisque les applications pourraient elles-mêmes être considérées comme constitutives de clauses d'un code. Il serait complètement ridicule d'attaquer la législation et en même temps de présenter l'esquisse d'un code élaboré par quelqu'un d'autre. Ce qu'on doit toujours garder à l'esprit, c'est que, selon le point de vue de la *common law* ou celui du droit des juristes, l'application des règles est un processus incessant. Personne ne peut mener à terme ce processus tout seul et de son vivant. Je peux ajouter que, de mon point de vue, tout le monde devrait empêcher les autres d'essayer de faire cela.

4. La quatrième question – « qui nommera les juges, les avocats ou les autres *honorationes* pour les laisser accomplir la tâche de définir le droit ? » – est comme la précédente, elle peut prêter à confusion. Encore une fois, il semble que cela implique que le processus, aussi bien de nommer les juges et ses semblables que celui de définir des frontières entre les domaines respectifs de la législation et de la *common law*, doit être accompli par certaines personnes définies à un temps défini. En fait il est plutôt sans importance d'établir à l'avance qui nommera les juges, car, en un sens, tout le monde pourrait le faire, comme cela se produit dans une certaine mesure quand les gens font appel à des arbitres privés pour régler leurs propres querelles. La nomination des juges par les autorités est exécutée, dans l'ensemble, selon le même critère que celui qu'utiliserait un

homme lambda. Car la nomination des juges n'est pas un problème tel que serait celui, par exemple, de « nommer » des physiciens ou des médecins ou tout autre type de personnes instruites et expérimentées. L'émergence de bons professionnels dans n'importe quelle société n'est due apparemment qu'à des nominations officielles. Elle est en fait fondée sur un consentement largement répandu des clients, des collègues et du grand public en général – un consentement sans lequel aucune nomination ne serait vraiment effective. Bien sûr les gens peuvent se tromper sur la vraie valeur choisie comme étant valable, mais ces difficultés sont inhérentes à tout type de choix. Après tout, ce qui compte ce n'est pas de savoir qui nommera les juges, mais comment les juges travailleront.

J'ai déjà souligné dans le chapitre introductif l'éventualité que le droit judiciaire puisse suivre certaines déviations, dont l'effet peut être de réintroduire le processus législatif sous une apparence judiciaire. Cela tend à se produire avant tout quand les cours suprêmes sont habilitées à avoir le dernier mot dans la résolution d'affaires qui ont déjà été examinées par des tribunaux de rang inférieur et quand, en outre, les décisions des cours suprêmes sont considérées comme des précédents obligatoires s'imposant à n'importe quelles décisions des autres juges dans des cas similaires à l'avenir. À chaque fois que cela se produit, la position des membres de la cour suprême est en quelque sorte similaire à celle des législateurs, même si les moyens ne sont pas identiques.

En fait le pouvoir des cours suprêmes est généralement plus important dans un système fondé sur la *common law* qu'au sein d'autres systèmes légaux centrés sur la législation. Cette dernière tente de parvenir à « la

cohérence de la décision judiciaire » par le biais de la force obligatoire de règles formulées avec précision. La première accomplit généralement la tâche d'introduire et de garder cette cohérence, à travers le principe du précédent, à chaque fois qu'une opinion commune entre les juges ou les avocats ne serait pas susceptible d'émerger. En fait tous les systèmes de *common law* étaient et sont probablement fondés, d'une façon ou d'une autre, sur le principe du précédent (ou de « président », comme les avocats anglais du Moyen Âge avaient coutume de le dire), même si ce principe ne doit pas être simplement confondu avec celui du précédent obligatoire des systèmes de *common law* des pays anglo-saxons à l'heure actuelle.

Aujourd'hui, à la fois les législateurs et les juges de la cour suprême accomplissent la tâche de garder le système légal sur un certain type de rails, et c'est précisément pour cela que les législateurs comme les juges des cours suprêmes peuvent être en position d'imposer leur propre volonté personnelle à un grand nombre de dissidents. À présent, si nous admettons que nous avons réduit les pouvoirs des législateurs afin de restaurer autant que possible la liberté individuelle, comprise comme l'absence de contrainte, et si nous sommes d'accord aussi sur le fait que la « cohérence de la décision judiciaire » doit avoir pour seul objectif de permettre aux individus de faire leurs propres projets pour l'avenir, nous ne pouvons pas nous empêcher de penser que le fait d'établir un système légal qui pourrait déboucher à son tour sur l'accentuation des pouvoirs d'individus particuliers, comme les juges des cours suprêmes, serait une alternative décevante.

Heureusement, même les cours suprêmes ne sont pas du tout dans la même position pratique que les

législateurs. Après tout, non seulement les tribunaux de rang inférieur, mais aussi les cours suprêmes, peuvent émettre des décisions seulement si les parties concernées leur en ont fait la demande ; et même si des cours suprêmes ont à cet égard une position différente de celle des tribunaux de rang inférieur, elles sont toujours bornées à « interpréter » le droit et non à le promulguer. C'est vrai, l'interprétation peut déboucher sur la législation ou, pour être plus clair, sur une législation déguisée, à chaque fois que des juges étirent le sens des règles écrites existantes afin de parvenir à une signification complètement nouvelle ou quand elles renversent leurs propres précédents de façon abrupte. Mais cela ne justifie certainement pas la conclusion selon laquelle des cours suprêmes sont dans la même position que des législateurs qui peuvent, comme le dirait sir Carleton Kemp Allen, « faire une nouvelle loi dans un sens qui est complètement exclu par le juge⁶ ».

Par ailleurs, dans un système de précédent « obligatoire », les cours suprêmes peuvent aussi être liées, comme c'est le cas de la Chambre des lords en Grande-Bretagne, à leurs précédents, et tandis que les tribunaux inférieurs sont officiellement liés par les décisions des tribunaux supérieurs, « le plus modeste des officiers de justice » (comme le dit à juste titre l'auteur cité précédemment) « doit décider lui-même s'il est ou non lié, dans les circonstances particulières, par une quelconque décision rendue » par un tribunal supérieur ou bien même par la cour suprême⁷. Cela constitue évi-

6. Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, cinquième édition ; Oxford, Clarendon Press, 1951, p. 287.

7. *Ibid.*, p. 269.

demment une énorme différence entre les juges de la cour suprême et les législateurs en ce qui concerne la capacité qu'ils ont chacun d'imposer, de façon inopportune, leur volonté propre à un grand nombre possible d'opposants. Il peut y avoir bien sûr une grande différence d'une cour suprême à l'autre, à cet égard. Tout le monde sait par exemple que le pouvoir de la cour suprême aux États-Unis est bien plus étendu que celui de l'équivalent britannique, la Chambre des lords. La différence la plus évidente entre ces deux systèmes anglo-saxons est que dans le système américain il y a une constitution écrite, alors qu'il n'y a pas l'équivalent dans le système britannique. Certains théoriciens américains ont souligné récemment⁸ que le problème du précédent est une question toute différente quand une constitution écrite est impliquée ou quand il s'agit de la jurisprudence.

En plus du problème de l'ambiguïté [dans les termes de la constitution] et le fait que les rédacteurs [de celle-ci] puissent avoir eu l'intention d'en faire un instrument croissant, il y a l'influence du culte de la Constitution. Cette influence donne une grande liberté à la cour. Elle peut à tout moment renoncer à ce qui a été dit pour revenir au document écrit lui-même. Il s'agit d'une plus grande liberté qu'il n'y en aurait eu si un tel document n'existait pas... En plus, en admettant de faire appel à la Constitution, la discrétion de la cour s'en trouve accentuée... Les conséquences possibles de ceci peuvent sembler, dans certains domaines, alarmantes.⁹

8. Cf., par exemple, Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (quatrième édition), Chicago, University of Chicago Press, 1955, pp. 41 ff.

9. *Ibid.*, pp. 41-43.

Dans de tels cas, comme l'ajoute avec sagesse l'auteur (citant le *Chief Justice* de la Cour suprême des États-Unis, Felix Frankfurter), « la protection ultime doit être trouvée dans le peuple lui-même ».

En fait un système de poids et de contrepoids pourrait aisément être développé au sein de la justice, à cet égard, tout comme un système équivalent a été développé, notamment aux États-Unis, entre les différentes fonctions des « pouvoirs » à l'intérieur de l'organisation politique. Si la position d'une cour suprême comme celle de la Grande-Bretagne, qui est liée par ses précédents, semble inadéquate pour rencontrer les changements et les nouvelles exigences, et si on suppose, au contraire, qu'une cour suprême doit pouvoir renverser ses précédents ou changer ses interprétations antécédentes du droit écrit, c'est-à-dire de la constitution écrite, comme c'est le cas de la cour suprême des États-Unis, des dispositifs spéciaux pourraient toujours être introduits afin de limiter le pouvoir des cours suprêmes en ce qui concerne le caractère « obligatoire » de leurs décisions. Par exemple, l'unanimité pourrait être requise pour des décisions qui renversent des précédents établis depuis longtemps, ou qui changent de façon substantielle des interprétations antérieures de la constitution. D'autres contrôles pourraient être imaginés ; ce n'est pas ma tâche de les suggérer ici.

Ce qui a été souligné à l'égard de la position des cours suprêmes par rapport à celle des législateurs est encore plus criant de vérité à propos des tribunaux inférieurs et des juges ordinaires en général. Ils ne peuvent pas être considérés comme des législateurs non seulement en raison de leur attitude psychologique vis-à-vis du droit, qu'ils se proposent communément de

« découvrir » plutôt que de « créer¹⁰ », mais aussi et surtout parce qu'ils dépendent totalement, dans leur processus d'élaboration du droit, des parties concernées. Insister sur les facteurs personnels intervenant dans ce processus ne peut pas nous faire oublier ce fait élémentaire. Il y a eu une grande agitation de la part de certaines personnes autour du fait que les sentiments privés et les situations personnelles des juges puissent interférer avec leur fonction judiciaire. On peut se demander pourquoi ces gens semblent ne pas avoir prêté attention de la même façon au fait, beaucoup plus lourd de conséquences, que les sentiments privés et les situations personnelles des législateurs puissent tout autant interférer dans leur activité et, de ce fait, interférer beaucoup plus profondément avec l'activité de tous les membres de la société concernée. Si on ne peut pas éviter de telles interférences et si nous avons le choix, il semble préférable d'opter pour celles dont les effets sont moins étendus et moins décisifs.

5. On peut apporter, à cet égard, une réponse à la cinquième question : comment les juges, plus que les législateurs, pourraient-ils échapper à la tendance contemporaine qui va à l'encontre de la liberté individuelle ?

10. Comme sir Carleton Kemp Allen le dirait, les juges « font » le droit seulement dans un sens secondaire, comme « un homme qui fend un arbre en bûches a en un sens *fait* les bûches... L'espèce humaine, avec toutes ses ressources et sa créativité, est limitée dans son pouvoir créatif par le matériel physique qui lui est octroyé. De la même façon, le pouvoir créatif des tribunaux est limité par le matériel légal existant. Ils trouvent le matériel et le façonnent. La législature peut fabriquer un matériel entièrement nouveau » (*op. cit.*, p. 288).

Pour donner une réponse précise à cette question, nous devrions d'abord distinguer les juges des tribunaux de rang inférieur de ceux de la cour suprême. En outre, nous devrions différencier les juges de la cour suprême qui sont en mesure de changer le droit en renversant leurs précédents et les juges de la cour suprême qui n'ont pas ce pouvoir. Il est évident que, quelle que puisse être l'attitude personnelle d'un juge par rapport à la tendance mentionnée ci-dessus, les juges des tribunaux de rang inférieur sont limités dans la mesure où ils sont libres de suivre la tendance si elle est en opposition avec l'opinion des tribunaux de rang supérieur. Les juges appartenant aux tribunaux de rang supérieur, à leur tour, sont limités dans la mesure où ils sont libres de suivre la tendance s'ils ne peuvent pas renverser à volonté leurs précédents ou si certains dispositifs, tels que l'unanimité requise, limitent les effets de leurs décisions sur l'ensemble du système légal.

De plus, même si nous admettons que les juges ne peuvent pas échapper à la tendance contemporaine qui va à l'encontre de la liberté individuelle, nous sommes obligés d'admettre qu'il appartient à la nature même de leur position vis-à-vis des parties concernées de peser leurs arguments les uns par rapport aux autres. Tout refus d'admettre et de peser les arguments, les preuves, etc., fondé sur un *a priori*, serait inconcevable selon les procédures habituelles de tous les tribunaux, du moins celles du monde occidental. Les parties sont *égales* aux yeux du juge, dans le sens où elles sont libres de fournir des arguments et des preuves. Elles ne forment pas un groupe au sein duquel les minorités dissidentes cèdent la place aux majorités triomphantes ; on ne peut pas dire non plus que toutes les parties concernées par des affaires plus ou moins similaires,

résolues à différentes époques par différents juges, constituent un groupe où les majorités prévalent et les minorités doivent céder. Bien sûr les arguments peuvent être plus forts ou plus faibles, tout comme les acheteurs et les vendeurs sur le marché peuvent être plus forts ou plus faibles, mais le fait que chaque partie puisse les émettre est comparable au fait que tout le monde puisse individuellement concurrencer les autres sur le marché pour acheter ou vendre. L'ensemble du processus implique la possibilité élémentaire d'atteindre un équilibre dans un sens très similaire à celui du marché, et notamment d'un marché où les prix peuvent être fixés par des arbitres qui sont librement habilités à le faire par les parties concernées. Il est certain, il y a des différences entre le type de marché cité précédemment et le marché ordinaire. Puisque les parties ont habilité un arbitre pour mettre fin à la négociation en fixant les prix, elles se sont engagées à l'avance à acheter ou à payer aux prix fixés, alors que sur le marché ordinaire il n'y a aucun engagement jusqu'à ce que le prix ait été accepté par les parties concernées.

À cet égard, la position des parties face à un juge est semblable, dans une certaine mesure, à celle d'individus appartenant à un groupe. Ni la partie qui perd le procès, ni la minorité dissidente d'un groupe n'est en mesure de refuser la décision finale. Par ailleurs, l'engagement des parties vis-à-vis du juge a cependant des limites très définies non seulement en ce qui concerne la décision finale, mais aussi par rapport au processus par lequel cette décision est atteinte. En dépit de toutes les formalités et des règles procédurales artificielles, le principe sous-jacent d'un jugement est de déterminer laquelle des parties a raison ou laquelle a tort, sans aucune discrimination automatique du même type que

celle qu'impliquent des décisions de groupe, telle que par exemple la loi de la majorité.

Encore une fois l'histoire a quelque chose à nous apprendre à ce propos. L'application obligatoire des décisions judiciaires est un développement relativement tardif du processus d'élaboration du droit par la voie des juges, des avocats et des personnes du même genre.

En fait l'application d'une décision atteinte sur des bases entièrement théoriques (c'est-à-dire en trouvant laquelle des parties a raison suivant certains standards identifiables) a été pendant longtemps jugée comme incompatible avec toute application de cette décision par la voie d'une certaine forme d'intervention coercitive à l'égard de la partie perdante.

La même idée selon laquelle il y a une différence de genre entre des décisions judiciaires et d'autres décisions ayant trait à des questions militaires ou politiques constitue la base de la distinction fondamentale entre le pouvoir gouvernemental (*gubernaculum*) et la fonction judiciaire (*jurisdictio*) à propos de laquelle le célèbre avocat anglais du Moyen Âge, Bracton, avait coutume de tant insister. Même si cette distinction était, et est de nouveau menacée d'être perdue dans les développements ultérieurs de l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre, son importance pour la préservation de la liberté individuelle à l'égard du pouvoir du gouvernement de ce pays et, dans une certaine mesure, d'autres pays qui ont imité l'Angleterre à l'époque moderne ne peut pas être sous-estimée par ceux qui connaissent cette histoire¹¹.

11. Le traitement le plus précis et le plus brillant de ce point, à ma connaissance, se trouve dans *Constitutionalism: Ancient and Modern*, par Charles Howard McIlwain, Ithaca NY, Cornell University Press, publié à l'origine en 1940 puis réédité depuis.

Malheureusement, aujourd'hui le pouvoir écrasant des parlements et des gouvernements tend à gommer la distinction entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif d'une part, et le pouvoir judiciaire d'autre part, distinction qui a été considérée comme l'une des splendeurs de la constitution anglaise depuis l'époque de Montesquieu. Cependant cette dernière est fondée sur une idée que les gens aujourd'hui semblent avoir perdue de vue, selon laquelle l'élaboration du droit est un processus beaucoup plus théorique qu'un acte de la volonté, et en tant que processus théorique il ne peut être le résultat des décisions émises par des groupes de pouvoir au dépens de minorités dissidentes.

Si l'importance élémentaire de cette idée est à nouveau considérée à notre époque, la fonction judiciaire recouvrera sa vraie portée, et les assemblées législatives ou les comités quasi-législatifs perdront leur mainmise sur les gens. Par ailleurs, pas un seul juge ne serait assez puissant pour déformer par son attitude personnelle le processus par lequel tous les arguments de toutes les parties pourraient se concurrencer, et pour dominer à volonté une situation similaire à celle décrite dans la phrase de Tennyson :

Là où la liberté s'élargit lentement de précédent en précédent.

CHRONOLOGIE DE BRUNO LEONI

1913 (26 avril). Naissance à Ancona.

1930-1935. Étudiant à la faculté de droit de l'université de Turin, où il devient élève de Gioele Solari.

1940. *Il problema della scienza giuridica* (Turin, Giappichelli).

1942. *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto* (Turin, Giappichelli).

1943-1945. En tant qu'officier italien, il entre dans *A Force* (structure secrète organisée par les alliés dans le but de sauver les soldats parachutés) et il est l'auteur de nombreuses actions héroïques.

1945. Il commence son activité académique à Pavie, où il enseignera la philosophie du droit et autres disciplines.

1948-1960. Doyen de la faculté de sciences politiques à Pavie.

1949. Il inaugure sa collaboration avec le quotidien économique *24 Ore*, où il intervient pour s'opposer aux choix de plus en plus interventionnistes de l'Italie de l'époque.
1950. Création de la revue *Il Politico*, qui publiera – en italien et en anglais – les plus éminents intellectuels libéraux de l'époque (Mises, Hayek, Buchanan, etc.).
1952. Il est président du *Centro di studi metodologici* de Turin, où il collabore aussi avec le mathématicien Eugenio Frola (ils écriront ensemble un article sur l'impossibilité d'utiliser les mathématiques dans les sciences humaines).
1953. *Il pensiero politico e sociale nell'Ottocento e Novecento* (Milan, Marzorati).
1957. *Lezioni di dottrina dello Stato* (Pavie, Viscontea).
1958. Avec Hayek et Friedman, il est invité à tenir un cycle de conférences à Claremont (Californie). Ces leçons seront la base de *Freedom and the Law*.
1959. *Lezioni di filosofia del diritto* (Pavie-Milan, Viscontea).
1960. Il est secrétaire de la Mont Pèlerin Society, dont il deviendra aussi président quelques mois avant sa mort.
1961. *Freedom and the Law* (van Nostrand, New York). Par la suite le livre sera réédité deux autres fois en anglais (1972 et 1993), et traduit en espagnol (1961), portugais (1993) et italien (1995).

1964. « The Law of the Claim of the Individual », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*.
1965. « Mito e realtà dei monopoli », *Il Politico*. La même année, il vient à Lyon (20 novembre) pour le xx^e anniversaire de l'Association des Chefs d'Entreprise Libres, où il s'exprime sur « Les hommes libres et le futur de l'économie de marché ».
- 1967 (21 novembre). À l'âge de 54 ans, il est victime d'un geste de folie homicide.

INDEX

- Acton (lord) : 58, 59, 132, 168
 Aristote : 91, 126, 130, 131, 133
 Bacon (Francis) : 23, 210
 Bastiat (Frédéric) : 224
 Bentham (Jeremy) : 106, 153
 Buchanan (James) : 178, 179, 213, 284
 Burke (Edmond) : 149, 186, 187
 Burnham (James) : 33, 159
 Carroll (Lewis) : 84
 Caton : 149, 150, 233
 Cicéron : 127, 130, 144, 145, 149
 Clausewitz (Klaus von) : 224
Common law : 28, 63, 145-147, 151, 155, 158, 171, 172, 181, 210, 275, 281-287, 294
 Constant (Benjamin) : 109, 244, 245
 Constitution : 36, 108, 110, 122, 123, 127, 152, 158, 206, 210, 214, 232, 233, 234, 236
 Cromwell (Oliver) : 192
 Décision de groupe : 39, 175-182, 201, 211, 213, 217, 220, 221, 223, 225, 238, 243, 244, 247
 Démocrite : 134
 Dicey (Albert) : 107-110, 112-124, 145, 152, 153, 167, 189-191, 232
 Ehrlich (Eugène) : 46, 53, 127, 230-235
 Fox (Charles) : 188
 Frankfurter (Felix) : 290
 Friedman (Milton) : 199, 254-256, 259, 262-281
 Gierke (Otto von) : 10, 193, 194
 Groupe de décision : 195, 201, 217, 219, 220, 244, 247
 Guizot (François) : 109
 Hauriou (Maurice) : 116
 Hayek (Friedrich von) : 33, 68, 105, 106, 109, 111, 112, 115-117, 123-126, 165, 241, 242
 Hegel (G.W.F.) : 66, 81
 Hitler (Adolph) : 103
 Hobbes (Thomas) : 49, 153, 154, 252, 253
 Inflation législative : 29, 33, 39, 44, 55
 Jefferson (Thomas) : 132
 Justinien : 226, 227, 279
 Kelsen (Hans) : 63, 235
 Keynes (John M.) : 137, 138
 Knight (Frank) : 180
 Lange (Oskar) : 47
 Leibniz (G.W.) : 69, 104
 Lénine : 251
 Libéral : 70, 90, 170, 171, 233, 248, 249, 251
 Libre marché : 51, 52, 92, 94, 95, 151, 152, 170-174, 212, 242
 Lincoln (Abraham) : 57
 Machiavel (Nicolas) : 34, 209
 Marx (Karl) : 97, 251
 Michels (Roberto) : 204, 209
 Mill (John Stuart) : 42, 132, 196, 200, 202
 Mises (Ludwig von) : 47, 67-69, 80, 82, 95, 150, 178, 249, 250
 Montesquieu : 107, 108, 244, 295
 Mosca (Gaetano) : 167, 209
 Mussolini : 103
 Opinion publique : 43, 44, 47, 275, 276

- Pareto (Wilfredo) : 167, 209
Périclès : 68, 132, 133
Platon : 81, 133, 221, 240
Propriété privée : 97, 266-67, 270
Proudhon (Joseph) : 79
Ripert (Georges) : 106
Robins (Lionel) : 93, 94
Roosevelt (F.D.) : 58
Rousseau (Jean-Jacques) : 168, 22
Représentation : 46-49, 191-200, 202, 205, 208, 236, 240
Rule of law : 71, 105-111, 115, 117-120, 124, 128, 130, 145, 152, 158, 159, 166, 233
Savigny (Carl von) : 46, 156
Schumpeter (Joseph) : 46, 185, 196, 219
Shakespeare : 99, 113
Smith (Adam) : 94
Solon : 149, 292
Spencer (Herbert) : 132
Taine (Hyppolite) : 248
Thucydide : 132, 134
Tocqueville (Alexis de) : 132, 138
Volonté générale : 41, 217, 219, 220, 221, 243, 244
Voltaire : 107
Weber (Max) : 45, 47, 204, 252

TABLE DES MATIÈRES

Bruno Leoni et le « droit de marché », par Carlo Lottieri.....	7
Introduction	23
I. Quelle liberté ?	57
II. « Liberté » et « contrainte »	83
III. La liberté et la <i>rule of law</i>	105
IV. La liberté et la certitude de la loi	131
V. Liberté et législation	159
VI. Liberté et représentation.....	185
VII. Liberté et volonté générale.....	217
VIII. Analyse de certaines difficultés.....	247
Conclusion.....	275
Chronologie de Bruno Leoni.....	297
Index.....	301

*Ce volume,
le septième
de la collection « Bibliothèque classique de la liberté »
publié aux Éditions Les Belles Lettres,
a été achevé d'imprimer
en janvier 2006
dans les ateliers
de Normandie Roto Impression s.a.s.,
61250 Lonrai, France*

*N° d'éditeur : 6363
N° d'imprimeur : 06-0224
Dépôt légal : février 2006
Imprimé en France*

Publié en 1961 aux États-Unis sous le titre *Freedom and the law*, cet ouvrage du philosophe italien du droit Bruno Leoni (1913-1967) garde pour un lecteur français contemporain toute sa forte originalité théorique comme sa capacité de stimulante provocation intellectuelle.

Prenant au sérieux l'idéal des droits de l'individu souverain, l'auteur critique d'abord le caractère arbitraire de la législation positiviste qui renvoie au même schéma étatiste et liberticide que la planification économique. Il lui oppose la conception évolutionniste d'une « rule of law » issue et respectueuse du Droit selon un processus semblable à celui du libre marché. Puis il met en cause le modèle moderne et dominant de la démocratie fondé sur la confiscation du pouvoir par de nouvelles oligarchies politico-bureaucratiques ainsi que sur la « volonté générale », la représentation, la « décision de groupe » et la règle majoritaire – dont la nature collectiviste est jugée attentatoire à l'égalité des chances et la liberté individuelle de choix.

Un texte sobre et tonique d'un précoce libertarien européen, devenu un classique de la philosophie politique tant aux États-Unis qu'en Italie.

21 €



ISBN : 2-251-39041-3

9 782251 390413

