



HAL
open science

Gouverner par les règles : pensée politique et juridique néolibérale. Hayek, Lippmann, Buchanan, Posner.

Nathanaël Colin-Jaeger

► To cite this version:

Nathanaël Colin-Jaeger. Gouverner par les règles : pensée politique et juridique néolibérale. Hayek, Lippmann, Buchanan, Posner.. Philosophie. ENS de Lyon, 2022. Français. NNT : . tel-03880658v1

HAL Id: tel-03880658

<https://shs.hal.science/tel-03880658v1>

Submitted on 30 Sep 2022 (v1), last revised 1 Dec 2022 (v2)

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NoDerivatives 4.0 International License



Numéro National de Thèse : 2022LYSEN024

THÈSE DE DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE LYON

opérée par

L'École Normale Supérieure de Lyon

Ecole Doctorale N° 487

Philosophie, Histoire, Création, Représentation

Discipline : Philosophie

Soutenue publiquement le 16/09/2022

Nathanaël Colin-Jaeger

**Gouverner par les règles : pensée politique et
juridique néolibérale. Hayek, Lippmann, Buchanan,
Posner.**

Devant le jury composé de :

Picavet, Emmanuel, Professeur des Universités en Philosophie, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Rapporteur.

Marciano, Alain, Professeur des Universités en Économie, Université de Montpellier, Rapporteur.

Le Jallé, Eléonore, Professeure des Universités en Philosophie, Université de Lille, Examinatrice.

Stiegler, Barbara, Professeure des Universités en Philosophie, Université Bordeaux-Montaigne, Examinatrice.

Solchany, Jean, Professeur des Universités en Histoire, IEP de Lyon, Examineur.

Gautier, Claude, Professeur des Universités en Philosophie, ENS de Lyon, Co-encadrant de Thèse.

Milanèse, Arnaud, Maître de conférences HDR en Philosophie, ENS de Lyon, Directeur de Thèse.

Remerciements

Un travail de recherche de l'ampleur d'une thèse n'est jamais strictement individuel. Au cours des cinq années d'élaboration et d'écriture de ce travail, j'ai profité d'échanges et de soutiens nombreux, au sein de plusieurs institutions. L'écriture de cette note de remerciements atteste non seulement de ma reconnaissance pour les différentes personnes ayant accompagné l'élaboration de ce travail, mais aussi de la diversité ayant rendu cette thèse possible.

Arnaud Milanèse a accepté de diriger ce travail, et a très largement contribué à l'élaboration de cette réflexion. Ses relectures nombreuses, ses commentaires, ainsi que la préparation en commun d'un séminaire à l'ENS de Lyon sur les néolibéralismes, ont été d'une aide inestimable. Claude Gautier a co-dirigé ce travail, amorcé lors d'un M2 sur Adam Smith écrit sous sa direction. Ses encouragements, relectures et critiques ont très largement contribué à l'élaboration de cette thèse. Ce duo m'a non seulement dirigé mais aussi très largement formé intellectuellement au cours de mes études supérieures. Je leur en suis grandement reconnaissant, aussi bien scientifiquement qu'humainement.

Le réseau Rehperre à Paris I, a été le lieu privilégié de présentation de mes travaux pendant les années d'écriture. Je ne peux qu'exprimer ma gratitude envers Annie Cot, Jérôme Lallement, Francesco Sergi, Cléo Chassonery-Zaïgouche, Aurélien Goutsmedt, Thomas Delcey, Niels Boissonnet, Malo Mofakhami, Clara Léonard, Quentin Couix, Guillaume Noblet, François Allisson, Nicolas Camilloto, Dorian Jullien, Judith Favereau, Cristian Frasser, Kevin Leportier, Raphaël Fèvre, Guilhem Lecouteux, Justine Loulergue, Julien Gradoz, Sophie Dessein et Elizabeta Burina pour leurs commentaires et retours sur les travaux présentés lors des séminaire Albert O. Hirschmann et les journées d'été de Gordes. Cette thèse n'aurait pu être menée à bien de la même façon sans l'expérience heureuse d'avoir pu joindre ce réseau et côtoyé ces personnes formidables. J'y ai appris l'importance de la rigueur et de la clarté dans l'écriture – sans pour autant toujours pouvoir l'appliquer moi-même – et l'importance d'un réseau de recherche pour inscrire son travail dans des problématiques transversales.

Lors de la quatrième année de cette thèse, j'ai pu profiter d'un cadre idéal pour écrire une première version complète à Duke University, en Caroline de Nord. Le *Center for the History of Political Economy* m'a apporté un soutien financier sous la forme d'une bourse, mais aussi un cadre intellectuel propice à la rédaction. J'ai pu particulièrement bénéficier de discussions avec Bruce Caldwell pour l'élaboration et l'écriture de mes chapitres sur Hayek, et avec Steven Medema pour la discussion du travail de Posner. Alexander Rosenberg a eu la gentillesse de discuter longuement de l'évolutionnisme culturel ainsi que des applications des modèles biologiques en sciences sociales. Enfin, Stefan Kolev a eu la gentillesse répétée de discuter des thèses ordolibérales, de l'importance du concept de règles et des connexions historiques entre néolibéraux. Ma compréhension du néolibéralisme lui doit beaucoup. Au

cours des travaux du Centre, j'ai également pu bénéficier des retours toujours utiles et bienveillants de Kevin Hoover, Roy Weintraub, Jason Brent, Paul Dudenhefer, Ohad Reiss Sorokin, John Kroencke, Sarah Small, Gianluca Damiani, Hester Van Hensbergen, Alexander Linsbichler et Sofia Valeonti. Le séminaire hebdomadaire a constitué une confrontation régulière à des thèmes et des travaux nouveaux et stimulants. Je remercie particulièrement Paul Dudenhefer, pour sa gentillesse en temps de COVID, le bon vin et les glaces à la crème.

Au sein du laboratoire Triangle, principalement lors de mes trois premières années, j'ai pu profiter d'un environnement de formation à la fois agréable et riche. Thomas Crespo, Odile Tourneux, Elie Piot, Léa Védie, Margot Giacinti, Alexandre Chirat, Carolina Verlengia, Christophe Parnet, Thibaut Rioufreyt, Jean-Baptiste Devaux, Antoine Leveque, Pierre Nevejans, et bien d'autres, ont participé d'une façon ou d'une autre, à cet environnement et émulation. Ce travail n'aurait pu être possible sans leur concours collectif. Mes remerciements particuliers sont adressés également à Marie Lucchi, Pascal Allais et Lydie Kowet pour leur travail précieux, à la fois humainement et administrativement.

Le présent travail s'inscrit dans une réflexion marquée par plusieurs rencontres importantes ayant mené à des collaborations. Mon travail théorique a croisé celui de Martin Beddeleem, Niels Boissonnet, Thomas Delcey, Malte Dold, Alexandre Gascoin, Carolina Verlengia et Etienne Wiedemann, qui m'ont tous fait l'honneur de co-écrire et/ou de travailler avec moi, de me faire partager leur expérience, et de m'éduquer chacun à leur façon sur divers aspects de ce travail de recherche. Il m'apparaît désormais qu'un travail de recherche ne peut qu'être enrichi par la collaboration, particulièrement lorsqu'il contient des aspects interdisciplinaires.

Marc Goetzmann, Sofia Valeonti, Cédric Patternotte, Odile Tourneux, Gilles Christoph, Lisa Hours, Héléna Moulin-Smith, Pablo Jensen, Thomas Crespo, Félix Nancy-Zourabichvili, Etienne Wiedemann, Carolina Verlengia, Sophie Guérard de Latour, Francesco Sergi, Aurélien Goutsmedt, Julien Vella, Guillaume Coissard, Claire-Aline Serrault, Charlie Brousseau, Kevin Brookes et Morgane Delorme ont relu des parties de cette thèse. Arnaud Milanèse, Claude Gautier et Thomas Delcey l'ont relu intégralement. Bien évidemment, j'en reste le seul responsable.

Enfin, un travail de thèse n'est possible que grâce aux personnes entourant son auteur dans la vie. Mes derniers remerciements vont donc à mes amis et à ma famille. Claire-Alin Serrault, Sahra Aghmir, Félix Bouver, Gaël Belanger, Maxime-Seiji Nakadera, Pierre Théodosiou, Alexandre Gueguin, Nathan Cornay, Etienne Wiedemann, Wandrille Maurice, Félix Nancy-Zourabichvili, Clément Hénin, Erick Poul, Mathieu Martin, Kevin Mouezant et bien d'autres, m'ont gratifié de leur amitié pendant ces années. Pascal, Marguerite, Joëlle, Daniel, Angélique et désormais Suzanne Colin, m'ont très largement aidé pendant le parcours du combattant que constitue une thèse, mentalement et physiquement.

Résumé de la thèse

Cette thèse examine la philosophie politique et juridique néolibérale, à travers le concept de règle, en s'appuyant particulièrement sur les contributions de quatre auteurs : Walter Lippmann, Friedrich Hayek, James Buchanan et Richard Posner. Ces travaux sont reliés par un même problème, développé au cours des années 1930-1940 – moment de reconstruction du libéralisme, pensé comme une troisième voie entre celle de la planification économique et celle du laisser-faire –, à savoir celui de la justification et de l'élaboration des conditions institutionnelles à même de permettre à une société de marché de s'épanouir.

Ce faisant, les néolibéraux doivent affronter trois difficultés relatives à cette problématisation séminale. Tout d'abord, il leur faut traiter de la question normative de la justification *des règles du jeu*. En refusant la perspective naturaliste sous-jacente au laisser-faire, et par ailleurs tout fondement transcendantal à l'ordre social, les néolibéraux sont amenés à proposer une série d'arguments relatifs à la défense d'une société de marché bien organisée. Ensuite, ces réponses impliquent une seconde question, relative à l'impossibilité d'énoncer les règles du jeu depuis un point de vue épistémiquement valorisé. Les néolibéraux ont, en effet et dès le départ, critiqué la planification socialiste en ce qu'elle se prévalait d'un privilège épistémique indu. Comment, dès lors, concilier la critique épistémique qui sous-tend la défense du marché comme agrégateur, transmetteur et découvreur d'information avec la nécessité d'une forme d'interventionnisme institutionnel ? Enfin, la thèse d'un *gouvernement par les règles du jeu*, leur énonciation et leur modification, suppose une théorie du droit, à même de penser la forme que doivent prendre les règles, ainsi que les processus de modification de celles-ci.

Je montre que les thèses des différents auteurs de mon corpus sont traversées par ces problèmes, qui constituent également une clef d'interprétation de leurs théories. Je distingue, ainsi, deux grands moments, à savoir un premier temps de formation de la problématique néolibérale, en puisant dans les travaux historiques récents portant sur la constitution du néolibéralisme – en m'appuyant particulièrement sur les travaux de Lippmann et du premier Hayek –, puis je montre, dans un second temps, comment ce problème traverse les positions plus récentes d'auteurs participant de la même réflexion sur la manière de justifier les règles du jeu d'une société libérale – le second Hayek, les travaux de l'économiste Buchanan et du juriste Posner. Je montre, pour chacun, que les problèmes structurants du néolibéralisme sont reconduits, et permettent une critique interne des positions de ces auteurs, tout en soulignant l'intérêt de penser *à partir* de leurs problèmes.

Cette thèse entend donc contribuer non seulement à clarifier la philosophie politique et juridique néolibérale comme une thèse portant sur le gouvernement par les règles en vue d'établir une planification libérale légitime, mais aussi à montrer l'importance de prendre en compte ces positions pour informer nos élaborations théoriques contemporaines, puisque les

diagnostics néolibéraux constituent autant de manière d'interroger le bestiaire conceptuel de ces théories. Paradoxalement, les positions néolibérales peuvent donc constituer des ressources pour des positions alternatives, ne défendant pas les mêmes conclusions.

Abstract

This thesis examines neoliberal political and legal philosophy, focusing on the concept of rule, drawing particularly on the contributions of four major contributors: Walter Lippmann, Friedrich Hayek, James Buchanan, and Richard Posner. Their contributions encounter the same problem, which emerged in the 1930s and 1940s when liberalism was being reconstructed as a third way between economic planning and laissez-faire, justifying and developing the institutional conditions that would allow a market society to thrive.

In doing so, neoliberals face three challenges with this seminal problematization. First, they must deal with the normative question of how to justify the game's rules. By rejecting the naturalistic perspective that underlies laissez-faire, and any transcendental basis for social order, neoliberals are compelled to offer a series of arguments supporting a well-organized market society. These answers imply a second question relating to the impossibility of stating the game's rules from an epistemically valued point of view. Neoliberals have criticized socialist planning from the outset in that it took advantage of an undue epistemic privilege. How, then, to reconcile the epistemic critique that underlies the defense of the market as an aggregator, transmitter, and discoverer of information with the need for some form of institutional interventionism? Finally, the thesis of a government by the rules of the game, their enunciation, and their modification presuppose a theory of law capable of thinking about the form that the rules should take and the processes of modification of these rules.

I show that the theses of the different authors of my corpus are crossed by these problems, which also constitute a key to the interpretation of their theories. I thus distinguish two central moments, namely a first period of formation of the neoliberal problematic, drawing on recent historical works on the constitution of neoliberalism – relying in particular on the works of Lippmann and the first Hayek –, then I show, in a second period, how this problem crosses the more recent positions of authors participating in the exact reflection on the way to justify the rules of the game of liberal society – the second Hayek, the works of the economist Buchanan and the jurist Posner. I show, for each of them, that the structuring problems of neoliberalism are renewed and allow an internal critique of these authors' positions while underlining the interest in thinking from their problems.

This thesis intends to contribute not only to clarifying neoliberal political and legal philosophy as a thesis about government by rules in order to establish legitimate liberal planning but also to show the importance of taking these positions into account in order to inform our contemporary theoretical elaborations since neoliberal diagnoses constitute so many ways of interrogating the conceptual bestiary of these theories. Paradoxically, neoliberal positions can thus constitute resources for alternative positions, not defending the same conclusions.

Table des matières

Introduction générale	14
1. Le néolibéralisme comme théorie politique : à la recherche d'une planification libérale	15
2. Le néolibéralisme : un concept maximalement contesté	20
3. Le narratif standard sur le néolibéralisme.....	23
4. Les problèmes du narratif standard.....	27
5. Les approches intellectuelles du néolibéralisme.....	30
6. Méthode : penser par problèmes	35
7. Le problème néolibéral : l'interrogation sur les règles d'une société de marché et la question de la justification.....	42
8. Hayek, Lippmann, Buchanan et Posner	51
9. Présentation des chapitres	57
Partie I : La reconstruction du libéralisme, la naissance de la problématique néolibérale (1920-1947)	62
Chapitre I. Le marché comme premier principe.	80
1. Mises contre le socialisme de marché.....	83
1.1 Les fondements du débat	84
1.2 L'impossible rationalité économique d'une planification socialiste	86
1.3 Le socialisme de marché.....	91
2. Hayek dans la querelle	95
2.1 Le problème technique et le problème économique : ce qu'accomplit la concurrence	96
2.2 La division de la connaissance	99
3. Le marché comme institution de coordination épistémique	105
3.1 Le miracle du mécanisme des prix	106
3.2 La concurrence comme instrument de découverte	113
4. Le consensus néolibéral sur le mécanisme des prix.....	118
4.1 <i>La Cité Libre</i> et la réception de la querelle du calcul socialiste	118
4.2 Le mécanisme des prix comme critère, le Colloque Lippmann	124
Conclusion.....	129
Chapitre II. Les faillites historiques et conceptuelles du laissez-faire.	132

1. La débâcle du laissez-faire.....	136
1.1 L'École de Manchester	137
1.2 L'ombre spencerienne	142
2. La critique néolibérale : le laissez-faire comme une théorie du <i>statu quo</i>	149
2.1 L'erreur du laissez-faire : la naturalisation de la domination	150
2.2 La nécessité de l'intervention.....	155
Conclusion.....	160
Chapitre III. Les limites de la connaissance : la critique des concepts politiques traditionnels.....	164
1. Les vertiges de la <i>Great Society</i> , où l'impossibilité d'un point de vue surplombant..	166
1.1 La <i>Great Society</i> comme fondement du questionnement lippmannien.....	167
1.2 <i>Public Opinion</i> , les limites de la connaissance.....	170
1.3 <i>Le Public Fantôme</i> , la fragmentation de la connaissance	174
2. <i>L'Ordre sensoriel</i> , constituer les subjectivités.	180
2.1 La formation de l'ordre sensoriel	182
2.3 Microfonder l'épistémologie.....	187
3. Repenser la démocratie	192
3.1 Le mirage de la petite société	193
3.2 <i>Public Opinion</i> , le rôle de l'expertise	196
3.3 <i>Le Public Fantôme</i> , la démocratie évanescence	200
3.4 <i>La Route de la servitude</i> , la majorité tyrannique.....	202
Conclusion.....	207
Chapitre IV. De la théorie sociale à l'intervention par les règles du jeu : la théorie politique du néolibéralisme et ses tensions.	210
1. La tradition contre le constructivisme.....	214
1.1 La critique du rationalisme constructiviste.....	216
1.2 Les règles traditionnelles comme dispositif de coordination	219
1.3 Les règles : intelligibilité et coordination	223
2. Définir les règles du jeu	228
2.1 Instaurer les règles du jeu	233
2.2 Comment planifier sans tomber dans l'hybris rationaliste ?.....	241
3. Ordres et règles	251

3.1	Interdépendance entre règles et ordres	252
3.2	L'idéal concurrentiel de la société libérale	257
3.3	Ordre économique, ordre politique, ordre social	259
	Conclusion.....	262
Chapitre V. Mettre un terme à la régression normative : évolutionnisme et expertise scientifique.....		
		268
1.	La <i>Common Law</i> , définir l'interventionnisme libéral	272
1.1	Théorie décentralisée des règles	273
1.2	La <i>common law</i> contre l'autorité centrale	276
1.3	<i>La Cité Libre</i> : la politique néolibérale et ses tensions.....	284
2.	La justification des règles de la concurrence ordolibérale	296
2.1	L'adversaire. Schmitt et la primauté du politique	296
2.2	La constitution économique.....	299
2.3	Science et expertise	303
2.4	Instrument de <i>disempowerment</i>	307
	Conclusion.....	313
	<i>Interlude : Une théorie en construction et ses problèmes</i>	316
Partie II. Trois reformulations du problème : Hayek, Buchanan, Posner.		
326		
Chapitre VI. Peut-on gouverner la spontanéité ? Tension entre évolution et <i>design</i> des règles chez Hayek.....		
334		
1.	Ordre spontané et complexité sociale	340
1.1	Qu'est-ce qu'un système complexe ?	341
1.2	L'ordre spontané complexe	344
1.3	Les leçons de la complexité.....	349
2.	L'évolution des règles : théorie positive de l'évolution culturelle.....	354
2.1	Quel évolutionnisme ?	356
2.2	L'évolution culturelle : la conformité aux principes généraux de la théorie de l'évolution	359
2.3	Un évolutionnisme incohérent ?	366
3.	La nécessité d'améliorer les ordres spontanés	372
4.	La défense de la civilisation occidentale : libéralisme whig ou radical ?	377
4.1	Les valeurs de la civilisation sont en danger : la défense d'un libéralisme whig	379

4.2	La nécessité d'une amélioration graduelle, la critique immanente	382
4.3	Une défense radicale du libéralisme : au-delà du <i>piecemeal designing</i>	388
5.	La défense normative de l'ordre libéral : maximisation des anticipations, liberté et pluralisme	393
5.1	Le cadre de coordination comme bien commun.....	396
5.2	La liberté consubstantielle à la société libérale complexe.....	403
5.3	Pluralisme et expérimentation	408
	Complexité, spontanéité et garantie des bienfaits du marché ?.....	410
Chap. VII. Changer les règles du jeu démocratique : du <i>Public Choice</i> à l'économie politique constitutionnelle		416
1.	L'analyse économique du politique.....	418
1.1	Homme économique et choix rationnel.....	419
1.2	Le calcul coût-bénéfice de l'appel à la décision collective	423
2.	Comportements démocratiques et règle de vote à la majorité	427
2.1	Analyse économique du vote.....	428
2.2	Les situations de trafic d'influence et leurs conséquences publiques	431
3.	La nécessité d'une approche constitutionnelle des règles du jeu	435
3.1	Jeu au sein des règles et règles du jeu	436
3.2	Individualisme méthodologique et individualisme normatif.....	440
	Conclusion.....	446
Chapitre VIII. Rawls et Buchanan. L'émergence d'une théorie contractualiste néolibérale.....		450
1.	Le problème commun : jeu social et règles constitutives.....	453
1.1	Des idées fondamentales en commun.....	455
2.	Deux contractualismes en tension	462
2.1	Position originelle, voile d'ignorance et équilibre réfléchi	463
2.2	Les principes de justice.....	466
2.3	Inégalités naturelles, voile d'incertitude et "starting from where we are"	476
3.	Réalisme, normativité et délibération : la théorie contractualiste comme réponse au problème néolibéral ?	499
3.1	Les individus "tels qu'ils sont" : le contractualisme de Buchanan est-il plus réaliste que celui de Rawls ?	500

3.2	Ne pas vouloir "jouer à Dieu" : Buchanan moins normatif que Rawls ?	514
3.3	La démocratie libérale comme "gouvernement par la discussion" ?	532
	Conclusion.....	545
Chapitre IX. Posner : le tribunal et le marché.....		552
1.	Les conceptions de l'efficience et le modèle du marché en arrière-plan : les leçons de Calabresi, Becker et Coase.....	562
1.1	Calabresi, l'efficience comme fonction du droit.....	563
1.2	Becker et la dimension normative de l'efficience.....	567
1.3	Coase et le modèle du marché : le théorème de Coase et son assise normative..	570
2.	L'analyse économique du droit chez Posner, de l'analyse positive à la défense normative	585
2.1	Posner-1, ou les concepts de base de son analyse économique.....	586
2.2	Posner-2, la légitimation philosophique de la maximisation de richesse	590
3.	La faillite d'une fondation normative de l'efficience.....	613
3.1	Les problèmes de la <i>willingness to pay</i>	614
3.2	L'attribution originelle des droits.....	615
3.3	Qu'imite-t-on dans le marché ?	616
3.4	Les vertiges du consentement hypothétique.....	618
3.5	La production de valeurs morales.....	620
3.6	L'efficience comme norme	623
4.	Une défense pragmatique de l'efficience et du marché : un libéralisme sans fondations théoriques ?	630
4.1	Le droit et les problèmes de l'adjudication	635
4.2	L'épistémologie pragmatiste de Posner et l'approche économique	638
4.3	La référence au libéralisme.....	642
4.4	Une justification pragmatiste de l'efficience ?.....	644
4.5	Mieux que de la "pâtée pour chien" ?	646
	Conclusion.....	652
Conclusion générale. Dépasser le néolibéralisme. Tirer les leçons des diagnostics néolibéraux pour la philosophie politique.		658
1.	Gouverner par les règles : la théorie politique néolibérale et ses enjeux.....	659
2.	Les ressources de la théorie néolibérale pour la philosophie politique	672

3. Réorienter les diagnostics néolibéraux, quelques contre-modèles	682
Bibliographie.....	696
Annexe 1 : Le <i>Statement of Aims</i> de la Société du Mont-Pèlerin en 1947.	735

Introduction générale

Le contraste fondamental entre *le gouvernement par les règles*, dont l'objectif principal est d'informer l'individu de son domaine de responsabilité dans lequel il doit façonner sa propre vie, et *le gouvernement par des ordres* qui imposent des devoirs spécifiques, s'est tellement estompée ces dernières qu'il est nécessaire de l'examiner un peu plus avant. Il ne s'agit de rien de moins que de la distinction entre la liberté de la loi et l'utilisation de l'appareil législatif, qu'il soit démocratique ou non et pour abolir la liberté.

(Friedrich Hayek, "Individualism True and False", 1946, je souligne)¹.

Il n'est pas évident d'étudier les théories néolibérales, dans le cadre d'une thèse de philosophie. L'objet néolibéralisme a, en effet, été constitué principalement – si on excepte Foucault – par des historiens, sociologues, chercheurs en sciences politiques et économistes. Dans cette introduction, je m'attache à défendre deux thèses préliminaires, tout en présentant, bien sûr, mes propres contributions et les objets de ce travail : (i) la thèse d'une *unité du néolibéralisme d'un point de vue problématique*, que je défends en développant une méthodologie particulière ; (ii) la thèse de la *pertinence de l'étude du néolibéralisme comme philosophie politique*.

La section 1 de cette introduction présente les enjeux généraux de cette thèse. Les sections 2, 3, 4 et 5 constituent une étude des travaux sur le néolibéralisme et les failles de différentes approches ayant structuré le champ. La section 6 présente la méthodologie que je développe pour surmonter ces problèmes et formuler, dans la section 7, les problèmes constitutifs du néolibéralisme comme philosophie politique. La section 8 justifie le corpus de cette thèse, et le chapitre 9 en présente le contenu.

¹ L'original dit: "The fundamental contrast between government by rules, whose main purpose is to inform the individual what is his sphere of responsibility within which he must shape his own life, and government by orders which impose specific duties has become so blurred in recent years that it is necessary to consider it a little further. It involves nothing less than the distinction between freedom under the law and the use of the legislative machinery, whether democratic or not, to abolish freedom" (Hayek, 1946, 18, ma traduction).

1. Le néolibéralisme comme théorie politique : à la recherche d'une planification libérale

À la suite de la crise financière de 2008, qui a par la suite donné lieu à une décennie de crises en Europe, même les économistes du Fond Monétaire International (FMI) ont émis des réserves vis-à-vis du "programme néolibéral" (Ostry *et al.*, 2016). Ce programme est, selon les trois économistes auteurs de l'article en question, "Neoliberalism : Oversold ?", composé de deux principes. D'une part, le principe de *dérégulation*, d'autre part celui de *désétatisation*. Le premier principe repose sur une défense des bienfaits de la concurrence, muselée par des règles trop strictes empêchant certains pays de faire face à la concurrence mondialisée. L'exemple paradigmatique est le Chili, qui aurait accompli son miracle économique par une plus grande ouverture, par la suspension des régulations ralentissant le commerce international. Le deuxième principe est solidaire du premier, car le recul du rôle de l'État par des privatisations massives ou les limitations imposées sur les dépenses, comme cela est énoncé dans le Traité de Maastricht ou le Pacte de stabilité et de croissance européen, suppose l'auto-suffisance des marchés concurrentiels et leurs bienfaits.

Sur bien des aspects le narratif des économistes du FMI souligne une tendance en vogue, relevée maintes fois depuis la contre-révolution conservatrice des années 1980, dont les figures de proue sont Ronald Reagan aux États-Unis et Margaret Thatcher aux Royaume-Unis². Les politiques d'ajustements structurels et d'austérité se sont en effet multipliées, accompagnées d'un discours vantant la rigueur des équilibres budgétaires, l'autorité des marchés financiers et la responsabilité des gouvernements. Je développe ce "narratif standard" dans la troisième section de cette introduction, mais il convient avant cela de mettre en lumière les hypothèses théoriques sous-jacentes au rapport du FMI, car il renvoie à une conception erronée du néolibéralisme, et empêche donc tout aussi bien de comprendre les pensées des auteurs néolibéraux que d'en faire une critique appropriée. La dérégulation et la désétatisation supposent en effet deux préconceptions communes, à savoir que la concurrence et le marché existent *en deçà* de toute régulation ; et que les rapports entre État et marché, économie et politique, sont antithétiques. Ces deux thèses sont inexactes et il convient de les discuter préliminairement.

² Je développerai plus largement cette lecture du néolibéralisme, mais ces thèses ont été exemplairement développées par Bourdieu (1998), Chomsky (1999) ou encore Harvey (2005) et Klein (2008).

Comme le terme de néolibéralisme est lourdement contesté, le lecteur s'attend certainement à ce que je justifie systématiquement mon emploi de ce terme. Dans cette thèse je défends que le néolibéralisme se définit, au contraire, comme une théorie politique pensant l'articulation systématique du marché et du politique, à partir d'une théorie de l'intervention institutionnelle à même d'instaurer et de garantir les bienfaits du marché. Deux principes alternatifs constituent le socle problématique du néolibéralisme à savoir (i) la non-naturalité du marché et (ii) l'impossibilité d'une planification économique. Il me faut préciser ces deux points pour en venir à la particularité de mon approche.

Le marché n'est pas une entité naturelle. L'ensemble de relations d'échanges codifiées qui traversent la société qu'on appelle marché nécessite une série d'institutions, de règles et d'interventions pour être non seulement mis en place, mais également orienté vers des résultats souhaités. L'extension du modèle marchand à davantage de sphères sociales n'est pas le fruit d'une croissance endogène et inévitable. Nos sociétés contemporaines n'autorisent pas, pour la plupart, de marchés pour les enfants, le commerce d'êtres humains, les drogues dures ou encore les organes. Si certains peuvent déplorer ces restrictions, elles pointent vers une direction identique : l'extension du marché et son mode d'existence relève d'un ensemble de règles sociales et politiques qui en définissent la forme. L'exemple des *marchés noirs*, pour les organes, les humains et les drogues, sonne immédiatement à nos oreilles comme un contre-exemple. Mais ceux-ci sont des symptômes des régulations diverses, et, tout comme les marchés officiels, leur forme est dépendante des réglementations en place. L'interdiction, la forme de l'interdiction et la valeur des peines impliquent, en négatif, les structurations de ces marchés. L'importance des règles et des institutions n'est pas uniquement relative à l'*extension* du marché mais également à la *forme* que celui-ci prend. De manière exemplaire, la façon de définir les droits de propriété des individus possède des implications distributives importantes. Un droit de propriété absolu empêche toute taxation, alors que des droits de propriété conditionnels autorisent les transferts au profit d'autres valeurs sociales reconnues. En somme, les règles qui constituent les conditions d'existence des marchés délimitent leur extension aussi bien qu'ils impliquent des résultats différents. Une autre leçon nous est livrée : il n'existe pas de non-intervention sur un domaine, car toute absence d'intervention au sein d'un état de fait est une intervention pour le *statu quo*, ne serait-ce que parce que les droits et les obligations sont fixées par des règles. Cela signifie aussi que les marchés ne sont jamais "libres" en un sens absolu, comme si en leur principe était logé une force vitale indépendante capable de se mouvoir et s'étendre. Le marché comme ensemble de relations d'échanges est un autre nom

pour une partie de nos échanges interindividuels volontaires, et en cela est toujours incrusté dans nos sociétés, c'est-à-dire qu'il doit être compris comme étant dans une interaction constante avec les autres sphères sociales. Les *free-markets*, pour reprendre l'expression anglaise omniprésente, sont donc toujours libres dans un sens spécifique, à savoir libre *au sein d'un ensemble de règles déterminées*.

Ces idées sont loin d'être originales, et on les retrouve sous des formes diverses dans bien des courants de pensée. L'exemple peut-être le plus fameux est l'ouvrage de Karl Polanyi, *La Grande transformation* (1944). L'idéal d'un marché émancipé de la société y est justement critiqué comme une fiction. Depuis la critique polanyienne, ce propos est ressassé pour identifier, dans les sociétés contemporaines, une tendance à l'économicisation, à la financiarisation, au règne du marché, et, partant, à la destruction du politique. Le *néolibéralisme* serait le nom de cette idéologie honnie. Cette lecture a longtemps été la lecture dominante sur le néolibéralisme, culminant en une thèse selon laquelle le néolibéralisme détruit la politique, transforme tous les individus en *homoeconomici* entrepreneurs de soi. Wendy Brown (2015), en tirant une certaine veine de l'analyse foucauldienne du néolibéralisme (Foucault, 1979), illustre particulièrement cette posture³. Dans cette thèse, je prends, avec et après d'autres, le parti inverse. Le néolibéralisme – que j'illustre par quatre théoriciens, à savoir Friedrich Hayek, Walter Lippmann, James Buchanan et Richard Posner – part du constat d'une non-naturalité du marché, et pose la question des relations du politique et de l'économique comme non-exclusive. La question néolibérale n'est pas celle de l'extension du marché *contre* la politique au sein d'un jeu à somme nulle, mais celle des modalités de l'intervention politique sur les règles garantissant l'existence et l'efficacité du marché. Pour utiliser une formule d'apparence paradoxale, le problème que se pose les néolibéraux est celui *des modalités d'une planification libérale*. Le premier principe de non-naturalité implique donc que les néolibéraux se posent au contraire la question du *mode de régulation adéquat* pour des sociétés de marché.

Passons au deuxième principe, qui refuse le corollaire qu'on pourrait tirer de nos développements ci-dessus. Si le marché n'est pas naturel *il est donc artificiel*, et il peut être totalement remplacé. Ce n'est pas la voie prise par les néolibéraux. À ce stade, une question ardue émerge : pourquoi devrait-on, après tout, conserver le marché ? Comme ce qui particularise les auteurs néolibéraux, par distinction d'avec d'autres libéraux modernes comme John Rawls, est une défense de la place des marchés dans les sociétés contemporaines, puisque

³ Il faut noter néanmoins que Brown (2019) amende très largement cette position initiale, et réalise une autre veine de la lecture foucauldienne, qui met en avant la dimension proprement politique des théories néolibérales.

les marchés sont l'objet de la réflexion politique et juridique, cette question est d'autant plus pressante. Dans cette introduction, je ne peux proposer qu'une réponse préliminaire à ce problème qui demeure un des enjeux transversaux des théories néolibérales, dont une partie du propos est de constituer une entreprise de justification. L'objet de cette thèse est en partie de présenter de façon plus précise ces arguments. Il convient, néanmoins, d'en présenter les raisons fondamentales, qui tiennent dans la proposition suivante : le marché n'est pas uniquement un concept économique. Les néolibéraux défendent et justifient le marché pour des raisons aussi bien politiques et morales qu'économiques. Quelques distinctions permettent d'éclairer ceci. Si le marché n'est pas considéré par les néolibéraux comme *indépendant* il est cependant en partie *autonome* ; s'il n'est pas *naturel* il est néanmoins *spontané*. Le marché est en effet pensé dès le 18^{ème} siècle *comme un principe immanent à l'ordre social*, impliquant une sphère d'autonomie vis-à-vis du pouvoir politique et souverain. Foucault (1979) exprime que la *gouvernementalité libérale* se caractérise par la nécessité de "gouverner avec le marché". En ce sens, le bon gouvernant est celui qui saisit que pour mener aux résultats escomptés il vaut mieux laisser les individus libres d'agir dans cette sphère d'activité émergente qu'est la société civile. Le meilleur gouvernement est celui qui gouverne le moins. Les libéraux identifient un élément d'auto-organisation immanent à l'ordre social, dont la métaphore paradigmatique est offerte par la main invisible. Gautier (1993) identifie cet élément central de la modernité avec les philosophes écossais de l'ordre spontané que sont Mandeville, Ferguson, Hume et Smith, qui mettent au jour la dimension spontanée de l'ordre social. C'est d'ailleurs ce qui fascine Hayek chez les lumières écossaises. La sphère économique constitue non seulement la sphère des échanges, mais aussi une sphère d'émancipation vis-à-vis d'un pouvoir autoritaire et de toute tentative de fondation transcendante de l'ordre social. Il faut privilégier le marché comme favorisant l'émergence des libertés individuelles, l'émancipation politique et la dispersion du pouvoir entraînant une diminution de la coercition. De Smith aux défenseurs plus récents du marché, comme John Tomasi dans *Free Market Fairness* (2012), le marché n'est pas défendu sur des bases instrumentales mais également pour des raisons politiques et morales. Ce dernier défend que les droits économiques doivent être considérés comme tout aussi fondamentaux que les droits politiques, puisqu'ils renvoient à l'agentivité des individus, capables de réaliser leur propre conception de la vie bonne à partir de leurs actions (*Ibid.*, 80-83). Le marché réalise un idéal de liberté par l'autonomisation des individus vis-à-vis du pouvoir coercitif et arbitraire du souverain. L'autonomie du marché, comme ordre n'obéissant à aucun commandement intentionnel, va donc de pair avec l'autonomisation des individus.

À cette autonomie s'ajoute l'idée de spontanéité. Les marchés ne sont certes pas des entités naturelles, mais ils ne sont pas non plus *artificiels*, au sens où pourrait l'être un *automate* qu'on peut piloter directement. Si la sphère d'autonomie du marché est constitutive de la liberté des individus, cette même liberté rend les résultats exacts des échanges économiques au moins en partie imprévisibles. De manière sommaire, les néolibéraux défendent que les bienfaits des marchés relèvent précisément ce que les marchés ne sont pas *directement organisés en vue de fins spécifiques*, mais découvrent de nouvelles informations à la lumière des actions individuelles. Cette caractéristique de spontanéité rend impossible toute planification économique. En effet, une telle planification, qui chercherait par exemple à fixer un montant de la production, de la consommation, à déterminer les biens dont les individus ont besoin ou encore les postes auxquels ils ont accès, abolirait le marché et, partant, le cœur de ce qui fait l'avantage, la vivacité et la robustesse de sociétés occidentales. Mais la spontanéité n'est pas synonyme de perfection. Les marchés peuvent être spontanés *sans être spontanément bénéfiques*.

L'argument esquissé ici se heurte à un second problème. Si le marché est un espace autonome spontané nécessaire pour la sauvegarde des libertés individuelles et qu'il n'est pas naturel mais doit être institué, quelle forme doit prendre l'intervention libérale ? Comment peut-on gouverner ce qui se présente comme une sphère autonome et spontanée ? C'est à ce stade qu'intervient *le concept de règles*. L'intervention libérale ne peut porter sur les activités au sein du marché, mais sur *les règles qui constituent le marché*. Le gouvernement de la société doit donc s'effectuer *par les règles*. On ne doit pas chercher à diriger l'action humaine directement, mais à modifier les règles qui gouvernent les actions. L'épigraphe de cette introduction, tiré d'un article majeur de Hayek, a ainsi donné le titre à cette thèse en soulignant cette particularité. Cela nous mène tout droit sur la voie d'étude d'une *philosophie politique néolibérale*. Si les règles sont l'objet de l'intervention, se pose en effet une série de questions fondamentales : pourquoi défendre le marché, quelles règles sont nécessaires à l'existence d'une société de marché, quelles règles doivent être mises en place pour en garantir les bienfaits et la justice, comment justifier ces règles, comment ces règles doivent-elles se transformer ? Ces questions nécessitent de comprendre le néolibéralisme comme une *théorie politique* de la justification des règles, et comme une *théorie juridique* relative à l'énonciation et à la transformation de ces règles, sans pour autant laisser de côté la *dimension économique* du néolibéralisme, puisque l'économie sert parfois à déterminer les *bonnes règles*. Le concept de règle nécessite ainsi

d'articuler une réflexion sur la nature du marché et l'importance de la décision régulatrice dans la sphère politico-juridique. Ces problèmes constituent le cœur de cette thèse.

2. Le néolibéralisme : un concept maximalement contesté

Cette ambivalence du statut du marché et des règles qui le font exister explique en partie les débats récurrents et houleux qui entourent le néolibéralisme. Au vu des controverses systématiques qui entourent l'usage du terme, il est nécessaire d'en offrir une étude plus détaillée. La littérature existante sur le néolibéralisme comporte désormais des milliers d'entrées, et plusieurs tentatives de clarifications me précèdent⁴. Je ne prétends pas, dans cette section, rendre compte des dizaines de milliers de travaux différents sur le néolibéralisme, mais présenter l'essentiel pour situer et justifier ma propre position. Il est important de noter, en premier lieu, que l'objectif de ce travail n'est pas de proposer une nouvelle interprétation historique du néolibéralisme, qu'il s'agisse d'une nouvelle histoire intellectuelle, ou une histoire des pratiques qui constituent supposément le néolibéralisme comme époque, mais que mon travail propose un usage instrumental de l'histoire, c'est-à-dire que ce qui m'intéressera dans les pages constituant ce travail est la façon dont des *problèmes théoriques* émergent. Je ne propose donc pas une historiographie nouvelle, ni ne propose d'histoire des inflexions et des déplacements des thèses néolibérales, voire du vocable, dans le temps. L'histoire, en bref, n'est pas mon mode de lecture, mais un lieu de l'enquête philosophique que j'entends mener sur les conceptions politiques et juridiques des néolibéraux.

Tout d'abord, il n'est simplement pas évident que le terme de néolibéralisme soit acceptable. Une partie des auteurs refuse de l'utiliser car le terme serait associé à une ambition politique de décrédibilisation du libéralisme. Salin (2002), Laurent (2006), Thorsen (2009) et, de manière plus approfondie, Caldwell (2010), récusent la validité même du terme. En décembre 2016, un groupe blairiste, *The Progress*, affirmait qu'il n'y avait pas de mots plus indéterminés que néolibéralisme. Ce terme était devenu, pour eux, un "terme attrape tout pour désigner tout ce avec quoi les gens sont en désaccord" (Davies, 2016). Le néolibéralisme serait

⁴ On pourra par exemple se référer à Mudge (2008), Audier (2012), Flew (2014), Venugopal (2015), Caré et Châton (2016) et Beddeleem (2017). Plusieurs travaux proposent également une histoire de l'usage du terme "néolibéralisme" et de l'évolution de son sens, notamment Audier (2012), Christoph (2012) et Brookes (2018a). Je ne conduirai pas dans cette thèse un travail analogue.

une caricature, une insulte anti-libérale et un concept sans référent. Melkevik (2020, 20) exprime cette idée de manière tranchée :

Le terme de néolibéralisme est probablement l'homme de paille le plus répandu de nos jours, et je ne pense pas qu'il mérite une place dans quelque discussion sérieuse sur le capitalisme que ce soit. Les discours sur le néolibéralisme caricaturent l'économie néoclassique ; et consistent en une critique de phénomènes complexes, tels que la mondialisation économique ou l'austérité budgétaire, qui ne prend même pas la peine d'étudier sérieusement les phénomènes en question⁵.

Il est difficile de nier que le terme de néolibéralisme est régulièrement utilisé comme un slogan anti-libéral, provenant de la gauche radicale. Boas et Gans-Morse (2009) ont d'ailleurs montré bibliométriquement que la majorité des usages du terme relevaient de cette approche critique, souvent non définie.

Au caractère polémique du néolibéralisme, s'ajoute un problème sémantique. Même lorsque le terme de néolibéralisme est utilisé, il est marqué par son ambiguïté. Le néolibéralisme est tout aussi bien l'autre nom du capitalisme financier, de l'ultra-libéralisme économique, de la déréglementation financière, que d'une doctrine extrémiste prônant la liberté du marché mondialisé et la concurrence à tous les étages de la société, associée au laissez-faire ou au libertarianisme. Le flottement sémantique recouvre une diversité d'objets de référence : il peut s'agir d'une idéologie, d'une époque du capitalisme, ou d'un tournant dans les politiques publiques. La crise de 2008 a été l'occasion pour plusieurs auteurs de rappeler les contradictions internes du régime néolibéral, caractérisé comme réarrangement de structures de classes (Duménil et Lévy, 2014), la défaite du néolibéralisme comme théorie économique impérialiste (Blyth, 2013), ou au contraire la résilience et le caractère évolutif d'une idéologie dominante⁶. Cette diversité et ces ambiguïtés constitutives ont pour conséquence que le terme se trouve discuté et critiqué par bien des chercheurs. Venugopal (2015, 166) ou Rodgers (2018) proposent une critique informée de l'usage du terme, renvoyant à l'omnivorisisme linguistique du terme, amené à référer à des objets différents et parfois contradictoires. Descamps et

⁵ L'original anglais dit: "Neoliberalism is probably one of the most common straw man arguments today, and I do not think it has its place in any serious discussion about capitalism. It makes a mess of neoclassical economics. It is used to criticize complex phenomena, such as economic globalization or fiscal austerity, without ever engaging seriously with these phenomena" (Ma traduction).

⁶ On retrouve cette caractérisation chez Crouch (2011, 2017), Mirowski (2013), Cahill et Konings (2017).

Quennouelle-Core (2018) remarquent également que le concept voit sa chronologie sans cesse étendue et ses objets toujours diversifiés, si bien que le sens de ce qui rassemble et unit les différents travaux n'apparaît pas toujours.

Il est usuel, en théorie politique et histoire des idées, de se référer à l'article de Gallie, "Essentially Contested Concepts" (1956). Gallie introduit, dans cet article, l'expression de "concepts essentiellement contestés" pour traiter des concepts des sciences sociales entraînant un désaccord récurrent. Le concept de *justice sociale* est un exemple parmi d'autres, qui entraîne des conflits définitionnels et normatifs. Néanmoins, le concept de néolibéralisme est *trop contesté* pour tomber sous les conditions définitionnelles d'un concept contesté pour Gallie. En effet, quatre conditions doivent être respectées pour qu'un terme tombe sous cette catégorisation : (i) le terme doit avoir une dimension évaluative, (ii) il doit référer à un ensemble ayant une complexité interne, (iii) la description de l'ensemble doit donner une place à la multiplicité des composants, de façon à ce que plusieurs descriptions alternatives soient possibles, et (iv) la description finale doit laisser place à des recompositions au vu de changements de circonstances ou de nouveaux éléments. Ironiquement, le concept de néolibéralisme est contesté au point que les différentes conditions énoncées par Gallie pour que le désaccord puisse émerger ne sont elles-mêmes pas consensuelles. Il n'est pas évident pour tous que le concept de néolibéralisme doive avoir un contenu évaluatif, la diversité que recouvre le terme n'est de même fixée, ce qui implique qu'il existe plusieurs niveaux de descriptions alternatives possibles, et donc de recompositions conceptuelles. Je ne prétends pas ici que la conception de Gallie soit l'unique possible, mais elle exemplifie qu'il n'existe pas d'accord sur le terme de néolibéralisme permettant à une contestation raisonnable d'émerger. On peut donc appeler "maximalement contesté", les concepts comme celui de néolibéralisme. Cette difficulté touche au cœur de notre propre problématisation partant du concept de règles, car le problème des règles de fonctionnement du marché recoupe très largement les préoccupations du libéralisme. Cela introduit des difficultés supplémentaires car il ne suffit pas d'identifier les contenus éventuels que recouvre le terme pour voir ce qui les unifie, mais d'opérer un véritable tri dans la littérature sur le sujet pour donner les conditions d'après lesquelles le concept peut avoir un sens. C'est ce que je propose dans les deux prochaines sections, consacrées au "narratif standard" sur le néolibéralisme et aux approches intellectuelles du néolibéralisme.

3. Le narratif standard sur le néolibéralisme

S'il y a eu, lors des trente dernières années, d'une part une explosion quantitative de l'usage du terme et, d'autre part, une diversification disciplinaire de cet usage⁷, il me semble qu'on peut identifier un narratif standard qui a été, jusque dans les dix dernières années, dominant.

Ce que j'appelle le narratif standard sur le néolibéralisme identifie le néolibéralisme comme une période historique ouverte à partir des années 1970-1980, marquée par l'émergence de politiques publiques spécifiques et d'une nouvelle rationalité gouvernementale, et caractérisée par la domination d'un projet intellectuel particulier. Ce narratif standard possède l'avantage d'articuler une compréhension du néolibéralisme comme stade du capitalisme, comme projet intellectuel et comme tournant dans les politiques publiques mondiales, qui constituent les "trois facettes du néolibéralisme" (Brookes, 2018a, 62sq). Ce narratif standard connaît ses vulgarisateurs (Klein, 2007), ses garants scientifiques (Stiglitz, 2002) et ses épisodes canoniques (le Chili de Pinochet et les *Chicago boys*). Ce narratif est particulièrement développé chez Harvey (2005), qui reprend les travaux empiriques de Duménil et Lévy (2004) sur les mutations du capitalisme, mais irrigue la majeure partie du champ de recherche sur le néolibéralisme. La "révolution néolibérale" des années 1970-1980 est largement reconnue comme le lieu de naissance du néolibéralisme et constitue, dans ce cadre, un tournant historique⁸. Ce "tournant" est défini comme une bascule en termes de logiques et de rationalité : on passe d'un État garantissant le *welfare* à un État garantissant la concurrence. On vivrait depuis dans "l'ère du néolibéralisme" (Saad-Filho and Johnston, 2005, 1). À la suite de Lebaron (1998), on peut identifier une triple crise expliquant le passage d'un libéralisme intégré, dans lequel l'économie est très largement régulée en fonction d'objectifs sociaux, à un capitalisme néolibéral : une crise scientifique (celle des modèles néo-keynésiens), une crise économique (la stagflation) et une crise idéologique (des alternatives au capitalisme libéral).

⁷ Relever la diversité du concept est un lieu commun dans la littérature portant sur le néolibéralisme, des essais de typologies sont néanmoins explicités chez Audier (2012), Haber (2012), Beddeleem (2017), Brookes (2018a, chap. 1), Rodgers (2018) et Tourneux (2019, chap. 1; 2022). Quantitativement, depuis le milieu des années 1990, les ouvrages et articles mentionnant le néolibéralisme sont plusieurs centaines chaque année. Christoph (2012) dans son introduction et Mirowski (2014) proposent des traitements bibliométriques de l'usage du terme néolibéralisme. Les résultats sont les mêmes : une augmentation régulière des références au concept de néolibéralisme. L'accélération s'accroît à partir de 2008. Audier (2012, 7) et Beddeleem (2017, 10) confirment l'importance de la crise des *subprimes* relativement à l'intérêt grandissant pour le néolibéralisme. Pour un tableau récapitulatif de l'usage du terme en fonction des disciplines on peut se référer à Birch (2017, 81).

⁸ On retrouve cette thèse chez Jobert et Théret (1994), Touraine (2001), Plewhe *et al.* (2006), Peck (2010), Davies (2014), Boyer (2015), ou encore Chamayou (2018).

Les trois crises et la fin du libéralisme intégré

La *crise scientifique* est celle des idées néo-keynésiennes, défendues par des économistes comme Paul Samuelson, Robert Solow ou John Hicks, prétendant piloter l'économie à l'aide de l'inflation. Ce modèle de "fine tuning" (Dostaler, 2009) entre en crise du fait de l'apparition du phénomène de stagflation (la combinaison d'une faible croissance et d'une inflation élevée), qui apparaît dans les années 1970 et contrevient aux hypothèses des modèles néo-keynésiens, pour qui une inflation élevée et une hausse du chômage sont incompatibles car l'inflation implique une hausse de consommation, suivie d'une croissance économique et donc d'un chômage faible⁹. Les analyses des néo-keynésiens sont remplacées par celles de l'École de Chicago, dont les figures de proue sont, sur ces questions, Milton Friedman et Robert Lucas¹⁰. La logique de la critique de Friedman peut être résumée ainsi : avec le temps, les travailleurs finissent par ajuster leurs anticipations au nouveau niveau des prix et, constatant la baisse de leur salaire réel, certains d'entre eux quittent leur travail face à une rémunération jugée insuffisante. La politique keynésienne peut fonctionner à court terme mais à moyen terme elle ne fait que reconduire la situation précédente. Pour Friedman, ce mécanisme d'ajustement adaptatif des anticipations explique qu'il existe un taux de chômage d'équilibre, dit "naturel", vers lequel l'économie converge. Cette réponse friedmanienne est prolongée par Lucas, qui développe la théorie selon laquelle les agents s'adaptent systématiquement aux politiques monétaires, et qu'il est donc impossible, si les agents sont rationnels, de les tromper par une hausse de l'inflation¹¹. De façon concomitante, le même renversement s'opère dans les institutions économiques internationales ou nationales avec une conversion des techniciens aux théories monétaristes entraînant des conséquences libérales (Dezalay et Garth, 1998). En France le même phénomène est observé au sein du gouvernement Barre¹². Il existait, bien évidemment des intellectuels libéraux avant cette période, mais ce n'est qu'à partir de cette période qu'ils accèdent à des postes à responsabilité.

⁹ On associe généralement ces arguments avec la courbe de Philips et le carré magique de Kaldor. Pour plus de détails sur cette période, on lira Goutsmedt (2017, introduction).

¹⁰ Je ne développe pas dans cette introduction les innovations théoriques de ces deux penseurs, relativement à la question des anticipations adaptatives et rationnelles. On pourra lire sur ce point Sergi (2017) qui se concentre sur la modélisation issue des travaux de Lucas à savoir les modèles DSGE (pour *Dynamic Stochastic General Equilibrium*).

¹¹ On connaît généralement cet argument sous le nom de "critique de Lucas". Sur les débats autour de la critique de Lucas en macroéconomie, et notamment les réponses des keynésiens, voir Goutsmedt *et al.* (2019).

¹² Pour un itinéraire français du néolibéralisme voir Denord (2004), et, de façon plus exhaustive, Brookes (2018a).

L'apparition de la stagflation entraîne une *crise économique* dans les années 1970, qui est décrite par Duménil et Lévy (2014) comme une crise de suraccumulation du capital¹³. Cette crise, qui est aussi la cause du changement de modèle scientifique, implique une remise en question de l'ordre social qui ne peut être reconduit comme tel. Dans ce cadre, le tournant néolibéral est caractérisé par un changement de modèle économique visant à restaurer les taux de profits sans pour autant réussir à juguler la hausse du chômage. C'est ainsi que dans les années 80 sont mises en place des politiques libérales, avec notamment le gouvernement Thatcher (1979-1990), qui se réclame explicitement des analyses de Hayek, dont elle conseille la lecture aux députés anglais, et Reagan (1981-1989), influencé par les économistes de l'École de Chicago et par la suite par les économistes de l'offre comme Laffer et Gilder. En France de la même façon un revirement se produit avec le gouvernement Barre (1976-1981)¹⁴. Au même moment, en juillet 1979, la politique économique de la *Federal Reserve*, la banque centrale États-Unienne, change radicalement sous la direction de Paul Volcker. La lutte contre l'inflation est alors prioritaire, notamment par la hausse du taux d'intérêt, stabilisé autour de 20%. Ce changement de politique est vu alors comme le seul moyen de sortir de la crise de stagflation. Il est certain que ces changements "réalistes" ont été largement rendus possibles par le changement de paradigme de croyance réalisés par le monétarisme des années 60-70 sur le plan scientifique. Cela aboutit au triptyque de dérégulation, libéralisation et privatisation, prêché par le FMI dans les années 1980 et constituant la base du Consensus de Washington dans les années 1990, et à différentes vagues de conversions des partis de gauche à cette nouvelle idéologie, par exemple l'administration Clinton au "market globalism" et le Labour de Tony Blair et Giddens à la "troisième voie" (Audier, 2012, 12-13 ; Rioufreyt, 2016). Lebaron (1998) pointe, à la même période, l'importance des intellectuels de gauche reconvertis au libéralisme pour saisir cette histoire française, notamment pour en penser la spécificité vis-à-vis de l'Angleterre où l'arrivée de Thatcher au pouvoir a impliqué le remplacement des personnels politiques. La politique néolibérale a, selon lui, été rendue possible en France par la reconversion des intellectuels économistes, comme Jacques Attali, au libéralisme, et un changement dans les modes de pensées des élites technocratiques (Bourdieu et Boltanski, 1976).

¹³ Une crise de sur-accumulation du capital est définie, chez les marxistes, par la baisse de la plus-value relativement au capital investi, produisant une situation de stagnation et la baisse des profits. Associée à une inflation importante la conséquence d'une telle crise est l'érosion des revenus des plus riches.

¹⁴ Et par la suite avec le "tournant de la rigueur" de Mitterrand après 1983, qui conduit l'État à se retirer d'une série de secteurs.

Au même moment le monde connaît une *crise idéologique*. Le phénomène principal est celui de la disqualification des idéologies concurrentes au libéralisme. Cette crise consiste en un bouleversement sur le marché des biens symboliques, et notamment sur le marché des idéologies. Certaines idées prennent de la valeur, tandis que d'autres se dévaluent très largement, dû à une situation historique, économique et sociale particulière. Le keynésianisme, on l'a vu, se trouve mal en point à la suite de l'apparition de la stagflation, qui contrevient à son modèle théorique, mais aussi plus généralement de la crise qui remet en cause le modèle social et économique existant. Le marxisme et le communisme sont dévalués sur le marché des idées du fait d'une assimilation au totalitarisme de l'URSS, après notamment la publication de l'Archipel du Goulag de Soljenitsyne en 1973, à l'autoritarisme des gouvernements socialistes satellites et à l'échec économique qui caractérise les économies du bloc de l'Est. En France, à la fin des années 1970, le nombre d'adhérents du Parti Communiste (PC) commence à chuter. En 1976, le PC est devancé pour la première fois dans des élections par le Parti Socialiste, et le processus tend à s'accroître au cours des années 1980. Alors que le PC commence sa dégradation et que les idées communistes rencontrent de moins en moins d'adhésion, ceux qui avaient depuis longtemps critiqué ces idéologies reviennent sur le devant de la scène. La situation idéologique peut alors se résumer par les mots de Margaret Thatcher : "There is no alternative"¹⁵, l'horizon historique indépassable est celui du capitalisme libéral, dont Fukuyama se fait le chantre en annonçant que le capitalisme libéral est la fin de l'histoire (Fukuyama, 1992). Par contamination et à partir de la condamnation du marxisme historique, ce sont toutes les alternatives, du stalinisme aux formes de keynésianismes ou de social-démocraties plus modérées, en passant par le socialisme, le communisme libertaire, l'anarchisme et le solidarisme, qui sont évincées. Toute tentative de réguler le marché ne peut que conduire à la catastrophe, tout comme les résidus de l'ordre social ancien (protections sociales, syndicats etc.) sont caractérisés comme des archaïsmes. On observe un renversement des valeurs sur l'échiquier politique : les conservateurs sont ceux qui veulent conserver les protections sociales ; les progressistes sont les libéraux qui veulent laisser les forces sociales jouer librement. Sur le marché des idées les années 1970 sont ainsi un moment central pour saisir la valuation de certaines idées et la dévaluation de leurs concurrentes. Cette tendance idéologique s'accroît à la fin des années 1980 avec la chute du mur de Berlin et la fin officielle du régime soviétique.

¹⁵ L'expression est désormais tellement usitée pour désigner le néolibéralisme qu'elle a acquis son propre acronyme : TINA.

4. Les problèmes du narratif standard

Ce narratif, très largement partagé, possède des avantages évidents. En premier lieu, il est doté d'une certaine cohérence, et lie ensemble des aspects aussi bien théoriques, qu'historiques et politiques. De plus, il est fondé sur des travaux empiriques qui soulignent des transformations réelles dans les politiques publiques dans le monde à partir des années 1980. À bien des égards, ce narratif permet effectivement d'éclairer des phénomènes réels, et de saisir des transformations historiques d'importance. Pour ce qui relève du néolibéralisme, et au-delà du fait que l'idée même d'un "tournant" ait été historiquement mis en question en France et dans le monde (Renault, 2021), il se heurte à trois grandes critiques.

La première critique est celle de la mise en cohérence d'éléments au service d'un discours téléologique. Ce que met en effet en relation ce narratif est un ensemble de phénomènes divers : des théories scientifiques développées au sein de l'École de Chicago, la financiarisation économique mondialisée, la chute de l'URSS, le changement des politiques publiques. Cette mise en cohérence est orientée vers une fin, chez les auteurs comme Harvey ou Duménil et Lévy, à savoir la restauration d'un taux de profit par les capitalistes. Audier (2012) présente une critique acerbe de cette tendance à lire l'histoire de manière rétrospective pour identifier une forme de complot néolibéral qui se serait imposé par force et violence pour donner suite à la crise des années 1970¹⁶. Le narratif standard possède les faiblesses de ses forces, car sa mise en cohérence implique l'existence d'une unité intentionnelle à ces phénomènes qui conduit à une lecture téléologique et simpliste de l'histoire. En reliant systématiquement idées, politiques et période du capitalisme, il tend à faire des idées des purs instruments idéologiques, ou au contraire à les mettre en cohérence totale avec les évolutions du capitalisme et des institutions. Si quelques éléments viennent corroborer ce point, comme le pacte de stabilité et de croissance, l'importance de la lutte contre l'inflation dans les Banques Centrales ou encore la limitation des déficits publics, cette image se marie mal, par exemple, avec la croissance persistante des budgets publics dans les pays développés sur cette période.

Ceci conduit à notre second point, relatif à ce que laisse de côté ce narratif. La seconde critique porte sur la réduction du néolibéralisme à une forme d'économicisme éclipant la théorie politique. Le versant théorique du néolibéralisme est réduit, au sein de ce narratif, à l'École de Chicago, avec quelques mentions de Hayek. Plus encore, ce sont les théories

¹⁶ Audier identifie cette tendance chez Dixon (1998), Halimi (2004) ou encore Denord et Schwartz (2009).

monétaristes et la théorie du choix rationnel qui sont mobilisées, si bien que le néolibéralisme est réduit à une forme d'*économicisme*. Ce narratif manque toute la particularité des néolibéraux, Friedman compris, qui développent également un discours politique. Lorsque, dans le meilleur des cas, les discours des néolibéraux sont pris en compte, c'est pour en souligner les paradoxes : comment les néolibéraux peuvent-ils défendre l'affaiblissement du rôle de l'État et en même temps défendre un État fort comme le Chili de Pinochet ? Le narratif revient à présenter les théories néolibérales comme relevant avant tout de *l'idéologie* visant à défendre son infrastructure, le capitalisme. Milanèse (2020a, 8) répond très largement à cette tendance critique du narratif standard :

On peut balayer tout ceci d'un revers de main, n'y voir qu'idéologie : on ne produit alors que des critiques auxquelles les néolibéraux répondront facilement – et souvent ils y ont répondu avant même qu'on les formule. Ce n'est pas là nier que le néolibéralisme soit une idéologie et que le capitalisme en soit le cœur, mais cela conduit à une approche plus fine de ce qu'est une idéologie – une idéologie peut être une authentique pensée qui, comme telle, a des effets historiques propres, parce que, peut-être, toute pensée sociale défend des intérêts sociaux.

On s'empêche fondamentalement, en suivant le narratif standard, de voir ce qui chez les néolibéraux relève de critiques justifiées, de concepts innovants, voire de positions importantes et pertinentes. Cela m'amène à ma dernière critique.

La troisième et dernière critique est relative à l'incompréhensibilité du succès et de l'acceptabilité sociale du néolibéralisme dans un tel narratif. Si le tournant néolibéral a connu un succès écrasant, au point de donner son nom à notre ère historique, comment expliquer ce succès alors qu'il s'agit d'un projet au service des plus riches, menant à l'explosion des inégalités, à l'aliénation des individus par la concurrence et à la marchandisation des valeurs ? Harvey (2005, 40) reprend le concept d'hégémonie gramscien pour expliquer ce succès, et pointe vers le nombre de *think tanks* et de financements dont bénéficient les néolibéraux. Ce point, faisant fond sur des éléments largement étudiés¹⁷, surestime néanmoins le support initial dont les libéraux ont pu jouir¹⁸. Mirowski (2013) offre une explication alternative tout aussi

¹⁷ Sur les *think tanks* libéraux, la référence est Cockett (1995).

¹⁸ Audier (2012) décrit la très longue traversée du désert des néolibéraux entre les années 1930 et 1950, de même Caldwell (2020) décrit la façon dont Hayek organise la première réunion de la société du Mont-Pèlerin et les financements conditionnels qu'il obtient. Levy et Peart (2020) décrivent également les financements de l'École de

trompeuse, en défendant que les néolibéraux tiennent un double-discours qu'il nomme "la doctrine de la double vérité" (*Ibid.*, 86). D'un côté les néolibéraux défendraient une thèse d'émancipation par les marchés, et en privé une thèse autoritaire de respect des règles de marché par l'État. Cette thèse rencontre deux problèmes importants. D'une part elle relève presque du complotisme, ce qui est un mode d'explication historique très peu économique ; mais, aussi et surtout, elle se heurte également à une lecture précise des textes des auteurs néolibéraux, chez qui la défense des marchés est toujours reliées à un rôle indépassable de l'État pour garantir les règles du jeu. Le narratif standard conduit, de ce fait, à réduire le néolibéralisme à un projet anti-démocratique, qui rend impossible la compréhension du succès des idées néolibérales au sein des systèmes démocratiques (Cahill et Konings, 2017, 9). Sur ce point, comme sur le précédent, la lecture critique typique du néolibéralisme empêche tout simplement de lire les théories néolibérales, d'en saisir les spécificités et d'en comprendre l'intérêt et les raisons pour lesquelles de telles idées ont pu acquérir une valence politique. On ne peut pas comprendre, par ailleurs, pourquoi le terme peut être revendiqué par certains. Depuis plusieurs années le terme se répand y compris chez ceux qu'on appelle de façon critique néolibéraux. Certains instituts revendiquent désormais l'étiquette de "néolibéraux", comme l'*Adam Smith Institute*, le principal *think tank* libéral britannique qui, depuis 2016, a publié sur sa page un "coming out as neoliberals". En 2018 le même institut a publié une nouvelle fois sur ce sujet : "Neoliberalism : no regrets". À quoi renvoie leur "néolibéralisme" ? Ils se définissent eux-mêmes comme pro-marché, pro-droits de propriétés, pro-croissance, individualistes, optimistes et confiants dans l'économie pour résoudre les problèmes comme la faim dans le monde ou les inégalités mondiales. De la même façon, en France, Gaspard Koenig (Brookes, 2018b), philosophe lobbyiste à l'Institut Montaigne et à Génération Libre, deux *think tanks* libéraux, reconnaît la pertinence de l'étiquette "néolibéralisme", comme une théorie à même de renouveler les débats politiques actuels. Enfin récemment est né le *Neoliberal Project*¹⁹, qui se réclame explicitement d'une histoire du néolibéralisme et défend des politiques pro-marchés tout en légitimant ce positionnement par une recherche de justice sociale²⁰.

Virginie menée par Buchanan, et montrent que la Earheart Fondation, qui est le principal financeur, est un organisme pluraliste d'un point de vue politique. Les travaux récents dépeignent une image des premiers moments du néolibéralisme bien loin du faste du forum mondial de Davos.

¹⁹ Voir leur site internet : <https://neoliberalproject.org/about-us>. Voir également le compte twitter suivi par plus de soixante mille personnes : <https://twitter.com/neoliberal>.

²⁰ On pourrait multiplier les exemples, comme le récent livre de Nick Cowen (2021), qui se réclame du néolibéralisme comme théorie politique, ou encore Kevin Vallier (2021) défendant, tout en étant plutôt sympathique vis-à-vis de l'étiquette, cette catégorie.

Pour toutes ces raisons le narratif standard est, depuis plusieurs années, très largement discuté, et ce à partir des approches intellectuelles du néolibéralisme.

5. Les approches intellectuelles du néolibéralisme

Les approches intellectuelles du néolibéralisme, se centrant sur des corpus d'auteurs, sont plus récentes, et se sont développées lors des quinze dernières années²¹. Les textes d'auteurs aussi divers que Friedrich Hayek, Louis Rougier, Michael Polanyi, Walter Eucken, Wilhelm Röpke, Alexander Rustöw, Jacques Rueff, Karl Popper, Walter Lippmann, Ludwig Von Mises, Milton Friedman, Gary Becker, James Buchanan ou encore Richard Posner, ont été étudiés, critiqués et exhumés. Ces approches sont plus attentives aux contenus des thèses néolibérales, mais présentent aussi des dimensions sociologiques, mettant en avant non seulement les échanges épistolaires entre auteurs mais aussi les réseaux constitués par les conférences communes, les *think tanks* et multiples relations entretenues entre auteurs néolibéraux. Je discute dans cette partie deux thèses qu'on peut tirer des approches intellectuelles : la thèse de l'existence d'un réseau néolibéral, et la thèse d'une unité théorique.

Commençons par *la thèse de l'existence d'un réseau néolibéral*. Les approches intellectuelles ont mis en avant plusieurs événements fondateurs. Deux événements ont une place particulière dans ces récits, à savoir d'une part le colloque Walter Lippmann en 1938 à Paris, où l'expression de néolibéralisme est mobilisée par les libéraux réunis à cette occasion pour définir leur position ; et d'autre part la première réunion de la Société du Mont-Pèlerin en 1947, cette "internationale libérale", en Suisse (Mirowski et Plewhe, 2009). Récemment ces événements ont été l'objet de travaux précis et documentés, donnant une épaisseur historique aux thèses des néolibéraux²². Les travaux récents identifient donc un réseau, des échanges

²¹ On pourra citer comme relevant entièrement ou en partie de cette catégorie, entre autres et à la suite de Foucault (1979) : Audier (2008, 2012), Dardot et Laval (2009), Mirowski et Plewhe (2009), Peck (2010), Plant (2010), Koehler et Kolev (2011), Burgin (2012), Christoph (2012), Jackson (2012), Stedman-Jones (2012), Davies (2014), Gane (2014), Amadae (2015), Brown (2015, 2019), Caré (2016), Commun (2016), Solchany (2016), Beddeleem (2017), Birch (2017), Cahill et Konnings (2017), Fèvre (2017), McLean (2017), Biebricher (2018), Chamayou (2018), Laval (2018), Olsen (2018), Slobodian (2018), Callisson (2019), Stiegler (2019), Tourneux (2019), Whyte (2019), Innset (2020), Plewhe *et al.* (2020), ou Milanèse (2020a).

²² Particulièrement Audier (2008) pour le colloque Lippmann, et Innset (2020) pour la première réunion de la Société du Mont-Pèlerin. Récemment Caldwell (2020) a également proposé son récit de la formation de la Société du Mont-Pèlerin. Caldwell est en train de préparer l'édition des débats tenus à cette occasion, sur le modèle de ce qui a été produit par Audier.

réguliers, des collaborations et des discussions dans ces années²³. Le néolibéralisme n'est donc pas une vague idéologie très largement critiquée, mais incarnée par des individus dans un réseau institutionnel dense, et désormais bien étudié.

Il me semble indéniable que ces travaux démontrent l'existence d'un réseau libéral²⁴. La lecture des textes fait cependant apparaître des doutes sur l'unité théorique de ce réseau. Par exemple, il est régulièrement rappelé que le terme "néolibéralisme" est utilisé de façon réflexive lors du Colloque Lippmann, mais le détail des discussions montre que plusieurs intervenants s'opposent à cette description de leurs propres positions, à commencer par Jacques Rueff, Ludwig Von Mises et, selon Audier (2008), Friedrich Hayek. Il n'est donc pas évident que l'étiquette soit réflexivement adéquate aux discussions de cette période. Cela ne revient pas à dire qu'une étiquette non revendiquée ne peut avoir de cohérence²⁵, mais à relativiser l'importance du Colloque Lippmann comme moment fondateur indépassable. Audier (2012, 2013) a par ailleurs montré les différences méthodologiques importantes entre différents courants, tout comme Caré (2016) et Brookes (2018a), qui soulignent la volatilité des courants au sein dudit néolibéralisme, et donc les doutes relatifs à son unité.

Pour discuter ce second point plus avant, il me faut discuter *la thèse d'une unité théorique du néolibéralisme*. La thèse unitaire la plus fameuse est celle développée dans le sillon de Foucault. *La naissance de la biopolitique* de Foucault fait figure de texte fondateur²⁶. Un des apports fondamentaux de Foucault et des nombreux textes qui se réfèrent à ses travaux,

²³ Burgin (2012), Jackson (2012), Beddeleem (2017) et Slobodian (2018) ont particulièrement contribué à mettre en lumière, avec un travail d'archives important, les échanges des néolibéraux dans les années 1930 et 1940. C'est par le biais de ces travaux que des figures comme Walter Lippmann, Louis Rougier, Michael Polanyi, sont désormais mieux connues. J'ai moi-même conduit une partie de mon travail dans cette direction, voir Colin-Jaeger (2021).

²⁴ Ma lecture est bien évidemment *idealtypique*. En effet, chez tous les auteurs cités dans la note précédente l'étude du réseau sert à identifier une communauté de problèmes. Mon propos est ici de nature didactique plus que critique.

²⁵ L'argument selon lequel seules des étiquettes auxquelles les individus se réfèrent explicitement sont acceptables, me semble en effet critiquable par bien des aspects. On se réfère à Smith et à des penseurs antérieurs, comme Locke, comme étant des libéraux, alors que le terme n'apparaît dans son sens moderne qu'au début du XIX^{ème} siècle sous la plume de Maine de Biran. Ce qui importe relève donc moins de l'identification, mais de savoir si l'étiquette est porteuse de sens en renvoyant à quelque chose de relativement défini.

²⁶ La réception de ce texte a elle-même une histoire. Ce cours a été lu aux États-Unis avant de l'être en France, et les discours sur le néolibéralisme se référant à Foucault ont d'abord commencé en langue anglaise. On trouve ainsi des travaux sur la subjectivité néolibérale s'inspirant de Foucault en anglais dans les années 1990, alors que le cours de Foucault a été reçu à la fin des années 2000 en France. Le champ français était ainsi marqué par les idées de Bourdieu sur le sujet (Laval, 2018), qui voit dans le néolibéralisme une forme d'impérialisme économique, notamment de la théorie néoclassique. Ce retard de réception explique les controverses relativement récentes sur Foucault et le néolibéralisme, portant notamment sur les sympathies supposées de Foucault pour les thèses néolibérales (pour un retour sur ces controverses voir : Bidet, 2006 ; Dardot et Laval, 2009 ; Audier, 2015 ; Sawyer et Steinmetz-Jenkins, 2019 ; Verlengia, 2019).

qu'ils soient explicitement foucauldien ou non²⁷, est de souligner l'aspect proprement politique du néolibéralisme et la nécessité de dépasser la réduction du néolibéralisme à des théories strictement économiques, à un économicisme, ou à l'impérialisme économique (Cahill, 2014).

Foucault introduit dans ce cours toute une série d'idées qui seront largement développées et reprises par la suite. Son travail voit avant tout dans le néolibéralisme un discours, incrusté dans des pratiques et des technologies de gouvernement (Foucault, 1979, 327). Il souligne deux nouveautés, qui apparaissent chez les ordolibéraux et l'École de Chicago (*Ibid.*, 80). La première est celle d'un rejet néolibéral du naturalisme du libéralisme classique. Le marché n'est pas une entité naturelle mais a besoin d'un cadre institutionnel pour fonctionner de façon adéquate : le laisser-faire économique se conjugue avec une forme d'interventionnisme, institutionnel et juridique. L'économique et le politique sont intrinsèquement solidaires. Sur ce point il convient d'ajouter une note d'importance. Il est évident que les libéraux classiques, Smith et Bentham en tête, *ont une théorie institutionnelle du fonctionnement du marché*. Cela dit le marché est compris, chez Smith et pour Foucault, à partir d'une théorie de la nature humaine, une anthropologie, si bien que la division du travail et l'émergence des sociétés de marché y est un processus autonome. Foucault exprime cette différence entre libéralisme et néolibéralisme :

Qu'est-ce donc que ce néolibéralisme ? (...) Pour le néolibéralisme, le problème n'était pas du tout de savoir, comme dans le libéralisme de type Adam Smith, le libéralisme du XVIIIème siècle, comment, à l'intérieur d'une société politique toute donnée, *on pouvait découper, ménager un espace libre qui serait celui du marché*. Le problème du néolibéralisme, c'est, au contraire, de savoir comment *on peut régler l'exercice global du pouvoir politique sur les principes d'une économie de marché*. Il s'agit donc non pas de libérer une place vide, mais de rapporter, de référer, de projeter sur un art général de gouverner les principes formels d'une économie de marché.

(*Ibid.*, 137, je souligne).

Deux éléments sont à noter dans cet extrait. Non seulement le marché est toujours solidaire du politique, et il n'y a pas de marché naturel ou libre en ce sens. Le néolibéralisme ce n'est pas le laissez-faire, mais une forme d'interventionnisme permanent (*Ibid.*, 138). Le libéralisme n'est

²⁷ Dardot et Laval (2009), Gane (2014), Brown (2015) ou Stiegler (2019) se réfèrent, par exemple, directement à Foucault comme source d'influence. Tous les travaux cités précédemment se réfèrent également à Foucault, mais ne peuvent néanmoins être considérés comme foucauldien dans leur approche.

pas une conception qui naturalise naïvement le marché, mais qui cherche à garantir un espace d'autonomie pour le marché. Le néolibéralisme en revanche, ne cherche pas à garantir un espace, mais à appliquer la rationalité issue de la sphère économique au politique, et nourrit la rationalité gouvernementale de cette nouvelle norme. Le marché devient la norme du politique. La politique est donc orientée vers la réalisation du marché.

En mettant en avant ce point, on anticipe une deuxième nouveauté introduite par l'analyse foucauldienne : les libéraux classiques n'ont pas pris en compte dans sa juste mesure qu'afin que le marché et la concurrence soient bénéfiques, il faut en construire activement les conditions. Foucault illustre cela avec les théories de Gary Becker sur le capital humain, en montrant que le modèle néolibéral est celui d'une anthropologie généralisée d'individus entrepreneurs de soi, ce qui est le pendant de la politique institutionnelle active (autrement appelée *Vitalpolitik* par les Allemands), sur les individus. Les développements foucauldien permettent de mettre en avant une rationalité générale reliant différents éléments répondant à un même type de problèmes. En cela, il n'est pas certain qu'il y ait une rupture radicale entre libéralisme et néolibéralisme, mais plutôt que le néolibéralisme est une réflexion sur les conditions de possibilité et d'effectivité de la théorie libérale²⁸.

Dardot et Laval (2009) sont certainement ceux qui ont le plus développé et perpétué l'analyse foucauldienne. Ils identifient le néolibéralisme à un effort de refonte du libéralisme dans les années 1930, cherchant à surmonter les difficultés historiques du laissez-faire. La grande transformation identifiée par les auteurs est celle d'une transformation du rôle de l'État en promoteur de la concurrence. Dardot et Laval identifient, suivis en cela par bien d'autres, que le néolibéralisme ne consiste pas en un abandon du politique mais en une *reconfiguration de la rationalité gouvernementale*. Cela n'implique donc pas un retrait du politique mais son redéploiement selon des modalités différentes. L'État n'est pas amené à disparaître, mais à demeurer un gardien fort des règles du jeu économique-politique²⁹. La souveraineté n'est, dans ce cadre, pas abolie, mais se déploie sous de nouveaux horizons. Pour reprendre une expression

²⁸ Cette idée d'une rupture entre libéralisme et néolibéralisme est au cœur de plusieurs lectures centrales dans le champ d'étude, voir par exemple Mirowski (2014) ou Becchio et Leguissa (2017). La question de la continuité et de la rupture entre libéralisme et néolibéralisme est cependant débattue. Burgin (2012) considère par exemple que le néolibéralisme est *une réactualisation et un approfondissement* de certaines thèses traditionnellement libérales, alors que Amadae (2015) défend une *rupture en termes de rationalité*, avec le remplacement d'une théorie de la sympathie et du marché encadré dans les relations sociales et morales par une rationalité stratégique dans laquelle les individus peuvent en permanence être opportunistes et faire défection. Chez Foucault (1979), cette question n'est pas si claire, puisque l'ordolibéralisme est étudié dans la continuité des crises du libéralisme.

²⁹ En suivant cette lecture et en filant la métaphore du jeu, Odile Tourneux a proposé de considérer l'État dans les modèles néolibéraux comme un arbitre impartial (Tourneux, 2020). La métaphore des règles du jeu est déjà traitée chez Foucault, dans un passage faisant directement le lien avec le contractualisme (Foucault, 1979, 207).

foucauldienne, il ne s'agit plus alors de gouverner *avec* le marché, ce qui est la définition de la gouvernementalité libérale classique, dans laquelle le marché est cet espace autonome garantissant l'émancipation du pouvoir souverain, mais de gouverner *par* le marché, en instaurant des situations de mise en concurrence comme autant de micro-pouvoirs. Le néolibéralisme est, pour les auteurs, une *gouvernementalité*, c'est-à-dire une conduite des conduites par la construction de situations de marché³⁰. L'ensemble des auteurs ainsi traités, de Lippmann à Hayek en passant par les théoriciens de Chicago ou de Virginie, seraient unis par cette même rationalité.

L'approche foucauldienne ouvre des perspectives fondamentales, mais pose néanmoins des problèmes importants. Deux problèmes sont consubstantiels de cette approche, et plus largement des approches intellectuelles. L'homogénéité du néolibéralisme est en effet questionnable de deux façons : de façon *synchronique* et *diachronique*. Cette question de l'homogénéité est un problème auquel Foucault lui-même est confronté, puisqu'il reconnaît des différences très importantes entre le néolibéralisme ordolibéral et américain (Foucault, 1979, 223). De même, Plant (2010, 270) exprime, à la fin de son enquête sur les conceptions néolibérales de l'État, qu'il n'"existe pas de positionnement doctrinal stable sur le spectre des positions politiques pour le néolibéralisme"³¹. Serge Audier (2012) a certainement été, en France, le critique le plus important de l'homogénéisation artificielle produite par les approches intellectuelles du néolibéralisme s'inspirant de Foucault. Dans son livre majeur, *Néolibéralisme(s)*, Audier défend l'idée d'une pluralité des néolibéralismes de façon diachronique et synchronique. Le néolibéralisme des années 1930, constitué, selon le narratif standard en histoire des idées sur la question, lors du Colloque Lippmann, n'a que peu à voir, selon lui, avec ce qu'on appelle, depuis les années 1970, néolibéralisme, et qui s'apparente davantage pour lui à un "ultralibéralisme" conceptuel, c'est-à-dire un fondamentalisme du marché. De la même façon, dans un article sur les "paradigmes du néolibéralisme" (Audier, 2013), le même auteur a insisté sur le fait que même en se donnant une période spécifique, on ne trouve pas d'identité doctrinale du néolibéralisme qu'on pourrait explicitement rassembler,

³⁰ *La Nouvelle raison du monde* a très largement participé à la reconnaissance, depuis partagée, de la dimension politique du néolibéralisme. Il faut comparer cela avec la situation précédente, que Christian Laval décrit ainsi : "Il faut rappeler, pour mesurer les écarts entre cette situation de la connaissance et l'ignorance d'autrefois, que le 'néolibéralisme' dans les mouvements sociaux, dans des partis radicaux et chez de nombreux observateurs ou polémistes, étaient considérés il y a encore une vingtaine d'années comme un 'retour d'Adam Smith' comme la jungle sans foi ni loi du marché laissé à lui-même – en un mot, comme un 'ultralibéralisme'" (Laval, dans Colin-Jaeger et Verlengia, 2020, 187).

³¹ L'original dit: "no stable doctrinal place on the spectrum of political positions for neoliberalism" (Ma traduction).

y compris dans la Société du Mont-Pélerin³². Il existe, en effet, plusieurs "écoles" en fonction des pays et même à l'intérieur des pays eux-mêmes. Le Colloque Lippmann de 1938 peut être lu autant comme le moment de naissance d'un mouvement autoproclamé néolibéral (parfois de façon abusive) que comme le moment d'une fragmentation importante des positions ("paléolibéraux" contre néolibéraux ; ordolibéraux et autrichiens ; keynésiens et non keynésiens etc.). Ce problème est redoublé par le fait qu'en France le néolibéralisme signifie aussi parfois le nouveau libéralisme, qui est celui de John Stuart Mill, Thomas Hill Green ou John Maynard Keynes³³. Par la suite, à l'intérieur d'un même pôle on peut souligner les différences entre plusieurs écoles : aux États-Unis par exemple entre École de Chicago, représentée par Friedman, Stigler, Director et d'autres, et École de Virginie, représentée par Buchanan, Tullock et d'autres, parfois avec des différences marquées.

Sur quels fondements énoncer l'unité d'un mouvement néolibéral ? Parler de rationalité gouvernementale, pour spécifier l'unité du néolibéralisme, ne fait que repousser le problème un peu plus loin, puisqu'on peut se demander ce qui fait l'unité de cette rationalité gouvernementale, ou, comme l'appelle Foucault (1979, 227) de la "mutation épistémologique" néolibérale. Déshomogénéiser intellectuellement le néolibéralisme peut ainsi conduire à une dissolution de l'intérêt du terme dans toute une série de traditions et de contextes différents et possiblement irréductibles les uns aux autres. Comment surmonter ces écueils périlleux ?

6. Méthode : penser par problèmes

Un des principes méthodologiques à suivre pour toute critique est le suivant : les problèmes qu'on identifie dans des positions ne sont décisifs que s'ils ne sont pas des problèmes suffisamment généraux pour être pointés vers toutes les positions possibles. Or, la plupart des critiques portées contre le néolibéralisme valent, peu ou prou, pour toutes les catégories de la théorie politique. Audard (2009b) exprime, par exemple, que la catégorie de libéralisme souffre du même problème que celle de néolibéralisme. Qu'est-ce qui relie réellement Locke à

³² Mais il n'est pas le seul, c'est plutôt quelque chose de très classique dans la littérature (Mirowski et Plewhe, 2009, introduction ; Christoph, 2012 ; Beddeleem, 2017 ; Birch, 2017).

³³ Le néolibéralisme que j'étudie n'est pas la seule tentative de recomposition du libéralisme à cette époque. Le titre du dernier ouvrage d'Arnaud Milanèse (2020a) : *Walter Lippmann : d'un néolibéralisme à l'autre*, illustre cette diversité des néolibéralismes à cette période.

Rothbard d'un point de vue conceptuel, ou Bastiat à Rawls³⁴? N'importe quelle analyse intellectuelle d'une série d'auteurs ne peut aboutir qu'à la conclusion selon laquelle ceux-ci diffèrent, qu'il s'agisse d'auteurs rattachés au socialisme, au conservatisme, à l'anarchisme ou au libéralisme. Plus récemment Biebricher (2018, chap.1) fait le même constat, et nie que la catégorie de néolibéralisme pose des problèmes insurmontables pour le théoricien politique. Les problèmes du néolibéralisme sont les mêmes que pour les autres catégories politiques. Il faut donc naviguer entre le Charybde de l'unification théorique sous forme de rationalisation *ex post* et le Scylla de l'éclatement à l'infini des théories considérées comme des systèmes.

En lisant les ordolibéraux, Lippmann, Hayek, les auteurs de l'École de Chicago ou de Virginie, on ne peut qu'être marqué par une série de différences, de contextes, de thèses positives, ce qui donne invariablement lieu à des travaux pointant les différences importantes entre les auteurs et l'incompatibilité de leurs méthodologies. La question est donc celle du niveau d'unité qu'il faut identifier chez les néolibéraux. Ce niveau ne peut-être celui d'une unité théorique du point de vue de la philosophie politique ou d'un accord consensuel sur la méthodologie³⁵. Ma méthode consiste non pas dans l'identification d'une série d'air de familles théoriques, de rapprochements fortuits, ou encore d'étudier les déplacements théoriques se déployant inévitablement au cours du XXème siècle, mais consiste à identifier et reconstruire théoriquement *les problèmes auxquels ces auteurs sont confrontés, la manière dont ils y répondent et de proposer une évaluation de ces vues*. L'histoire sert d'instrument pour faire apparaître un problème partagé, mais la finalité de ce travail est de faire apparaître une théorie politique néolibérale et de l'évaluer philosophiquement. En prolégomènes il est cependant nécessaire de préciser ce *qu'est un problème*, étant donné l'importance théorique de ce terme pour résoudre les querelles théoriques sur le néolibéralisme.

La nécessité de penser par problèmes : l'apport classique de Quentin Skinner

³⁴ Le même problème est pointé par plusieurs spécialistes: "Anyone trying to give a brief account of liberalism is immediately faced with an embarrassing question: are we dealing with liberalism or liberalisms? It is easy to list famous liberals; it is harder to say what they have in common. John Locke, Adam Smith, Montesquieu, Thomas Jefferson, John Stuart Mill, Lord Acton, T. H. Green, John Dewey and contemporaries such as Isaiah Berlin and John Rawls are certainly liberals – but they do not agree about the boundaries of toleration, the legitimacy of the welfare state, and the virtues of democracy, to take three rather central political issues" (Ryan 1993, 291). Pour une étude approfondie des concepts centraux du libéralisme et de leurs transformations dans différentes traditions libérales, on lira avec intérêt Freedman (1996, partie II).

³⁵ Tomasi (2012) distingue ces trois niveaux de l'argumentation : le niveau de la philosophie politique est un accord sur les principes fondamentaux dans un contexte d'abstraction conceptuelle ; le niveau de la théorie politique est celui de l'identification d'un régime politique particulier correspondant à ces principes ; le niveau des politiques publiques concerne les mesures particulières prises dans un régime donné pour réaliser ces principes.

Une des approches désormais classiques en histoire des idées est celle de Skinner (1969). En effet Skinner (*Ibid.*, 17) répudie la systématisation des théories introduites par des lectures cherchant une cohérence maximale des positions tenues, position identifiée à la méthodologie de Léo Strauss. Le risque est de ne produire qu'une histoire des abstractions si on ne prend pas en compte le contexte commun auquel les auteurs réagissent (*Ibid.*, 18). Selon Skinner (*Ibid.*, 48), il faut donc proposer une histoire contextuelle qui fait apparaître le ou les problèmes vis-à-vis desquels les auteurs se positionnent³⁶. L'avantage majeur de cette perspective est de faire apparaître le sens de ce qui est dit relativement à un contexte d'énonciation : à quoi répondent les auteurs, dans quels réseaux de problèmes historiques, politiques, culturels, socio-économiques, se situent-ils ?

L'accent mis par Skinner sur l'analyse contextuelle n'est pas uniquement un accent externaliste faisant jouer le contexte contre la lecture de la lettre, mais consiste en une invitation à lire les textes en lumière des controverses et des intentions, compréhensibles historiquement des auteurs, vis-à-vis de situations problématiques communes³⁷. Le "contextualisme" (Skinner, 1966, 1969), insistant sur l'espace de signification des intentions, peut alors être interprété comme une façon de mettre au jour la situation problématique qui sous-tend les différentes prises de positions. Cette position insiste sur l'historicité des problèmes, et notamment sur l'artificialité qu'il y a à comparer de façon anhistorique des doctrines "libérales" et "néolibérales". Il ne s'agit pas de revenir à une position relativiste selon laquelle deux théories dans un contexte différents signifient deux choses différentes, mais d'indiquer que les questions évoluent en fonction des problèmes historiques : le contexte de développement de la pensée de Smith, au début de la période industrielle, avec une économie dominée par l'agriculture, une philosophie pensée dans un cadre moral, des débats sur les *poor-laws*, implique des problèmes politiques et philosophiques bien différents des problèmes relatifs à la crise de 1929, au New Deal et à la montée du totalitarisme.

³⁶ Théoriquement cela revient à énoncer un principe méthodologique : "it follows from this that the appropriate methodology for the history of ideas must be concerned, first of all, to delineate the whole range of communications which could have been conventionally performed on the given occasion by the utterance of the given utterance, and, next, to trace the relations between the given utterance and this wider linguistic context as a means of decoding the actual intention of the given writer" (Skinner, 1969, 48).

³⁷ En cela, un texte prend place dans un jeu de langage composé par le contexte. L'importance particulière de Wittgenstein pour la méthodologie skinnerienne en histoire des idées mérite ici d'être soulignée. Skinner dit lui-même qu'il était capable de réciter des moments entiers de la biographie de Wittgenstein. Ce fait revêt une importance particulière dans le contextualisme de l'École de Cambridge : la signification d'un propos doit être compris contextuellement, relativement à des jeux de langages qui relèvent d'une forme de vie et donc *in fine* d'une forme de compréhension commune de la situation (Marcotte-Chénard, 2013).

La méthodologie skinnerienne offre une condition de réponse à notre question. Pour connaître quels problèmes partagent différents auteurs, il faut identifier le contexte qui fait apparaître la nécessité de rénover leurs positions, et les défis à surmonter. La méthodologie que j'endorsse consiste à identifier, au-delà des différences, des désaccords, des méthodologies diverses, une *situation de problème commune*, qui configure déjà un champ de réponses possibles. Si cette approche est reprise récemment sur l'étude du néolibéralisme par certains, elle n'est souvent pas explicitée dans ses effets. Les travaux récents en histoire des idées sur la généalogie du néolibéralisme (Christoph, 2012 ; Bedeleem, 2017) mentionnent l'idée d'une nécessité de constituer une situation problématique commune pour comprendre l'identité, au moins partielles, des pensées néolibérales. Pour passer au second plan d'élaboration il nous faut une grille de lecture sur ce qui constitue un problème et ce qu'il produit. En effet il ne suffit pas de voir qu'il faut identifier l'émergence d'un problème en contexte, car un problème n'est pas une réponse, mais la configuration d'une situation, de façon qu'un champ de réponses compossibles, parfois contradictoires entre elles, soit instauré. *L'unité problématique* n'implique donc pas d'unité théorique.

Qu'est-ce qu'un problème ?

La source théorique qui permet de préciser cette position méthodologique est la pensée pragmatique de John Dewey, notamment dans sa *Logique, la théorie de l'enquête*, de 1938. La logique de Dewey n'est pas une logique formelle au sens classique du terme – auxquelles il s'oppose d'ailleurs, puisque dans la logique formelle les valeurs de vérité et de fausseté sont posées de façon absolues et non processuelles – mais une théorie de l'enquête. Le principe de cette logique inquisitoriale est de montrer le caractère dynamique de la connaissance, en réponse à des situations de problèmes qui structurent des types de connaissances valides dans un espace donné. Dewey lui-même propose de tirer des développements épistémologiques de son propos des conséquences historiographiques et méthodologiques (*Ibid.*, 233)³⁸.

Le terme de "situation problématique" ou "situation de problème" apparaît de façon récurrente, comme le point de départ du processus d'enquête. On peut en effet distinguer deux types de connaissance, d'une part la connaissance des réponses et d'autre part la connaissance des problèmes (Fabre, 2005). Dewey développe l'idée, aujourd'hui courante en épistémologie, que toute observation est constituée théoriquement (*theory-ladenness*). Cette thèse est à

³⁸ De ce fait, et pour conserver une taille raisonnable à cette introduction, je ne présenterai que le strict minimum des positions développées par Dewey dans cet ouvrage volumineux, relativement à l'intelligibilité de mon propos.

comprendre en opposition avec la philosophie empiriste de Russell – ou parallèlement du positivisme logique –, qui demande l'établissement de propositions de bases (chez Russell des *sense-data*) pour fonder la connaissance. La connaissance (*knowledge*) n'existe pas comme la découverte d'une chose déjà là, un énoncé de base, un fait brut, un donné au sens propre, mais comme le résultat d'un processus d'enquête (Dewey, 1938, 7-8). Or, si toute observation particulière est déjà fondée théoriquement, et donc, pour le dire rapidement, que le théorique précède l'empirique, c'est parce que ce qui est premier dans l'ordre de la connaissance c'est avant tout une situation de problème plutôt que des thèses spécifiques et explicatives. Dans la vie de tous les jours cette situation peut être pratique, puisqu'une série d'habitudes et de règles sont incorporées et pré-déterminent la manière de saisir un problème. Ces habitudes, règles ou principes sont alors les "principes logiques de l'enquête", aussi appelés "a priori opérationnels" par Dewey, qui constituent, pour nous, la situation de problème. C'est à partir de ces principes que la direction est donnée, et qu'un champ de résolution de problèmes s'ouvre. Les problèmes ne sont donc relatifs qu'à un environnement dans lequel des individus sont plongés. Caractériser l'environnement c'est caractériser ses problèmes, puisqu'il n'existe pas indépendamment des individus avec lesquels il interagit et se co-constitue. Les problèmes n'apparaissent pas uniquement logiquement et formellement – ce qui est le propre de la logique de l'*Organon* pour Dewey, même axiomatisée par Russell – mais pratiquement et localement.

La thèse de la naturalisation de l'épistémologie ne conduit pas Dewey à réduire l'environnement à la nature ou aux données biologiques des individus³⁹. Comme l'homme est un être naturellement social (*Ibid.*, 19) il est important de noter que l'enquête (et la logique) est une discipline sociale, et donc qu'il faut prendre en compte l'environnement institutionnel avec lequel les individus interagissent. Cette nécessité rejoint le réquisit contextualiste de Skinner pour comprendre les problèmes fondateurs d'une théorie. Le terme qui revient néanmoins le plus souvent chez Dewey est celui de "situation" plutôt que de contexte. Sur ce point Dewey permet de préciser davantage notre perspective. En suivant Zask (2008), on peut établir une distinction opératoire entre les deux termes : alors que la situation est un cas où l'environnement et le vivant sont caractérisés par une action réciproque, le contexte suppose une action passive du vivant vis-à-vis de son environnement. En gardant à l'esprit cette nuance on peut néanmoins utiliser le terme de contexte en prenant garde de ne pas réifier un environnement et un vivant stables, mais à toujours penser ces deux termes comme des termes différenciés par la relation

³⁹ La *naturalisation* de l'épistémologie ne signifie pas une *biologisation* sous la forme du réductionnisme, mais l'adaptation des principes de l'évolution aux autres domaines, sans pour autant que la transposition soit l'imposition d'une méthode développée au sein d'une science particulière.

qui les unit. La "situation" c'est donc un tout contextuel qui *fait problème*. La logique de Dewey sort de la pure histoire des abstractions – celles de la logique formelle – ou des idées – caractérisée par la distinction classique entre internalisme et externalisme – pour prendre en compte aussi bien les conditions politiques, les crises sociales et économiques, ou encore les problèmes théoriques. On ne doit pas penser le "contexte" comme un tout collectif déjà donné, qui vient déterminer – comme une certaine forme de culturalisme – le comportement d'un vivant individuel, mais comme une situation. L'expression de "situation de problème" apparaît dans la *Théorie de l'enquête* pour désigner l'origine de l'enquête, à savoir une situation indéterminée, produisant du doute, du trouble, ce que Dewey reprend explicitement à Peirce, à laquelle il faut apporter une réponse :

Institution d'un Problème. La situation indéterminée ou irrésolue aurait pu être appelée une situation problématique. Cependant, cette appellation aurait été précipitée et anticipée. La situation indéterminée devient problématique lorsqu'elle est soumise au processus même d'enquête. (...). En elles-mêmes ces situations demeurent pré-cognitives. Le premier résultat d'une enquête est qu'on peut se prononcer sur une situation comme étant problématique. Voir qu'une situation nécessite une enquête est le premier moment de l'enquête.

(Dewey, 1938, 107)⁴⁰.

Il faut différencier la situation – qui est précognitive, c'est-à-dire qu'elle existe en un sens avant que les individus se la représentent – et la qualification de cette situation comme problématique, ce qui n'intervient qu'après que les individus construisent un problème à partir d'une situation d'incertitude, de crise. Les moments de crise – crise du libéralisme, crise de 1929, crise de la démocratie libérale etc. – sont autant de moments importants de reproblématisation et de recomposition. Reconnaître une situation comme un problème consiste déjà à transformer son environnement : un problème représente une transformation partielle par l'enquête, en cela un problème bien posé suppose déjà des modes de résolution (*Ibid.*, 108). Dans cette approche, les énoncés ne sont pas uniquement à comprendre dans un champ d'énoncés intentionnels, au

⁴⁰ L'anglais dit: "Institution of a Problem. The unsettled or indeterminate situation might have been called a problematic situation. This name would have been, however, proleptic and anticipatory. The indeterminate situation becomes problematic in the very process of being subjected to inquiry. (...). In themselves they are precognitive. The first result of evocation of inquiry is that the situation is taken, adjudged, to be problematic. To see that a situation requires inquiry is the initial step in inquiry" (Ma traduction).

sein desquels il faut se positionner stratégiquement, mais comme des réponses spécifiques à des problèmes. Il faut distinguer la conception deweyenne du problème de l'intuition qu'on peut en avoir immédiatement. Le problème constitué *structure le champ de réponses possibles*. Définir un problème c'est déjà déterminer quelles vont être les types de réponses possibles, sur quels concepts elles vont devoir s'appuyer, sur quel type de données et de prérequis. Plus encore, les réponses au problème ne sont pas analytiquement contenues dans sa formulation, ce qui signifie qu'il existe une indétermination théorique autorisant une évolution diachronique de la problématique. Ce processus est, pour Dewey, la définition de l'enquête. Cette détermination d'un champ de réponses possibles n'implique pas que les réponses sont déterminées pour autant, elles peuvent être diverses : il peut y avoir, pour un problème donné, un nombre indéterminé de réponses diverses voire contradictoires. La reconnaissance d'une situation de problème n'implique pas une ou des réponses déterminées et finies, mais *un type de réponse* : "toute situation problématique, lorsqu'elle est analysée, présente (...) des fins possibles alternatives (...)" (*Ibid.*, 502). Illustrons cela avec un exemple simple. Lorsqu'une alarme incendie éclate dans un espace fermé et rempli de personnes, le problème est assez bien défini : il faut sortir, dans un environnement dangereux, en ayant à l'esprit plusieurs contraintes. Néanmoins, les réponses ne sont pas strictement déterminées, il y a des possibilités indéfinies de sortir – certaines couronnées de succès d'autres non –, mais ce qu'il faut remarquer c'est que cette situation problématique implique un type d'action : fuir, courir, marcher, etc. ; et que certaines actions, comme nager ou dissenter sur les quiddités, sont tout simplement hors-sujet. La situation de problème devient donc un filtre qui permet d'opérer un tri entre différents éléments, certains s'avérant pertinents pour la résolution de la situation. Il configure donc un champ des possibles et des compossibles, même lorsque ces compossibles sont contradictoires – on peut par exemple courir vers la sortie à droite ou courir vers la sortie à gauche, mais pas faire les deux, dans le cas d'un incendie en intérieur⁴¹.

Le problème ainsi considéré est donc non seulement une configuration des possibles, mais aussi un principe de signification : ce n'est qu'à l'intérieur du champ de principes possibles que les énoncés acquièrent un sens, notamment opérationnel, en vue de traiter un problème. Il faut introduire une distinction entre *le traitement d'un problème* et *la résolution d'un problème*. La perspective développée autorise une diversité de traitements, venant transformer le

⁴¹ Il peut sembler contradictoire de dire que deux éléments compossibles sont contradictoires, si précisément être compossibles signifie être possible en même temps. Ici il faut distinguer compossibilité logique et compossibilité empirique. Deux événements peuvent être possibles en même temps avant leur réalisation, et être incompatibles empiriquement.

problème originel. En un sens un problème ne peut pas être résolu définitivement. Le traitement d'un problème suppose toujours, dans le processus de l'enquête, une modification des termes du problème et de la situation problématique. Les particularités ne peuvent apparaître conjointement qu'en réponse à un même problème, sans quoi elles ne sont que des briques rassemblées sans aucun plan de construction : "Lorsqu'une situation problématique apparaît, elle suggère déjà, comme mode possible de résolution, une certaine signification" (*Ibid.*, 313)⁴².

Poser un problème, c'est-à-dire le constituer, ouvre un champ de réponses possibles, un mode de solutions possibles, et non pas une réponse spécifique. Que peut-t-on tirer de Dewey et de son concept de situation problématique à partir de là ? Pour le néolibéralisme cela a une importance centrale, puisqu'on doit avant tout aux alternatives théoriques considérées et à la construction d'un problème depuis lesquels les néolibéraux peuvent discuter de manière intelligible et proposer des traitements divers. Reste à savoir si notre détour méthodologique est opérationnalisable, et si une telle identification problématique est possible pour les néolibéraux.

7. Le problème néolibéral : l'interrogation sur les règles d'une société de marché et la question de la justification

Dans les dix dernières années, plusieurs travaux ont donné leurs lettres de noblesse aux études sur le néolibéralisme, si bien que les accusations de complotisme, de caricature des idées libérales, ou de terme attrape-tout, si elles pouvaient être valides au milieu des années 2000, sont désormais périmées. Ce constat a récemment, en juin 2021, reçu une confirmation d'importance, avec la publication de l'article "Neoliberalism" dans la prestigieuse *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, écrit par le philosophe Kevin Vallier. Dans cet article de référence, l'auteur reprend les travaux récents de Biebricher (2018), Slobodian (2018) et Whyte (2019), et énonce une unité sous la forme d'un problème partagé par des néolibéraux aussi différents que Hayek, Friedman et Buchanan. En suivant Biebricher (2018, 2) on peut ainsi énoncer que la "problématique néolibérale" n'est pas un "ensemble de doctrines", mais relève d'une interrogation théorique sur les conditions institutionnelles et non économiques promouvant le fonctionnement du marché. Mon travail se situe dans la continuité de cette analyse, et considère que la théorie politique néolibérale est caractérisée par une interrogation

⁴² L'original dit: "When a problematic situation is present, some meaning is suggested as a possible mode of solution" (Ma traduction).

sur les conditions du gouvernement en régime libéral, qui passe par un interventionnisme sur les *règles du jeu*, considérées principalement dans leur versant juridique.

Pour qualifier le néolibéralisme dans son contexte problématique, il faut identifier la crise à laquelle il répond. Celle-ci a été identifiée à de multiples reprises, caractérisée par deux extrêmes : d'un côté le collectivisme qui cherche à abolir le marché, de l'autre un certain libéralisme promeut une vision laissez-fairiste du marché et de la concurrence. Il faut à la fois conserver le marché, pour des raisons multiples esquissées dans la première section de cette introduction, et le maintenir et le modifier. Le fonctionnement du marché devient donc *problématique*, puisqu'il s'agit de s'interroger sur ses conditions de possibilité et d'efficacité. Le néolibéralisme dans ce cadre, est une défense du capitalisme, mais une défense renouvelée et inquiète, attentive à la nécessité de repenser les fondements d'une société de marché, et proposant des justifications diverses quant au bien-fondé de celle-ci. En suivant Biebricher, on peut donc dire que :

Le dénominateur commun du néolibéralisme ne peut être exprimé positivement sous la forme d'un nombre de doctrines ou de thèses. Ce que tous les néolibéraux partagent est un problème relatif à *l'identification des facteurs indispensables au maintien de marchés efficaces, puisque l'option de les laisser simplement à eux-mêmes n'est plus viable*. De toute évidence, cela laisse de la place pour une gamme de différentes réponses ou de différentes solutions à la problématique néolibérale, ainsi qu'à des changements au cours du temps.

(*Ibid.*, 26, je souligne)⁴³.

Cette problématique a été étudiée, et constitue un consensus quasi-trivial dans la littérature, si bien que la définition du néolibéralisme comme troisième voie entre laissez-faire et collectivisme, est désormais très largement partagée⁴⁴. En l'état, le travail récent sur le

⁴³ L'original dit: "The common denominator of neoliberalism cannot be expressed positively in the form of a number of doctrines or theses. What all neoliberals share is the problem of how to identify the factors indispensable to the maintenance of functioning markets, since the option of simply leaving them to themselves is no longer on the table. Obviously, this still leaves room for a range of different responses or ways of framing solutions to the neoliberal problematic as well as changes over time" (Ma traduction). J'ai traduit, improprement, *functioning* par efficace, car l'idée est qu'un marché en état de marche est efficace.

⁴⁴ Récemment Innset (2020) a défendu systématiquement cette thèse, mais on la retrouve déjà défendue depuis une dizaine d'année. Même Brown (2019), qui a auparavant adopté une lecture sous la forme du néolibéralisme comme impérialisme économique, a désormais accepté cette qualification du néolibéralisme.

néolibéralisme ayant identifié cette problématique constitue, à mon sens, le point de départ nécessaire de tout travail informé sur le sujet.

Je considère néanmoins que, sous cette forme et dans la perspective qui est la mienne, le problème néolibéral demeure insuffisamment spécifié, et ceci pour deux raisons. La première raison n'est pas une critique, mais pointe plutôt un manque. En effet, la plupart des travaux récents ayant mis en lumière cette problématique, constituent avant tout des approches historiques. Cela signifie que les thèses néolibérales n'ont pas fait l'objet d'une attention les traitant comme des philosophies politiques cohérentes avant très récemment. Vallier (2021) est sur ce point une exception, lorsqu'il définit le néolibéralisme comme une philosophie politique défendant que les institutions politiques et économiques des sociétés contemporaines doivent être libérales et capitalistes de façon robuste, ce qui implique une définition constitutionnelle, et donc limitée, de la démocratie, associée à un niveau de redistribution modeste. Cette définition capture en effet des éléments centraux des positions néolibérales : orientation du politique vers une réalisation du marché, critique de la démocratie comme souveraineté populaire, défense modeste de certaines formes de redistributions. Néanmoins, cette présentation du néolibéralisme est encyclopédique, et ne relève pas des problèmes communs qui nécessitent ce type de prise de position. Cela m'entraîne à ma seconde raison. Comme les idées néolibérales n'ont pas été étudiées comme des théories politiques, *la problématique néolibérale demeure vague et sous-déterminée*. Dans cette thèse, je montre que le néolibéralisme n'est pas uniquement un mouvement intellectuel identifiable historiquement et caractérisé par un discours économique particulier, mais constitue une matrice théorique pour une philosophie politique et juridique. Les néolibéraux, au contraire, sont intéressés par un problème pratique, qui prend racine dans la crise du libéralisme des années 1930. Il faut conserver le marché comme seule forme de coordination sociale, tout en reconnaissant les échecs historiques rencontrés par les sociétés de marché contemporaines. Ce problème pratique nécessite une élaboration théorique nourrie par les apports de disciplines diverses, qu'il s'agisse de l'économie, du droit ou de l'anthropologie⁴⁵. Pour montrer cela, et comme le néolibéralisme est compris comme défendant une forme particulière d'interventionnisme, il faut détailler le rôle que joue le concept de règles chez les néolibéraux. En effet, le concept de règles est

⁴⁵ Le fait que la philosophie politique, intéressée par les problèmes de coordination sociale, de possibilité de vie en commun, de questions de gouvernement et autres problèmes afférents, nécessite de dialoguer constamment avec d'autres disciplines ne devrait cependant pas nous étonner. C'est le cas chez Adam Smith et David Hume avec l'économie politique, mais aussi chez Hobbes avec l'anthropologie, ou même chez Platon avec la poésie au sein de la cité.

fondamental pour comprendre le type d'intervention prônée par les néolibéraux, qui se situe au niveau des règles de fonctionnement de l'ordre économique et social. Si le néolibéralisme est une forme d'intervention qui ne tourne pas au collectivisme, la raison en est tout entière située dans le concept de règles.

Qu'est-ce qu'une règle ? Une règle est un ensemble de principes gouvernant une activité. On distingue généralement entre des règles constitutives, qui rendent possible une action, et des règles régulatrices, qui prennent place dans une activité déjà en place. La métaphore couramment utilisée, pour comprendre cela, est celle du jeu. Prenons l'exemple du basketball – qui constituera notre exemple récurrent au cours de cette thèse. Ce sport est caractérisé par un ensemble de règles, à savoir, et sans volonté d'exhaustivité, l'interdiction de dribbler avec les pieds, de marcher ou courir plus de trois pas sans dribbler, qu'un ballon traversant l'arceau derrière la ligne des neuf mètres vaut trois points, qu'à l'intérieur cela vaut deux points etc. Le jeu basketball est défini par un ensemble de règles, qui peut, par ailleurs, évoluer dans le temps. Certaines règles constituent le jeu, à savoir que cela n'a pas de sens de dire qu'on joue au basket sans ces règles ; et d'autres, notamment lorsque le basket est déjà un sport institué, régulent le jeu, notamment lorsque certains changements doivent être faits pour des raisons diverses, et notamment lorsque le jeu produit des résultats néfastes. Par exemple, certaines règles ont été changées avec le temps. Il est courant, notamment, que les joueurs en fin de match fassent consciemment faute sur le pivot adverse, si ce dernier n'est pas un bon tireur de lancers-francs. Lorsque cette stratégie est systématique, elle s'apparente à de l'anti-jeu et nuit au rythme de la partie et au spectacle. Récemment en NBA, ce type de jeu avec les règles a été sanctionné, de façon que les fautes de ce type en fin de match soient plus durement punies. Il faut cependant comprendre la distinction entre règles constitutives et régulatrices comme poreuse. En effet, si le jeu est défini par l'ensemble de règles qui le rend possible, plusieurs régulations peuvent faire apparaître deux jeux différents.

Une chose importante dans cet exemple du basketball est que l'ensemble de règles qui définit ce sport détermine certes un champ d'activité possible, mais ne détermine pas strictement les résultats. On peut connaître les règles du basketball parfaitement, sans pour autant pouvoir prédire le résultat des matchs joués chaque année. Il faut donc distinguer *le processus et les résultats*. Les règles structurent et rendent possibles un jeu et un type d'interactions, créent le processus du jeu, mais ne déterminent pas *directement* le résultat du jeu, puisque, au sein des règles du basketball, les équipes et les joueurs sont libres d'adopter différentes stratégies. Comme le basketball, mais de façon plus complexe, les sociétés

humaines sont aussi régies par des règles : règles juridiques stipulant des droits, des obligations et des interdictions ; règles sociales, qui façonnent des façons de faire et permettent la coordination sociale ; règles conventionnelles, comme la politesse ; etc. Comme pour le basket, ces jeux sociaux sont des espaces dans lesquels les comportements sont codifiés, explicitement ou implicitement, tout en conservant également une diversité de stratégie et de façons de faire qui implique une imprévisibilité au moins partielle des résultats. La connaissance des règles peut ainsi donner une connaissance des régularités au sein du jeu, puisqu'on peut anticiper que les comportements d'autrui correspondent à ce qui est attendu. Le rôle des règles est donc de fixer un *horizon d'anticipations correctes*. Les néolibéraux expriment cela par le concept d'*ordre*. Un ensemble de règles structure un espace d'interaction qui n'est pas un pur chaos, mais qui est composé d'anticipations réciproques, sans pour autant que cet ordre soit mécaniquement déterminé. Cette relation entre règles et ordres constitue le cœur de la théorie sociale néolibérale.

Une des particularités des néolibéraux est d'avoir posé la question des conditions extra-économiques nécessaires à l'existence, au maintien et au perfectionnement des marchés, par le biais d'un interventionnisme portant sur un niveau supérieur, celui des *règles du jeu*. Le marché, comme toute activité humaine et tout jeu pour exister, est donc régulé. Pour le montrer il suffit de quelques exemples fondamentaux : les droits de propriété des individus doivent être définis et encadrés, tout comme le droit des contrats, ou encore le droit du travail et de la concurrence. Plus encore, une société de marché prend place dans un ensemble de règles constitutionnelles définissant l'étendue des droits des individus, ce qui implique là encore toute une série de conséquences pour la forme que prend le marché. Un exemple pour illustrer cela est celui, hypothétique, d'une inscription d'un droit des individus à un revenu minimum inconditionnel dans une société. Si ce droit est inscrit dans la constitution, à savoir qu'aucun individu participant à une société donnée ne peut être absolument abandonné et doit pouvoir avoir accès à un minimum de revenu, ce droit implique toute une série de conséquences économiques importantes. Ce sont les différents arbitrages que chaque individu peut faire entre son travail et des heures de loisir qui est bouleversé, tout comme les négociations contractuelles entre salariés et employeurs à partir du moment où le contrat de travail n'est plus l'unique moyen de se nourrir et de vivre. L'importance des droits des individus n'est pas restreinte à ce cas hypothétique, mais relève virtuellement de tous les droits. La liberté d'association implique par exemple la liberté de se syndiquer, ce qui, là encore, possède des conséquences économiques importantes. L'intervention sur les règles du jeu ne détermine donc certes pas strictement les

résultats du jeu, mais définit un *type de jeu* particulier qui est joué, ce qui implique des conséquences importantes relativement à qui peut réussir et la limite des stratégies viables. La question de la régulation est donc centrale puisque le type d'ordre qui émerge dépend des règles fixées, et il n'est jamais garanti qu'un ordre émergent d'un système de règles soit bénéfique.

C'est l'ensemble de ces règles qui définit le type de marché qui émerge ou, pour reprendre notre modèle, le jeu qui est joué. Les discussions des néolibéraux, lors du colloque Lippmann ou des premières séances de la Société du Mont-Pèlerin, montrent explicitement que ces derniers reconnaissent la nécessité formelle d'un ensemble de règles venant instaurer le marché, qui demeure la finalité théorique à instituer, tout en reconnaissant l'absence d'une théorie systématique permettant de déterminer ce que *doivent être ces règles*. Comme nous venons de le voir en effet, l'ensemble de règles définit un type de jeu, et donc il ne suffit pas de dire que le marché nécessite des règles, mais encore déterminer *le type de marché souhaité*. Si le marché est avant tout un espace dans lequel les individus peuvent mener des échanges mutuellement avantageux, ces échanges dépendent de l'infrastructure socio-politique et juridique sous-jacente. Cela suppose théoriquement d'avoir un modèle du marché à réaliser, parfois contre le modèle existant : le marché recouvre deux choses distinctes, d'une part le marché effectivement existant, d'autre part le modèle du marché à instituer et réaliser. Il ne suffit pas de dire que le marché a besoin de règles pour exister, mais de produire une théorie permettant de déterminer le contenu de ces règles, et l'extension de la régulation. Il ne s'agit pas de dire, comme pourraient le faire certains libertariens, que la question est vite réglée et qu'il s'agit pour l'État de garantir les droits de propriété pré-politiques, car les droits et les contrats peuvent être définis de différentes façons. Le marché, compris comme émergent à partir des droits minimaux des individus reconnus par l'État, est une fiction politique qui implique une intervention permanente en défense d'un *statu quo*. C'est là tout le sens de l'opposition des néolibéraux aux positions d'Herbert Spencer. Les néolibéraux vont en effet plus loin puisqu'il ne s'agit pas uniquement de poser les conditions logiques de possibilité d'un marché qui, une fois institué – droits de propriété, des contrats, de la responsabilité, monnaie, etc. – peut-être laissé à lui-même, mais à penser également les conditions de l'intervention continue sur les marchés, étant donné qu'aucune spontanéité n'est garantie de fonctionner de manière efficiente.

Le problème général d'une interrogation sur les conditions de possibilité et de maintien du marché, mène donc les néolibéraux à un problème plus particulier qu'est celui de *la justification des règles établissant le marché*, et, partant, d'une *justification de l'existence du*

marché lui-même. Les théoriciens néolibéraux s'engagent donc à proprement parler dans une entreprise de philosophie politique dans le but de surmonter l'indétermination constitutive de la crise qui constitue le néolibéralisme comme originalité historique. De ce fait, les néolibéraux proposent des théories normatives de défense des marchés concurrentiels, permettant, par exemple, de réaliser, de façon non-idéale, les principes de justice de leurs concurrents⁴⁶, en montrant qu'un marché bien régulé entraîne des bienfaits politiques et éthiques (la liberté, l'émancipation, l'autonomie) tout autant qu'économique (la production de richesse, la coordination sociale, mais aussi une distribution des richesses à l'avantage de tous). Si la question primordiale est celle des règles déterminant la forme du marché, et que ces règles doivent elles-mêmes être légitimées normativement, la question à laquelle se confronte les néolibéraux relève de la philosophie politique. Mais cette philosophie politique normative doit nécessairement se fonder sur les développements des autres disciplines, au premier lieu desquels l'économie, qui prétend bien fournir des critères de détermination *des bonnes règles*. La justification des règles suppose cependant d'introduire des critères extra-économiques permettant d'évaluer ce que produit le marché. Sur ce point, nous verrons que les néolibéraux eux-mêmes diffèrent et pointent vers plusieurs directions alternatives dans leur entreprise de justification. Cette justification est, néanmoins, toujours orientée vers la défense d'une société de marché, ce qui tranche avec d'autres philosophes intéressés par la justification des règles sociales, comme John Rawls, Ronald Dworkin, Martha Nussbaum ou Brian Barry. Le néolibéralisme consiste donc en partie en une défense non-économique de l'économie⁴⁷.

Je distingue trois sous-problèmes qui dépendent de la reconnaissance du néolibéralisme comme troisième voie dont la caractérisation principale est celle d'un interventionnisme par les règles dans le but de produire et d'améliorer les conditions de possibilité et de fonctionnement du marché. Tout d'abord, il faut se poser la question de la recherche des *bonnes règles* pour une société de marché, ce qui constitue *un problème normatif*, qui implique une théorie de la justification ; *un problème épistémologique*, qui implique à la fois une théorie expliquant

⁴⁶ Sur la distinction entre théorie idéale – qui s'intéresse à déterminer les conditions des principes d'une société juste in abstracto, étant donné quelques éléments connus sur la nature humaine – et les théories non-idéales, qui s'intéressent aux façons de réaliser ces principes dans les limites de la faisabilité des sociétés actuelles, voir Valentini (2012) et Gaus (2016), à la suite de la distinction séminale de Rawls (1971). Vallier (2021) insiste sur la dimension radicalement non-idéale des théories néolibérales, qui développent une théorie éthique et politique au sein des sociétés de marché qui se développent depuis le XVIII^{ème} siècle en Occident.

⁴⁷ La critique classique du néolibéralisme comme une forme d'économicisme se trompe ainsi en associant l'économie à une théorie particulière, typiquement la théorie des prix de Chicago illustrée par Becker – qu'on retrouve chez Bourdieu – mais il est tout autant certain qu'on ne peut pas comprendre le néolibéralisme sans rentrer dans le détail de ce que produit le marché pour les néolibéraux, d'un point de vue épistémique, politique et économique.

comment les bonnes règles peuvent être connues et une théorie des modalités de l'intervention ; et *un problème juridique* qui implique une théorie de la transformation des règles. Ces trois problèmes sont souvent entremêlés, parfois indissociables, mais ils constituent une série d'enjeux qui nourrit le développement de la pensée néolibérale et offre une grille de compréhension théorique pour les différents types de réponses qui sont apportées.

Cette thèse d'un néolibéralisme comme troisième voie, entre collectivisme et laissez-faire, ne va donc pas de soi. En effet, lorsqu'on accepte que l'ensemble de règles et leur contenu implique des jeux différents, on accepte qu'il puisse exister plusieurs formes de marchés différentes, et il faut donc justifier la forme de marché à favoriser selon des critères extrinsèques. C'est ce que j'appelle la dimension *justificative du néolibéralisme*. Cette dimension nécessite de puiser dans les ressources des théories normatives, ce que feront les néolibéraux eux-mêmes, en justifiant l'ensemble de règles choisi à partir de théories évolutionnistes, de théories du contrat, ou de l'efficience. Sur ce pan de la justification le néolibéralisme s'engage dans la philosophie politique et se confronte aux autres grandes théories libérales et politiques du XX^{ème} siècle. Quelles sont donc les théories permettant aux néolibéraux de justifier les règles d'une société de marché et les bienfaits de la société de marché ?

Les difficultés ne s'arrêtent pas là, car le néolibéralisme rencontre également un *problème épistémologique*. Si l'intervention sur les règles vise à éviter une intervention sur les processus et les résultats, pour préserver notamment la liberté des individus, alors les néolibéraux sont confrontés à un problème épineux : en quoi la méta-planification sur l'ensemble de règles du jeu est-elle plus légitime que l'intervention directe sur les processus, alors même que l'intervention sur les règles du jeu produit des résultats particuliers ? La théorie néolibérale de l'intervention suppose en effet d'avoir une théorie de l'intervention sur les règles cohérente avec les propres critiques néolibérales. Après tout, un changement dans les règles du jeu possède des implications distributives évidentes. Si on avance la ligne à trois points au basketball il est aisé de voir que cela avantage les *shooting guards* (les arrières, meneurs et ailiers) et donc que cela implique une transformation du jeu. Ce problème est redoublé tout particulièrement quand on sait que les néolibéraux critiquent la planification sur des arguments épistémologiques : il est impossible de savoir ce que sont les données économiques sans concurrence pour découvrir et véhiculer l'information, dès lors il faut conserver ces mécanismes pour maintenir la coordination sociale. La critique épistémologique est destructrice : il n'existe pas de point de vue privilégié depuis lequel énoncer les normes du bon

social, il n'existe pas de bien commun identifiable de l'extérieur. Comment tenir ensemble cette critique de la planification économique et la nécessité d'une planification au niveau des règles, sans réintroduire le point de vue précédemment critiqué ? Ce problème est, par bien des aspects, le problème moteur des pensées néolibérales. Il ne suffit pas ainsi d'énoncer la nécessité formelle d'une intervention institutionnelle, mais garantir le point de vue depuis lequel la planification de la structure d'ensemble de la société est possible alors que la direction des processus ne l'est pas.

Si l'intervention néolibérale se produit sur les règles du jeu, le domaine de prédilection de ce type d'intervention est le domaine juridique⁴⁸. Or, le changement de règles suppose une théorie pour faire en sorte que le droit ne constitue pas une réapparition de la planification à un niveau constitutionnel. Il faut donc une *théorie du droit* faisant de ce domaine une modalité de régulation libérale de la société. Le droit doit être spécifié de façon à fournir le contenu des règles, mais aussi la procédure de modification permettant d'adapter le système de règles aux transformations continues de la société. Quelles sont donc les modalités de la transformation des règles dans une société libérale ? Il ne faut donc pas qu'une théorie normative de justification, mais également une théorie positive de l'apparition, de la production et la transformation des règles.

Tous ces problèmes nourrissent les pensées néolibérales, sans pour autant nécessairement trouver de réponses systématiquement satisfaisantes. Cela n'est pas étonnant au vu de la définition d'un problème présenté à la section précédente. Il faut remarquer qu'au-delà de la reconnaissance d'un interventionnisme libéral, d'une dimension juridique et politique du néolibéralisme qui est de mieux en mieux connue, la théorie politique et juridique néolibérale est marquée par un manque. La dimension institutionnelle, clamée par Louis Rougier en ouverture du Colloque Lippmann, selon laquelle le nouveau libéralisme que les néolibéraux doivent développer doit être une théorie institutionnelle fixant des règles du jeu sans tomber dans les affres de la planification socialiste, *demeure essentiellement virtuelle* (Lenfant, 2009). Il ne faut pas à ce sujet se laisser tromper par la simplicité faussement évidente des exemples des néolibéraux, dont le plus connu et maintes fois repris est le code de la route (les règles de conduite laissant les automobilistes choisir leur itinéraire). L'insistance sur les règles plutôt que sur les processus, qui est caractéristique du discours néolibéral depuis les origines, soulève une série de problèmes relatifs à la justification des règles fixant le processus, aux modalités de

⁴⁸ Le domaine juridique est celui sur lequel les néolibéraux insistent le plus, qu'il s'agisse de Lippmann, Hayek et Posner avec la théorie de la *common law* ou de Buchanan et des ordolibéraux sur la constitution économique.

l'intervention sur les règles, aux conditions de leurs transformations et à leur mode de justification. Ces différents domaines n'ont pas fait l'objet d'une attention systématique jusqu'alors, et c'est ce manque que cette thèse prétend combler. Il ne s'agit donc pas seulement d'identifier les problèmes traités et de saisir la portée et les limites de la manière dont ils sont traités (donc identifier aussi comment ils sont reconduits) ; il s'agit aussi de voir comment sont pensés les problèmes socio-politiques comme tels, en partant du principe que ce qui caractérise ce type de problèmes, c'est qu'ils ne se résolvent pas uniquement sur le plan théorique – ils caractérisent un certain champ pratique, et le néolibéralisme s'évalue aussi par la manière dont il entend, définit et restreint le type de problème qu'une société doit se poser. C'est cette caractérisation problématique qui définit le néolibéralisme comme philosophie politique.

Je distingue trois aspects de mon travail qu'il convient de commenter rapidement. Une *présentation systématique* des thèses des néolibéraux, comprises à partir d'une construction informée historiquement du problème qui les motive, est le prérequis nécessaire à toute discussion ultérieure. Néanmoins, ce travail ne s'arrête pas là, puisque je propose également de développer les problèmes qui réémergent sans cesse dans les différentes positions tenues par les néolibéraux. Je ne m'interdis pas, dans ce cadre, de pointer les limites et les manques des approches des différents auteurs dont je traite. Mon travail possède une *dimension évaluative*. Si mon propos est critique, il l'est au sens où je suis attentif à la cohérence interne des théories étudiées, et non en un sens polémique. J'espère, en effet, montrer que les néolibéraux proposent une théorie politique et juridique originale, prenant en compte certains phénomènes politiques et sociaux fondamentaux, par exemple la complexité sociale et l'impossibilité de l'organisation collectiviste de la société, ou encore la réflexion sur l'intervention par les règles du jeu, et proposer une série de critiques à même de nourrir y compris les théories politiques alternatives. En cela, mon travail possède également l'ambition de *tirer ce que les néolibéraux ont à nous dire sur les problèmes contemporains et notre modernité*⁴⁹.

8. Hayek, Lippmann, Buchanan et Posner

⁴⁹ Je m'inspire ici de Gautier (1993) qui a accompli un travail similaire avec les libéraux écossais, en déconstruisant une série de lectures erronées et en soulignant, sans pour autant faire l'apologie de ces auteurs, ce qu'ils pouvaient apporter à notre compréhension des problèmes contemporains de nos sociétés libérales et du capitalisme. Je gage que les défenseurs du libéralisme ainsi que ses critiques gagnent à adopter ce type d'approches. La conclusion générale de cette thèse systématise ces arguments, pour faire dialoguer les thèses néolibérales avec d'autres approches en philosophie politique contemporaine.

Quatre auteurs ont une place particulière dans cette thèse : Friedrich Hayek (1899-1992), Walter Lippmann (1889-1974), James Buchanan (1919-2013) et Richard Posner (1939-aujourd'hui). Comme ces différents auteurs sont présentés dans leurs relations avec la problématique néolibérale de façon plus extensive dans les introductions de chaque partie, je me contente ici de justifier mes choix plutôt que d'expliquer l'exhaustivité des raisons de leur pertinence⁵⁰. Cette liste, comme toute liste, est partielle et critiquable. Il convient néanmoins de justifier ici mes choix d'un point de vue théorique.

Plusieurs choix alternatifs auraient pu être considérés pour être systématiquement étudiés. Dans la période de formation du néolibéralisme (1930-1950), des auteurs tels que Henry Simons (Christoph, 2012), les ordolibéraux (Commun, 2016 ; Fèvre, 2017), Ludwig Von Mises (Olsen, 2019), ou encore Louis Rougier (Beddeleem, 2017), auraient pu être au cœur de mon propos, tout comme Milton Friedman (Stedman-Jones, 2012), les libertariens, tels que Murray Rothbard, Robert Nozick, voire Ayn Rand (Caré, 2009), ou encore les théoriciens de l'économie des droits de propriété comme Armen Alchian et les théoriciens de l'efficience des marchés financiers comme Eugène Fama (Delcey, 2021). Certains de ces auteurs figurent dans cette thèse, d'autres sont à peine mentionnés. Les paragraphes suivants justifient ces choix.

L'ordolibéralisme est un courant de pensée riche et divers, et les travaux récents et nombreux sur ce courant de pensée du néolibéralisme montrent avec abondance la densité théorique des positions de penseurs tels que Walter Eucken, Wilhelm Röpke, Franz Böhm ou Alexander Rüstow. De plus, la question des règles, aussi bien constitutionnelles que sociales, est un élément d'une importance particulière dans les propos des ordolibéraux, comme l'ont montré plusieurs commentateurs dans la dernière décennie⁵¹. Une première limite ne tient ici pas tant aux contenus des corpus qu'aux limites de l'auteur de ces lignes. La plupart des travaux des ordolibéraux n'ont pas été traduits en français, et seule une fraction a été traduite en anglais, rendant l'accès à ce courant de pensée nécessairement lacunaire et indirect. J'ai donc opté pour une solution intermédiaire, en consacrant une partie d'un chapitre aux positions ordolibérales (chap. V) et en mobilisant les ordolibéraux pour introduire des comparaisons à divers moments,

⁵⁰ L'introduction à la première partie de la thèse justifie très largement le choix de Walter Lippmann comme auteur de ce corpus, ainsi que celui de Friedrich Hayek. L'introduction de la deuxième partie fait de même pour James Buchanan et Richard Posner.

⁵¹ Parmi les spécialistes récents de l'ordolibéralisme ayant contribué à faire connaître ce courant dans sa complexité, on peut citer Thomas Biebricher, Stefan Kolev, Nils Goldschmidt, Michael Wolgemuth, Raphaël Fèvre, Patricia Commun, Daniel Nientiedt, Ekkehard Koehler, Malte Dold ou encore Tim Krieger.

sans pour autant en proposer une analyse systématique. Par ailleurs, et de manière plus importante, une partie des études sur le néolibéralisme se constitue déjà à partir d'une lecture suivie des ordolibéraux. Foucault (1979) représente cet exemple séminal, mais Biebricher (2018) plus récemment reconduit ceci. Pour éclairer le néolibéralisme jusque dans ses développements plus contemporains j'ai donc pris le parti de ne pas traiter directement des thèses de Eucken et de Röpke, ce qui aurait considérablement fait enfler la première partie de cette thèse, pour traiter d'autres auteurs plus rarement systématiquement étudiés en relation avec le néolibéralisme, à savoir Buchanan et Posner.

Von Mises est une autre figure qui ne fait pas l'objet d'une lecture systématique. Bien que cette thèse lui accorde une place de choix dans le chap. I, en discutant de la querelle sur le calcul socialiste, l'auteur autrichien est quasiment absent du reste des chapitres. Il convient d'en dire quelques mots. Mises, s'il a participé à la fois au Colloque Lippmann, à la Société du Mont-Pèlerin, et à un certain nombre d'autres institutions internationales libérales entre les deux guerres (Audier, 2008 ; Slobodian, 2018), demeure marginal théoriquement au sein de ces institutions. Mirowski et Plewhe (2009) ont ainsi montré que Mises n'a que des échanges limités au sein du nexus néolibéral, et Audier (2012) a développé les rapports conflictuels de l'économiste autrichien avec les autres membres de la Société du Mont-Pèlerin, en faisant même la cause indirecte de l'arrêt cardiaque de Walter Eucken en 1950. La raison est, à mon sens, simple, et est explicitée par Vanberg (2004b) : Mises n'est pas un néolibéral, il considère que la crise du capitalisme est due à un excès de régulation, que l'État doit se retirer de la plupart des secteurs et considère ainsi que les marchés se régulent eux-mêmes en l'absence de toute intervention politique autre que la défense des droits individuels et des contrats. Sa position relève d'une forme de libéralisme classique plutôt que de la reconnaissance strictement néolibérale de l'importance des règles pour le fonctionnement d'une société de marché. À bien des égards Mises est donc un proto-libertarien plutôt qu'un néolibéral⁵².

L'autre grand absent qu'il faut enfin commenter est Friedman. Friedman est certainement le premier nom qui vient à l'esprit du grand public lorsque le néolibéralisme est mentionné. Il est indéniable que Friedman, qui par ailleurs s'est explicitement revendiqué

⁵² Cette différence se lit également relativement à la méthodologie de Mises, l'apriorisme, qui court-circuite totalement le problème épistémique qui nourrit les travaux néolibéraux. Contrairement à plusieurs lectures, il existe donc des différences importantes au sein des courants autrichiens, notamment entre Hayek et Mises. Caldwell (2004) défend cette thèse en étudiant "Economics and Knowledge" de Hayek. Pour une reconstruction analytique de la méthodologie de Mises, voir Linsbichler (2019). Cela signifie également, au vu de ce que j'ai énoncé dans la section précédente de cette introduction, qu'il faut distinguer néolibéralisme et libertarianisme, en suivant notamment les distinctions que propose Caré (2016).

néolibéral au début des années 1950, est un auteur important (Friedman, 1951). Burgin (2012) et Stedman-Jones (2012) ont démontré sa centralité dans le réseau néolibéral et l'impact de ses talents de rhéteurs, illustrés par ses deux ouvrages de vulgarisation, *Capitalisme et liberté* (1962) et *Free to Chose* (1980), co-écrit avec sa femme, Rose Friedman. Vallier (2021) considère d'ailleurs Friedman comme un des théoriciens majeurs du néolibéralisme, et quelques analyses philosophiques récentes se proposent une étude systématique de ses conceptions (Wiedemann, 2020). Comparé aux autres auteurs du corpus, l'œuvre de Friedman relève cependant davantage de la vulgarisation de la théorie libérale que d'une interrogation sur les racines du renouveau du libéralisme. J'ai donc choisi d'écarter Friedman de mon corpus, du fait du manque d'originalité de ces conceptions philosophiques, ce qui ne signifie pas par ailleurs que cet auteur n'a pas toute sa place dans une analyse historique du néolibéralisme. Si Friedman est important du point de vue économique pour les néolibéraux, Posner et Buchanan se réfèrent par exemple directement à son travail méthodologique, l'originalité du néolibéralisme se situe dans le domaine politique, pour lequel les contributions de l'auteur de Chicago sont limitées.

Les choix de corpus effectués sont justifiés par les problèmes qui guident la réflexion de cette thèse. Lippmann, Hayek, Buchanan et Posner, sont quatre auteurs ayant très largement contribué à construire et/ou à développer la théorie néolibérale. La question des règles et de la régulation d'un ordre social et économique qui n'est bénéfique qu'à condition d'être laissé libre, est en effet au cœur de leur propos. De plus, et contrairement en cela à des auteurs bien davantage strictement économistes ou habiles vulgarisateurs tels que Simons, Alchian, Friedman ou Fama, ces auteurs se sont tous engagés sur la voie d'une justification philosophique de leurs positions.

Il faut distinguer deux moments de cette thèse, le premier met l'accent sur les contributions de Hayek et de Lippmann pour saisir la *constitution de la problématique néolibérale* ; le second étudie les travaux d'un Hayek postérieur, de Buchanan et de Posner, et montre comment ces différents traitements sont *autant de recomposition du problème* sans pour autant le dissoudre puisque l'effort de penser la régulation du marché demeure le cœur théorique de ces développements. Néanmoins, le problème se singularise au sein de chaque théorie sous une forme différente, si bien que ces théories ont pu être identifiées comme relevant, *in fine*, de théorisations contradictoires.

La Cité Libre (1937) de Lippmann est ainsi une première formulation du problème néolibéral dans sa complexité, articulant critique épistémologique de la planification, nécessité

de l'interventionnisme sur le plan politique, et développement d'une théorie du droit idoine, qui spécifie les modalités de la génération et de la transformation des règles de droit. En plus de l'importance historique de Lippmann, dont le colloque éponyme de Paris est l'élément le plus révélateur, ce journaliste américain a donc été un contributeur théorique de premier plan pour le néolibéralisme, puisqu'il a développé une véritable théorie de la production et de la transformation des règles dans une société marquée par la complexité, c'est-à-dire l'impossibilité d'atteindre un point de vue centralisateur surplombant. Il a été le premier à identifier le problème épistémique nécessitant d'associer l'importance d'une planification des règles et l'impossibilité d'organiser la société depuis un point de vue privilégié.

Hayek a très largement contribué à la philosophie politique à partir des années 1950, notamment avec *La Constitution de la liberté* (1960) et *Droit, législation, liberté* (1973, 1976, 1979). Il est certainement le théoricien le plus important du néolibéralisme, puisqu'il est présent à la fois lors des moments de fondation du néolibéralisme, auxquels il participe activement – il est celui qui suggère à Louis Rougier d'organiser le Colloque Lippmann en 1938, et est l'organisateur actif de la Société du Mont-Pèlerin –, et acteur des développements futurs, puisqu'on peut interpréter toute sa théorie libérale dans la seconde moitié du siècle comme une tentative de résolution des multiples problèmes constitutifs du néolibéralisme. Il est certainement l'auteur auquel j'accorde la plus grande importance dans les chapitres qui suivent. En effet, Hayek développe à la fois une théorie épistémique du marché, comme instrument de coordination sociale, une théorie de la justification de la supériorité du marché sur des formes alternatives, et une théorie du droit. Ses différentes contributions sont ainsi traversées par les différents problèmes identifiés dans la section précédente.

Buchanan, pourtant économiste de métier, développe une authentique philosophie politique contractualiste pour justifier les règles d'une société libérale, aussi bien dans ses travaux co-écrits tels que *The Calculus of Consent* (1962) ou *Reason of rules* (1985), que ses œuvres individuelles comme *Les limites de la liberté* (1975). Son dialogue théorique avec John Rawls éclaire ainsi les différences entre une position néolibérale et le *high liberalism* du philosophe de Harvard⁵³. La récupération de la théorie du contrat sert à recomposer le problème

⁵³ L'appellation de *high liberalism* (littéralement haut libéralisme) n'a à ma connaissance pas été traduite en français. L'expression vient de Freeman (2011). Elle renvoie à la famille de libéralisme caractérisée par ce qu'on peut appeler à la suite de Audard (2009a, b), le *nouveau libéralisme*, défendu par Thomas Hill Green, John Stuart Mill, et John Rawls. La disjonction avec les autres formes de libéralisme porte généralement sur le statut des droits économiques. Alors que le *high liberalism* récuse le caractère fondamental des droits économiques, les autres théories libérales tendent à leur octroyer un statut plus important, voire principiel. Cette opposition est au cœur de plusieurs contributions contemporaines (Tomasi, 2012 ; Melkevik, 2020).

néolibéral, puisque la génération et la transformation des règles ne se fait pas à partir du point de vue de l'expertise scientifique ou politique d'individus privilégiés, mais à partir des individus eux-mêmes, considérés comme souverains. Le marché offre la clef de compréhension de ce contractualisme fondé sur l'échange volontaire aboutissant à des solutions efficaces (car le consentement garanti l'avantage de tous). Le recours à une tradition philosophique vénérable et bien connue, s'articule ainsi avec les préoccupations particulières du néolibéralisme pour reconfigurer le problème auquel sont confrontés les néolibéraux.

Posner, dans *The Economics of Justice* (1981), s'est engagé sur la voie d'une philosophie libérale du droit, caractérisée par la thèse selon laquelle le droit doit imiter le marché, considéré comme promouvant systématiquement l'efficacité, compris comme maximisation de la richesse calculée en monnaie. Il a également proposé un discours normatif justifiant la centralité des marchés concurrentiels dans nos sociétés contemporaines, jusque dans les années 2000. Le marché fait donc figure de modèle à réaliser par le droit, pouvant lui-même être guidé et orienté par les concepts économiques élevés au rang de critères normatifs pour une nouvelle philosophie politique. Posner, comme Buchanan et Hayek, est donc entraîné, pour répondre le problème pratique de l'institution et de l'amélioration d'une société de marché, sur le champ de la philosophie politique normative. J'ai donc choisi ces différents auteurs pour la relative systématisme de leurs analyses, à même d'être l'objet d'une enquête philosophique.

La contribution de cette thèse, à partir de l'analyse de ces corpus, est double. Tout d'abord il s'agit, au cours de l'étude de la formation du problème néolibéral, de mettre au jour la complexité d'une théorie politique et juridique particulière et ses ramifications. Je montre que la thèse de l'interventionnisme institutionnel est complexe, et qu'elle nourrit le développement de la pensée néolibérale tout en la singularisant. Le gouvernement d'une société libérale doit être fondé sur les règles. L'entreprise néolibérale est donc caractérisée par la conception d'un cadre général dans lequel les individus peuvent interagir spontanément pour le bénéfice de l'ensemble. On peut donc considérer la théorie néolibérale comme une forme de constructivisme particulier, c'est-à-dire d'ambition de construire les règles d'une société articulée autour du marché comme institution centrale. Cette thèse ne va pas de soi, et elle implique, c'est la seconde contribution de ce travail, de relire les différents corpus avec un biais particulier. Je montre ainsi comment Hayek, Lippmann, Buchanan et Posner, ont tenté de mener à bien ce projet, en se heurtant aux différents problèmes développés dans la section précédente, et comment leurs théories butent systématiquement contre de nouvelles difficultés.

Ce travail met en lumière une théorie politique et juridique particulière, et permet de relire différents corpus spécifiques à partir de celle-ci.

9. Présentation des chapitres

Cette thèse se lit en deux parties. La première partie est composée des cinq premiers chapitres et développe la construction de la problématique néolibérale et ses ramifications. Dans cette partie, j'accorde une place importante et particulière aux positions et théories de Lippmann et Hayek, tout en mentionnant les autres personnages notables de la nébuleuse néolibérale lors des années 1930-1950, tels que Rougier, les ordolibéraux, Simons et quelques autres. Cette partie fait fond sur une littérature historique grandissante sur le néolibéralisme, et montre dans quel contexte s'est construit le néolibéralisme, comment le problème s'est formulé, et les nombreuses interrogations et pistes théoriques laissées en jachères par les premiers néolibéraux. Je montre que les néolibéraux sont unis par un problème, celui de l'intervention libérale par les règles, mais qu'ils sont loin d'aboutir à une réponse unifiée. Les positions développées à cette époque sont à bien des égards insatisfaisantes et formelles, et lorsque des réponses plus systématiques sont développées, elles mènent elles-mêmes à des impasses ou de nouveaux problèmes ardu. Le moment de formation du néolibéralisme est donc avant tout marqué par l'incomplétude des réponses au problème caractéristique du néolibéralisme.

La seconde partie de cette thèse identifie trois types de réponses ultérieures au problème néolibéral, c'est-à-dire les théories de Hayek, Buchanan et Posner. J'étudie les positions de ces trois auteurs comme des systèmes, et l'analyse historique laisse place à une enquête analytique. Je montre comment ces théories tentent de répondre à la question de l'établissement de la justification des règles de trois manières différentes. Hayek s'appuie sur des arguments évolutionnistes et sur les théories de la complexité, Buchanan sur une théorie du contrat social, et Posner sur le concept d'efficacité. Ces trois solutions diffèrent très largement et se heurtent à des problèmes différents. Cette lecture à partir des problèmes identifiés dans la première partie de la thèse permet ainsi d'éclairer et d'interroger les positions de ces auteurs depuis un même point de départ.

Je ne propose donc pas une histoire continue du néolibéralisme, mais illustre différents traitements, fondés sur différents modèles de marché et différentes justifications normatives.

Contenu des chapitres

Le chapitre I étudie la pré-histoire du néolibéralisme, à savoir la querelle sur la possibilité d'un calcul économique en régime socialiste. Ce débat est intéressant non seulement pour des raisons économiques, illustrées par le débat entre Mises, Neurath, Lange et Hayek sur la possibilité d'effectuer un calcul économique rationnel dans une économie sans monnaie et prix concurrentiels, mais aussi car il constitue la matrice théorique du néolibéralisme en en définissant le premier principe, à savoir la défense du marché conçu comme permettant la coordination sociale par un mécanisme des prix non faussé et concurrentiel. En suivant les écrits de Hayek entre 1935 et 1945, je montre comment la conception du marché relève d'une théorie de l'auto-organisation sociale sans planification. Ce premier principe est repris unanimement par les néolibéraux lors du Colloque Lippmann et par la suite, comme constituant non seulement un principe économique, mais aussi politique et moral.

Dans le chapitre II, je montre que les néolibéraux ne s'opposent pas uniquement à la planification mais aussi à *une certaine forme de libéralisme*, associée au laissez-faire, qui renvoie au manchesterianisme ou, plus précisément, à la figure de Herbert Spencer. Les néolibéraux critiquent très largement la possibilité d'un marché laissé à lui-même, au sein d'une société qui ne reconnaît que des droits de propriété issus du droit naturel. Deux hypothèses majeures du laissez-faire sont critiquées : la naturalité du marché et le caractère antithétique de l'économique et du politique. Le laissez-faire est ainsi compris comme une fable conservatrice, défendant un statu quo à l'avantage des possédants, duquel le libéralisme renouvelé doit se démarquer très nettement. Ces deux premiers chapitres posent le contexte problématique à partir duquel comprendre le néolibéralisme.

Le chapitre III développe les conditions de possibilité d'une théorie néolibérale positive, fondée sur une théorie de la nature humaine et une théorie sociale. Les néolibéraux n'abandonnent en effet pas toute référence à la nature, mais prennent acte des transformations fondamentales du monde contemporain, marqué par une complexité grandissante. Les capacités cognitives des individus sont limitées, les relations sociales trop nombreuses. Il faut partir d'un constat, celui de l'existence de la Grande Société, qui ne peut se laisser gouverner par une intelligence individuelle. Il est donc nécessaire de repenser nos concepts politiques à partir de cet état de fait. Le travail de Lippmann et de Hayek va dans la même direction, et questionne très largement nos conceptions prévalentes, à commencer par le concept de démocratie conçue comme souveraineté populaire. Le néolibéralisme met ainsi l'accent sur la limite de la connaissance humaine, sur l'impossibilité de se positionner depuis un point de vue centralisateur, plutôt que sur la complémentarité intrinsèque des activités humaines. Cette

critique a un pendant problématique : quelles sont alors les formes adaptées au gouvernement néolibéral ?

Le chapitre IV offre une première réponse à cette question, et étudie la théorie sociale des néolibéraux, fondée sur le concept de règle, qui est omniprésent. L'anthropologie néolibérale, associée à la critique de la planification, laisse en effet une place pour un mode de gouvernement social : le gouvernement par les règles. Hayek et Lippmann développent en effet toute une théorie des règles, montrant que la coordination sociale ne peut se faire que si la quantité d'information circulant en société est médiée par des institutions fonctionnant comme des stocks informationnels. Ces règles ne sont pas uniquement économiques mais également culturelles, politiques et sociales. En cela, ce chapitre montre que le néolibéralisme est bien davantage qu'une simple défense du marché, mais que l'institution du marché est comprise comme étant située dans un ensemble d'institutions caractéristiques des sociétés contemporaines. Cette théorie descriptive se redouble d'une théorie normative, qui détermine la forme que doivent prendre les règles, ce que Hayek illustre avec le cas de la *rule of law* comme règle impersonnelle et abstraite. Si les règles doivent prendre cette forme c'est pour conserver la spontanéité des ordres sociaux, économiques et culturels. Ce chapitre développe ainsi la *métaphysique sociale* néolibérale.

Le chapitre V propose un traitement des réponses néolibérales au problème de l'édiction de bonnes règles du jeu sans faire apparaître l'impossible point de vue de la planification. Deux théories alternatives font l'objet des analyses de ce chapitre : la théorie de l'expertise constitutionnelle des ordolibéraux, et la théorie de l'évolution juridique de Lippmann. Ces deux théories tentent de justifier la génération de règles libérales. Les ordolibéraux puisent dans la tradition philosophique pour faire apparaître une connaissance des formes de l'économie ; Lippmann puise dans les ressources du pragmatisme juridique. Dans les deux cas l'entreprise de justification du libéralisme est fondée sur une théorie du marché comme permettant la maximisation de la liberté individuelle comprise comme absence de coercition ou de possibilité de soumettre autrui à sa volonté. Néanmoins dans les deux cas ces réponses sont insatisfaisantes : la position ordolibérale introduit la possibilité d'une connaissance des essences des formes de l'économie, la théorie de Lippmann n'arrive pas à justifier le cadre dans lequel comprendre transformation des règles. Le néolibéralisme doit donc être compris comme se constituant autour d'un problème ouvert.

Le chapitre VI est consacré à la philosophie politique et sociale de Hayek, dans la seconde partie du XX^{ème} siècle. Je montre dans ce chapitre comment les positions de Hayek doivent être comprises à partir du problème néolibéral, et comment cette lecture permet de faire apparaître une nouvelle thèse chez l'auteur autrichien : Hayek est en effet sur la voie d'une théorie de la conception (*design*) d'ordres spontanés libéraux. On a, en effet, souvent lu Hayek comme défendant une théorie libérale évolutionnaire, selon laquelle les règles des sociétés de marché sont supérieures car résultant d'un processus historique triant le bon grain et l'ivraie. Dans ce chapitre, je montre qu'il n'en est rien, et que les ordres spontanés ne peuvent, selon Hayek, être bénéfiques que s'ils sont le fruit d'un processus conscient au sein d'un cadre institutionnel libéral. Les ordres spontanés ne sont pas des caractéristiques ontologiques d'arrangements sociaux, mais des modes d'organisation qu'on peut mettre en place. Je montre ainsi que Hayek développe toute une série d'arguments normatifs visant à justifier les bienfaits et la supériorité du libéralisme. L'argument au cœur de la justification hayékienne est celui de la maximisation des anticipations vérifiées au sein d'un jeu réglé. L'avantage des sociétés de marché est avant tout épistémique. Je montre les limites d'une telle argumentation à la fin du chapitre.

Le chapitre VII traite d'une seconde tentative de réponse au problème néolibéral, illustrée par l'économie politique constitutionnelle, dont le chef de file est l'économiste James Buchanan. Ce chapitre développe les pré-requis analytiques nécessaires à la saisie de sa théorie contractualiste. Le paradigme de l'échange est au cœur de cette pensée, et les relations politiques entre électeurs et candidats sont pensées avec les outils d'analyse de l'échange économique. Le marché, considéré comme le lieu d'échanges volontaires entre individus, devient le mode d'analyse du politique. Tout comme il existe des faillites de marché lorsque les règles sont défectueuses, il existe des faillites politiques. Le grand danger, identifié par Buchanan, consiste dans le fait que le jeu politique caractérisé par une démocratie à vote majoritaire, empiète très largement sur le marché par le mécanisme du vote, dans lequel chacun tente d'obtenir des avantages, des rentes, par des moyens légaux. Pour préserver l'espace de liberté constitué par la sphère d'échanges volontaires qu'est le marché, il faut ainsi changer les règles du jeu politique. Je montre sur quels points cette philosophie politique est critiquable à la fin du chapitre.

Dans *le chapitre VIII*, j'étudie la théorie développée par Buchanan et ses co-auteurs pour répondre à ce problème du changement de règles, à savoir une théorie contractualiste. Ce chapitre passe par une comparaison approfondie avec le contractualisme de Rawls pour saisir

la spécificité de la théorie de Buchanan. Les deux théories diffèrent sur plusieurs points importants, notamment la manière de considérer la situation de choix des règles sociales. Rawls part d'une position hypothétique qu'est la position originelle, alors que Buchanan opte pour une optique selon lui plus réaliste, dans laquelle ce sont les individus réels qui choisissent. Le modèle de l'échange, dans lequel une transaction est valide car consentie par tous les partis, devient le modèle de la décision pour choisir les règles, ce qui introduit une série de principes normatifs orientant le contractualisme de Buchanan. Le néolibéralisme doit donc être compris non pas comme une négation des concepts traditionnels de la philosophie politique – en premier lieu la démocratie et la souveraineté – mais comme une redéfinition de ces termes au sein d'une théorie à ambition systématique.

Le chapitre IX fait droit à un troisième type de réponse au problème de la génération et de la transformation des règles garantissant des résultats bénéfiques, à savoir l'approche de Posner. Contrairement à Hayek, qui défend que le marché soit bénéfique car il permet la production d'attentes vérifiées, ou de Buchanan, qui se fonde sur le critère de Pareto et l'unanimité comme garantie d'améliorations des situations de tous, Posner utilise un concept particulier d'efficacité, compris comme maximisation de la richesse produite calculée en monnaie. Il est donc possible d'évaluer un système de règles à partir des résultats produits. Le critère d'efficacité devient donc le critère normatif permettant d'énoncer les règles et de valider leur évolution. Néanmoins, ce critère a été très largement critiqué, ce qui a mené Posner à faire évoluer sa position vers une forme de pragmatisme juridique. Le pragmatisme, déjà mobilisé par Lippmann, permet à Posner de proposer une défense antifondationaliste des sociétés de marché.

Partie I : La reconstruction du libéralisme, la naissance de la problématique néolibérale (1920-1947).

L'analyse de la naissance du néolibéralisme, sur une période allant du début des années 1920 à la création de la Société du Mont-Pèlerin en 1947, montre un double phénomène. D'une part, un phénomène de rapprochement des trajectoires individuelles auparavant éparées (Lippmann, Simons, Hayek, les ordolibéraux), qui s'explique par une situation de crise généralisée du libéralisme, et un phénomène de formation d'une même problématisation du gouvernement libéral. La coïncidence des intérêts n'est possible que par l'existence d'un problème commun. Les néolibéraux sont amenés à formuler un problème politique, qui émerge à la fois d'une critique du libéralisme classique mais aussi de la reconnaissance de la nécessité de le renouveler face à des théories concurrentes, notamment la planification et le "libéralisme social", que l'on trouve chez Dewey ou Keynes. Ainsi, malgré des origines théoriques différentes, qui se lisent dans les types de théories que les différents auteurs proposeront, notre hypothèse est que nous pouvons ressaisir le néolibéralisme comme une identité de problème. En cela, je poursuis une historiographie qui a déjà été développée par Gilles Christoph dans sa thèse :

le propos n'étant pas de savoir comment *un penseur unique* aurait théorisé une doctrine entièrement cohérente qu'il serait ensuite parvenu à imposer aux autres selon diverses modalités d'influence, mais de reconstituer *le jeu des interactions sociales* à travers lesquelles se constitue progressivement un univers *de problèmes communs* à tous les néolibéraux, même si les réponses individuelles qu'ils apportent à ces questions diffèrent.

(Christoph, 2012, 18, je souligne).

Depuis dix ans, plusieurs travaux d'importance mettent en avant le "jeu des interactions sociales" permettant de saisir l'unité d'un réseau néolibéral, qu'il s'agisse des réseaux de socialisation, des échanges épistolaires entre auteurs, voire les relations personnelles entre

ceux-ci⁵⁴. Ces travaux ont pu identifier l'émergence de certains thèmes communs, comme la promotion de la concurrence, une nouvelle conception de l'action de l'État, le refus du laissez-faire ou encore les innovations conceptuelles vis-à-vis du libéralisme classique.

Dans cette partie, nous nous situons en continuité de ces travaux, qui ont très largement balisé la période de formation du néolibéralisme, dont la chronologie est aujourd'hui acceptée. Néanmoins, nous allons nous concentrer sur la formulation du problème néolibéral, dans le contexte de formation du néolibéralisme. Ce problème est politique et juridique, étant entendu que l'interventionnisme étatique chez les néolibéraux prend la forme d'un interventionnisme par les règles de droit, du fait d'une défiance vis-à-vis du gouvernement direct de l'ordre économique et social qui découle de la critique néolibérale de la planification. Ma thèse est donc qu'il faut comprendre le néolibéralisme comme une *modification de la rationalité gouvernementale*, notamment au niveau de l'édiction d'une *nouvelle normativité des règles de droit*. Notre propos se situe également en continuité de l'étude foucauldienne du néolibéralisme dans la *Naissance de la biopolitique*, qui traite du néolibéralisme comme une nouvelle gouvernementalité, une nouvelle rationalité politique qui ne se traduit pas par une disparition du politique, mais comme sa reconfiguration (Lemke, 2001, 2004).

Nous identifions également, et ceci est le cœur de cette partie, dans les chapitres IV et V, des tensions internes à la théorie néolibérale que nous recomposons au chapitre III et IV. En effet, l'anthropologie néolibérale interdit tout point de vue surplombant vis-à-vis de l'ordre social, du fait d'une complexité caractéristique de la Grande Société, c'est-à-dire la société moderne dans laquelle les relations socio-économiques entre individus, organisations, pays sont à la fois trop nombreuses mais également dynamiques et marquées par l'adaptation permanente des plans individuels pour qu'un individu ou un groupe d'individus puisse les gouverner et les diriger. Le néolibéralisme s'ancre dans des positions épistémologiques, celles de la limite de la raison humaine et d'une complexité intrinsèque aux sociétés contemporaines, qui met l'accent sur des éléments différents du libéralisme classique⁵⁵, c'est-à-dire non pas sur une confiance dans la compossibilité des plans individuels pour former un ordre socio-économique harmonieux, selon l'expression éloquente de Elie Halevy de "l'harmonie naturelle des intérêts", mais plutôt sur un refus de la possibilité de gouverner la complexité. Le libéralisme classique consiste en un gouvernement avec le marché, puisque ce dernier se trouve

⁵⁴ On peut, notamment, citer Mirowski et Plewhe (2009), Audier (2012), Burgin (2012), Solchany (2016), Beddeleem (2017), Innset (2017, 2020), Slobodian (2018), Whyte (2019).

⁵⁵ Foucault (1979), Dardot et Laval (2009), Le Jallé (2017).

être la meilleure façon d'accroître la richesse d'une nation et de réaliser la complémentarité des actions individuelles⁵⁶. Chez les néolibéraux, tout en reprenant l'idée d'une coordination par le marché, le marché est défendu à partir d'arguments épistémiques qui mettent en avant le fait qu'il s'agit d'une institution permettant cette coordination malgré la limitation cognitive des individus et la complexité socio-économique. Le néolibéralisme est donc fondé sur l'idée d'une limite de la raison humaine. Ainsi, bien que les néolibéraux partagent un certain nombre de termes en commun avec les libéraux du XIX^{ème} siècle, comme celui de marché, de liberté, de coercition, de pouvoir etc., ces concepts acquièrent un sens différent au sein de la nouvelle théorie émergente (voir chap. I). Ces positions caractéristiques du néolibéralisme conduisent, par conséquent, à des tensions au cœur d'une théorie qui est également et en même temps une théorie de l'interventionnisme étatique au niveau des règles. *De quel point de vue peut-on déterminer quelles sont les bonnes règles, si tout point de vue normatif surplombant est rendu problématique par les positions mêmes des néolibéraux ?* C'est cette interrogation qui est au centre de notre partie, et plus largement le point névralgique permettant, selon moi, de ressaisir les différences entre les théorisations des auteurs participant du mouvement néolibéral.

Dans le cadre de cette introduction, il est cependant utile, avant d'aller plus loin dans l'exploration de cette problématique, de rappeler les éléments contextuels de crise du libéralisme et de justifier le corpus que nous allons principalement retrouver dans cette partie, c'est-à-dire essentiellement Lippmann et Hayek, sans pour autant s'interdire de se référer à d'autres, tels que Karl Popper, Michael Polanyi, Louis Rougier, Walter Eucken et Wilhelm Röpke, Ludwig Von Mises, Henry Simons ou encore Jacques Rueff.

L'État de la tradition libérale et des libéraux entre les deux guerres

Le contexte de crise du libéralisme est nécessaire pour percevoir les enjeux historiques de refondation du libéralisme⁵⁷. Il a été publié de très bons ouvrages sur la crise du libéralisme

⁵⁶ Nous reprenons ici une lecture qu'on retrouve développée chez Mirowski et Plewhe (2009) ou encore Dardot et Laval (2009). Cette position sur le "libéralisme classique" est nécessairement réductrice, cela dit. Il est certain que les néolibéraux, en connaissance de cause ou non – Le Jallé (2017) montre, par exemple, que Hayek est persuadé de revenir à Hume et aux écossais alors qu'il développe en fait une théorie originale – développent des conceptions anthropologiques et épistémologiques spécifiques.

⁵⁷ Notre présentation est inspirée de Burgin (2012), notamment son premier chapitre, mais également de quelques éléments de présentation des conflits dans le champ académique qu'on retrouve chez Beddeleem (2017).

entre les deux-guerre, notamment l'ouvrage d'Angus Burgin, *The Great Persuasion, Reinventing Free-Markets Since the Depression* (Burgin, 2012). Dardot et Laval (2009), font également état, tout comme Audard (2009a), de la crise qui touche le libéralisme dans les années 1920-1930, concurrencé par le marxisme mais surtout attaqué par des traditions hétérodoxes comme les nouveaux libéraux. L'état de crise est tel qu'il faut réinventer le libéralisme. Le libéralisme perd une bataille scientifique aussi bien qu'idéologique et sociale. Dans ce cadre, il est difficile de surestimer l'importance de la crise de 1929 pour le libéralisme. Hobsbawm (1994, chap. 4) indique que la Grande Dépression a tout simplement "détruit le libéralisme économique pour cinquante ans". Comment se faire l'avocat du marché, du laissez-faire et des bienfaits de la concurrence, dans une situation où ces trois éléments semblent avoir démontrés leur faillite commune ?

La théorie économique et politique dominante n'est pas, dans les années 1920-1930, et encore plus après 1929, le libéralisme mais le keynésianisme⁵⁸. On assiste à la "fin du laissez-faire", pour reprendre les termes du pamphlet de Keynes dans les années 1920. Dans le même temps, les idées de planification économique se développent (voir chap. I), avec des arguments se fondant sur l'économie marginaliste. Cette défaite idéologique du libéralisme laisse la place à d'autres idéologies, notamment le socialisme, le fascisme ou le nazisme, ce qui ne manque pas de mettre plusieurs théoriciens libéraux dans le plus grand désespoir. Comme l'indique Burgin (2012, 13), Frank Knight, figure de proue de l'Université de Chicago, entre en dépression pendant toute la décennie et exprime clairement sa peur d'une disparition imminente de la liberté aux États-Unis et en Europe, où l'idéal libéral n'a pas déjà été détruit. Plus largement, cette peur est partagée par les libéraux en Europe. Enfin, les auteurs libéraux identifient une coupure nette entre la population et la discipline économique. Les individus moyens sont considérés comme étant incapables de se représenter la subtilité de l'organisation libérale de la société, constituée comme un ordre qui les dépasse. L'idéal socialiste d'un contrôle actif de la société par les individus flatte davantage les désirs et les représentations individuelles selon les différents auteurs néolibéraux. Tout cela explique, par ailleurs, la défiance des néolibéraux vis-à-vis de la démocratie, comprise comme souveraineté populaire (voir chap. III).

La défaite est à la fois scientifique (contre le keynésianisme ou les tentatives plus radicales de planification économique), idéologique (contre le socialisme, le fascisme et le

⁵⁸ D'une certaine façon le keynésianisme est une critique interne du libéralisme vis-à-vis du libéralisme classique. Voir, notamment sur la continuité du keynésianisme avec John Stuart Mill, Audard (2009a).

nazisme) et sociale (vis-à-vis des populations, qui ne croient plus que le libéralisme puisse être une théorie porteuse pour le futur). Les libéraux se trouvent ainsi dans des îlots spécifiques : l'École de Freiburg, en Allemagne, avec notamment Eucken et Böhm ; ce qu'on a coutume d'appeler désormais la "première École de Chicago" (Van Horn, 2009), composée de Frank Knight, Jacob Viner et Henry Simons, mais dont le plus important du point de vue du renouveau des idées libérales est Simons ; la *London School of Economics*, initialement fondée par des socialistes de la guilde mais abritant des économistes comme Lionel Robbins et, à partir de 1933, Friedrich Hayek ; et quelques autres endroits disséminés dans le monde, comme Genève, où Wilhelm Röpke et Ludwig Von Mises trouvent refuge⁵⁹. La "nébuleuse" néolibérale (Audier, 2012) est aussi un archipel géographique, minorisée dans des lieux spécifiques, ce qui explique les traditions nationales, théoriques et disciplinaires différentes.

Tous font le même constat que Röpke (1935, 86) : le libéralisme a perdu stratégiquement la bataille idéologique, même lorsqu'il n'a pas été défait tactiquement. C'est-à-dire que si les libéraux n'ont pas perdu de bataille spécifique d'un point de vue tactique, en étant par exemple réfuté du point de vue des idées ou des effets théoriques du libéralisme, ils sont néanmoins défaits du point de vue social et au niveau idéologique. Les libéraux se voient dès lors eux-mêmes comme condamnés à l'oubli (Burgin, 2012, 13). Cela est d'autant plus vrai que dans les années 1920 les libéraux ne sont pas organisés et leurs contacts sont rares. Leurs idées demeurent fragmentées et ils échouent à parler d'une voix commune (*Ibid.*, 15). Institutionnellement, Robbins est un des rares libéraux à lire les Autrichiens, ce qui apparaît à ses collègues comme une forme d'excentricité. De ce fait les libéraux sont marginaux scientifiquement – dominés dans leur champ par l'économie keynésienne montante, particulièrement à partir du milieu des années 1930 –, et politiquement, sans capacité aucune d'influencer effectivement un public.

Plus encore, la situation s'aggrave au cours des années 1930. Hayek, arrivé à la *London School of Economics* en 1933, avec l'aide de Robbins, se voit totalement éclipsé par Keynes, si bien que certains jeunes chercheurs quittent sa direction pour celle de Keynes et que Robbins lui-même commence à modifier ses conceptions. Ce n'est qu'en 1938, alors que la période est difficile, que le fascisme et le socialisme montent en Europe et que la crise perdure aux États-Unis, que les tentations sont fortes, partout, d'une planification de l'économie, ou bien pour des raisons théoriques ou bien en prévision de la guerre, qu'un sursaut apparaît institutionnellement,

⁵⁹ Slobodian (2018) défend l'importance particulière du pôle genevois pour le projet international néolibéral, et en décrit l'évolution.

avec le Colloque Lippmann, qui a attiré dernièrement beaucoup d'attention⁶⁰. Le colloque se tient à l'occasion de la parution (et de la traduction en français) de *The Good Society*, de Walter Lippmann, qui apparaît alors comme une figure centrale pour réunifier le courant libéral.

La chronologie du néolibéralisme est souvent considérée comme plus tardive. Si elle commence en 1938 avec le Colloque Lippmann, c'est pour en montrer l'exceptionnalité, comme une parenthèse étrange et à contre-courant dans un contexte difficile⁶¹. Plus généralement, le néolibéralisme se voit étudié à partir de 1947 et la création du Mont-Pèlerin par Hayek, ou, plus tardivement encore, à partir des années 1970 de la "contre-révolution néolibérale" et du "tournant néolibéral" des années 1980 (Harvey, 2005). Ces datations diverses oublient que le moment de défaite idéologique, scientifique et sociale des libéraux est précisément l'occasion pour certains auteurs de repenser leur doctrine, de réadapter leurs théories. La crise est à la fois un élément destructeur mais aussi un catalyseur. Dans l'adversité, il a fallu innover et s'unir. C'est pourquoi, même si d'un point de vue tactique la refonte du libéralisme n'a pas été couronnée de succès immédiatement, il est important de se pencher sur ce moment des années 1930 pour voir sur quels socles la pensée libérale a pu être renouvelée, comme un premier moment de constitution d'un consensus autour de certains problèmes, qui structurent les façons successives de répondre à la situation de crise. Stratégiquement, ce moment a certainement été un terreau fertile à des pensées successives, au point de déterminer une certaine façon de poser le problème de l'organisation politique – toujours irrémédiablement lié aux discours économiques.

La figure salvatrice au milieu des années 1930, précisément parce qu'elle n'appartenait pas au préalable au réseau libéral, est celle de Walter Lippmann. Comme je vais octroyer une importance centrale à cet auteur dans la suite de cette partie, il est important de justifier ce choix.

Walter Lippmann : figure de proue du néolibéralisme naissant

Jusqu'à récemment, le nom de Lippmann n'allait pas de soi au sein d'une étude du néolibéralisme. Le journaliste américain n'a jamais participé à une réunion de la Société du

⁶⁰ Audier (2008, 2012), Burgin (2012), Christoph (2012). Voir également les numéros 2 à 4 du *Journal of Contextual Economics* de 2019, consacré à constituer un Colloque Lippmann du XXI^{ème} siècle.

⁶¹ Ce qui explique d'ailleurs pourquoi plusieurs auteurs libéraux, comme Laurent (2006) n'acceptent un usage légitime du terme que pour ce moment néolibéral.

Mont-Pèlerin, et n'est pas cité, au contraire de Hayek ou Friedman, par des dirigeants comme Thatcher ou Reagan. Pourtant, Lippmann est un des fondateurs du néolibéralisme. Son nom reste attaché au Colloque Lippmann, à Paris en 1938, date de naissance désormais relativement consensuelle du néolibéralisme (Birch, 2017). Audier (2012, 70) écrit ainsi que Lippmann devient le "porte-drapeau du néolibéralisme". Cet auteur demeure, cela dit, assez mal connu et relativement peu étudié. Si son intérêt historique est relevé par plusieurs chercheurs, ses apports théoriques restent encore très largement à souligner. Il s'agit de voir comment Lippmann, qui développe ses idées aux États-Unis, nourri de la philosophie pragmatiste, de freudisme et diverses autres influences, est amené à soutenir des positions proches de celles de Hayek à la fin des années 30 dans un moment qui va marquer la naissance du néolibéralisme. Comment deux pensées provenant de contextes radicalement différents, se développant pendant un long moment de façon isolée, sont-elles amenées à partager une grille problématique commune⁶² ? Nous pouvons commencer notre propos par une question simple : pourquoi s'intéresser à Walter Lippmann, lui qui n'apparaît pas comme une figure majeure dans l'histoire de la philosophie politique classique ? Qu'est-ce qu'un journaliste en effet peut avoir produit d'intellectuellement marquant pour qu'il vaille la peine d'être étudié ? Mérite-t-il une place au sein de notre étude, au même titre que des théoriciens unanimement reconnus comme centraux, comme Hayek ou Friedman, sur qui la littérature secondaire est impressionnante ?

Il s'agit ainsi tout d'abord de souligner la centralité et l'importance majeure de Lippmann, qui n'est pas toujours reconnue dans les ouvrages faisant l'étude du néolibéralisme. Mirowski et Plewhe, dans *The Road to Mont-Pèlerin*, un ouvrage de référence sur le sujet, ne lui consacrent ainsi presque aucun développement. Néanmoins, la figure de Lippmann est de plus en plus prise au sérieux depuis une dizaine d'année dans les travaux s'intéressant à l'histoire du néolibéralisme. Dardot et Laval (2009), Burgin (2012), Audier (2012), Stiegler (2016, 2019) et Milanèse (2020a) consacrent une partie importante de leurs analyses aux textes de Lippmann. Cependant, aucun ne mène une analyse systématique des rapports de Lippmann aux néolibéraux, notamment avec celui dont il a été le plus proche, à savoir Hayek⁶³.

⁶² Rorty (1984, 69) mentionne néanmoins Lippmann comme un des penseurs secondaires qui pourraient faire l'objet d'une enquête philosophique approfondie. De façon révélatrice, néanmoins, Rorty écrit Lippmann 'Lippman'.

⁶³ Deux exceptions à ce constat, à savoir Jackson (2012) et Clavé (2015). L'approche de Jackson est historique, et montre les rapprochements théoriques entre les deux auteurs, l'approche de Clavé est davantage diachronique, et montre les divergences. Cette première partie construit sur ces apports et propose une discussion plus systématique de ce qui a pu être proposé dans ces articles. On pourra retrouver plusieurs des développements de cette partie dans mon propre article, Colin-Jager (2021). Plusieurs similarités apparaissent également avec Milanèse (2020a),

Lippmann et Hayek

A priori, rien ne préfigurait qu'un dialogue entre Lippmann et les néolibéraux, notamment Hayek, était possible. Comme le remarque Clavé (2015), les deux auteurs, bien que séparés d'une dizaine d'années seulement, appartiennent à des mondes différents. Hayek est Autrichien, se forme à Vienne, dans une Europe marquée par la guerre. Les traditions intellectuelles de son environnement sont l'économie autrichienne, à laquelle il se forme dans le séminaire privé de Mises, le positivisme logique, les querelles sur la planification, ou encore la phénoménologie, avec laquelle il est en contact par le biais d'Alfred Shütz ou Felix Kaufmann (Caldwell, 2004, 140-141). Après avoir hésité entre la psychologie et l'économie, il se forme en économie à Vienne et aux États-Unis avant d'être recruté à la *London School of Economics* en 1933 – avec le soutien de Lionel Robbins, autre libéral important de l'époque –, où il mène un combat acharné contre la planification économique.

Lippmann est américain, à son entrée à Harvard en 1906 il est socialiste de tendance fabienne, influencé principalement par la philosophie pragmatiste de James qui est son professeur il écrit dans un contexte où les thèses discutées relèvent de l'héritage de la théorie de Darwin pour la philosophie politique (Stiegler, 2019). Comment les trajectoires intellectuelles de ces deux penseurs sont amenées à se croiser au milieu des années 1930, lorsque Lippmann cite Hayek dans les premiers chapitres de *The Good Society*, publiés dans *l'Atlantic Monthly*, et que Hayek écrit à Lippmann qu'il se trouve être en accord complet avec le contenu du livre ?

La centralité de Walter Lippmann

Le terme de "centralité" est vague sans davantage de spécifications. La centralité d'une personne se pense généralement de manière relationnelle. Nous voulons montrer que Lippmann est central de trois façons distinctes : *institutionnellement*, car il possède une audience et une reconnaissance importante, tout en étant très bien implanté dans plusieurs réseaux, *académiquement*, c'est-à-dire que cette reconnaissance n'est pas uniquement politique ou journalistique, mais que Lippmann est reconnu comme un intellectuel de premier plan, et enfin *théoriquement*, en ce que Lippmann n'a pas été un prête-nom pour les néolibéraux mais a

qui pointe à plusieurs reprises les parallèles entre la pensée de Lippmann et celle de Hayek. La raison en est évidente, à savoir que le contenu du livre comme des chapitres suivants a été conçu dans un séminaire organisé en commun à l'ENS de Lyon de 2018 à 2020. Néanmoins, le contenu de cette partie est bien moins développé que ce qu'Arnaud Milanès propose dans son livre, qui consiste en une lecture suivie et précise des positions de Lippmann de 1913 à 1937.

véritablement proposé de nouvelles bases pour penser le libéralisme, puisqu'il s'est trouvé, dans les années 1930, en situation d'innovation intellectuelle. Lippmann est le libéral le plus important des années 30, à une époque où les libéraux sont marginaux sur le plan académique et politique, du fait de son travail et de sa visibilité notamment, mais aussi de ses développements théoriques, en avance sur ce que d'autres libéraux produisent⁶⁴. Lippmann apparaît comme un *leader* et un chef de file développant des idées originales, pour rénover une philosophie en perte de vitesse.

Le "journaliste du siècle" (Steel, 1980), ou la centralité institutionnelle

Walter Lippmann est principalement connu comme *columnist*, ce qui implique un statut spécial aux États-Unis, notamment à partir de 1931, lorsqu'il rejoint le *New-York Herald Tribune*⁶⁵. Comme le note Goodwin (2014, 2), dans sa biographie intellectuelle de Lippmann, le journaliste américain est à l'époque lu par plus de huit millions de personnes tous les jours.

Steel (1980) énonce que, loin d'être un journaliste anodin, Lippmann est le journaliste le plus important du siècle, repris comme un exemple dans toutes les écoles de journalisme après lui. Sans aller jusqu'à justifier ce jugement normatif, qui peut être par ailleurs expliqué pour des raisons éditoriales (qui n'a pas intérêt à grandir l'importance de l'auteur sur lequel il fait une biographie ?), on peut relever que huit millions de lecteurs journaliers est un total impressionnant pour l'époque. Lippmann attire les personnalités les plus importantes de son temps, jusqu'au Président Herbert Hoover, qui l'invite à un déjeuner privé⁶⁶.

Cet accès aux puissants de ce monde est dû, non seulement à l'influence de Lippmann, mais aussi à son expertise sur bon nombre de sujets. Nous ne développerons pas ici tous les éléments biographiques sur Lippmann, notamment son implication dans les négociations pour le Traité de Versailles, où il rencontre Keynes⁶⁷, car il suffit de se référer à la présentation de Latour (2008, 34) pour s'en donner une idée générale :

⁶⁴ J'utilise dans ce passage le terme l'adjectif "libéral" de manière restrictive, puisque le nouveau libéralisme existe également, représenté par exemple par Keynes à la même époque. J'identifie le libéralisme avec la veine qui constituera par la suite le néolibéralisme.

⁶⁵ L'appellation de "journaliste" est néanmoins extrêmement réductrice, puisqu'en 1931 Lippmann a déjà écrit cinq livres majeurs. Il est, néanmoins, généralement décrit par ce terme, qui tranche avec l'importance théorique que je lui fais jouer dans la première partie de cette thèse.

⁶⁶ On peut retrouver cette anecdote dans Goodwin (2014, 3).

⁶⁷ L'évènement est dans Steel (1980) ou Goodwin (2014), ou trouve également plusieurs passages chez Riccio (1994).

Il est celui qui a poussé Wilson dans la guerre, s'est dressé contre la paix impossible de la Société des Nations, qui a évité à son pays un conflit avec le Mexique (par une diplomatie secrète avec le Vatican !), qui a vu immédiatement les dangers du stalinisme, qui a longuement préparé son pays à la guerre contre Hitler, qui a compris tout l'intérêt de De Gaulle (dès juin 40! ce dont le Général lui sera toujours reconnaissant), et qui a tout fait pour éviter l'intervention en Corée comme en Indochine. Il n'est pas donné à tout le monde d'avoir inventé les termes qui définissent toute une époque : celui de Communauté Atlantique ou de Guerre Froide.

Lippmann a à la fois un statut d'expert, de commentateur et d'intellectuel public, et ceci aussi bien sur le plan politique qu'économique. De plus, Lippmann est extrêmement actif dans le *reviewing* de travaux publiés dans des maisons d'édition ou dans les grands journaux de l'époque. Il est donc important du point de vue du réseau, mais exerce également une influence institutionnelle non négligeable pour valider une partie de la production intellectuelle de son époque. Il faut donc prendre des distances avec la vision rétrospective que nous pouvons avoir et qui peut faire de Lippmann un personnage mineur ou avec une importance locale. De fait, Lippmann a pris position sur tous les sujets importants de son temps : les guerres, la crise de 1929, la crise du libéralisme, les syndicats, le problème des monopoles, la crise de la démocratie etc.

L'intellectuel engagé, la reconnaissance académique

Lors de ses études à Harvard⁶⁸, où il entre en 1906, Lippmann s'est formé aussi bien à la philosophie, à la psychologie qu'à l'économie, discipline dans laquelle il suit quelques cours. Il y fréquente William James, avec qui il prend le thé hebdomadairement, mais aussi George Santayana. Ces deux figures demeureront extrêmement importantes pour Lippmann, qui se réfère régulièrement à James par la suite⁶⁹.

Il s'engage politiquement avec le parti socialiste fabien en 1909, dans lequel il rencontre George Douglas Cole et John Hobson à une *summer school* (Goodwin, 2014, 11). Le parti

⁶⁸ "He entered Harvard in 1906 [...] as by all accounts one of the most gifted undergraduates to attend Harvard in this century" (Goodwin, 2014, 8).

⁶⁹ Lippmann (1922) cite directement James pour le concept de fiction, par exemple.

fabien est souvent décrit comme un parti socialiste modéré, réformiste, avec une forte dimension élitiste, diffusant l'idée d'un gouvernement par les intellectuels éclairés. L'autre influence marquante à cette époque, pour Lippmann, est Graham Wallas, qui développe le concept de *Great Society* auquel Lippmann, tout comme Dewey dans *Le Public et ses problèmes*, reste attaché jusqu'au moins la fin des années 1930 (voir chap. III). En 1910, Lippmann assiste au séminaire donné par Wallas et l'admiration est réciproque, si bien que Wallas dédicace *The Great Society* à son étudiant Lippmann, en 1914. Lippmann ne tarit pas d'éloges sur ce livre et dit le lire de façon répétée (*Ibid.*, 16). De plus, dès 1913, Lippmann écrit sur la politique. Son ouvrage, *A Preface to Politics*, rencontre un écho inattendu, puisque Théodore Roosevelt lit le livre et invite le jeune Lippmann pour une rencontre en 1914 (*Ibid.*, 17).

La connaissance des théories de son époque se lit encore davantage dans son ouvrage de 1914, *Drifts and Mastery*, où il cite et commente Veblen, le théoricien institutionnaliste le plus important de son époque, mais aussi Freud, – qu'il considère comme tout aussi important que Darwin. À l'occasion de cette défense de Freud, il est amené à discuter avec Wesley Mitchell, un autre théoricien institutionnaliste extrêmement important (*Ibid.*, 23).

En 1913, Lippmann cofonde, avec Herbert Croly et Walter Weyl, *The New Republic*, un hebdomadaire progressiste où Lippmann a l'occasion de lire un autre philosophe et théoricien important de son époque, John Dewey, alors également rédacteur. Lippmann, dès sa sortie d'Harvard dans les années 1910, est donc parfaitement intégré à la communauté intellectuelle, dialoguant avec les figures les plus importantes de son époque. Ce réseau impressionnant s'étoffe en 1917, lorsqu'il rencontre John Maynard Keynes lors des négociations pour le Traité de Versailles. Les deux hommes se lient d'amitiés, jusqu'à la mort de Keynes, en 1946.

C'est dans les années 1920 que Lippmann acquiert un statut de premier ordre, notamment après la parution de son ouvrage *Liberty and the News*, qui préfigure bien des thèmes de son texte de 1922, *Public Opinion*. Lippmann, fort de son expérience au bureau de la propagande pendant la guerre, au cours de laquelle il voit la mise en pratique des idées de Freud sur l'inconscient, introduit le thème de la manipulation du public.

La notoriété de Lippmann n'est pas uniquement journalistique mais aussi académique, si bien qu'il reçoit des offres pour être professeur dans plusieurs universités prestigieuses, notamment Columbia, Harvard et Chicago (*Ibid.*, 37). On peut même dire que les années 1920,

jusqu'à *A preface to Morals* en 1929, sont les années, avant qu'il devienne *columnist* en 1931, au cours desquelles Lippmann établit sa légitimité intellectuelle et académique, si bien que ses travaux sur la démocratie, comme *Le Public fantôme*, sont discutés très largement, au sein des mouvements progressistes et libéraux. Il est désormais bien établi que ce qu'on appelle rétrospectivement – et peut-être artificiellement, voir Shudson (2008) – *le Lippmann-Dewey debate* prend ses racines dans les années 20, avec la réponse que John Dewey fait à l'ouvrage de Lippmann, dans *Le Public et ses problèmes*, en 1927. Il faut noter que si Dewey répond de façon extensive à Lippmann le "débat" est unilatéral : Lippmann ne répond jamais à Dewey nommément, si bien que toute restitution d'un débat entre les deux auteurs tient de la reconstruction rationnelle⁷⁰. Néanmoins, le fait qu'un théoricien aussi important que Dewey ait eu besoin de se positionner vis-à-vis de Lippmann ne fait que souligner l'importance du personnage.

Un artisan théorique du renouveau libéral, la centralité théorique.

Si le terme de néolibéralisme avait déjà été utilisé avant les années 1930, par Charles Gide à la fin du XX^e pour discuter des nouvelles théories économiques, le colloque de 1938 est l'un des premiers moments dans lequel le terme est utilisé pour désigner le renouvellement critique de la pensée libérale et une série d'auteurs, qui vont par la suite être identifiés comme néolibéraux en un sens distinct de libéralisme social ou de nouveau libéralisme⁷¹. Ce n'est pas un hasard si le terme est accolé à celui de Lippmann, car, en plus d'être institutionnellement et académiquement important, il propose une théorie libérale qui pallie les faiblesses historiques d'une doctrine devenue dogmatique. Alors que le terme de libéralisme apparaît de façon assez marginale dans ses travaux avant 1929, bien qu'on puisse considérer que ses ouvrages, comme *Le Public fantôme*, constituent déjà une critique de l'anthropologie libérale, il devient central dans ses réflexions au début des années 30.

Dans les conférences que Lippmann donne à Harvard, éditées dans un livre, *The Methods of Freedom*, en 1934, l'auteur américain développe déjà les thèmes séminaux qu'on retrouvera plus développés et détaillés dans *The Good Society*, en 1937⁷². Il critique tout aussi

⁷⁰ Cependant, Lippmann a été impliqué dans plusieurs débats d'importance de son époque. On peut référer à Milanèse (2020a) pour une étude détaillée de ces prises de position.

⁷¹ Sur ces questions de dénomination et d'histoire du terme on peut se référer utilement à Boas et Gans-Morse (2009), Audier (2012), Christoph (2012) et Brookes (2018b) qui proposent de retracer l'histoire de l'utilisation du terme.

⁷² Sur ces conférences en particulier voir Milanèse (2020b), qui montre les lignes de continuité entre le texte de 1934 et celui de 1937.

bien le collectivisme totalitaire du stalinisme et du fascisme, qui ont, selon lui, démontré leur ineffectivité économique à tous les gens cultivés, que le libéralisme du laissez-faire qu'il critique depuis 1913. Il s'agit, pour Lippmann, de refaire le geste de Smith dans un nouveau contexte, à savoir renouveler la doctrine pour la rendre compatible avec son nouvel environnement, en s'inspirant notamment des travaux de Keynes, dont il s'inspire pour un de ses chapitres : "The End of Laissez-Faire". Pour autant, on ne peut pas identifier totalement Lippmann à un keynésien, s'il l'approuve dans sa critique du laissez-faire, la dimension positive de l'ouvrage montre une élaboration théorique originale.

Le libéralisme, pourtant en crise, apparaît à Lippmann comme une doctrine prometteuse. Plus encore qu'un porte-voix célèbre, il offre également un discours de refonte théorique pour se réadapter à la situation des années 30. Son projet entre en résonance avec les travaux d'autres auteurs libéraux, comme Henry Simons, professeur à Chicago, qui publie en 1934 son *Programme positif pour le laissez-faire*⁷³. Christoph (2012, 27) indique même que cet ouvrage est le "premier *best-seller* néolibéral" et qu'il constitue "l'acte de naissance du néolibéralisme dans le monde anglophone".

Nous avons donc une triple explication : *institutionnelle*, renvoyant à sa situation comme journaliste reconnu avec une large audience, ce qui implique une forme de pouvoir ; *intellectuelle*, par le fait qu'il est reconnu et influent dans toutes les sphères de la société, si la centralité institutionnelle renvoie à une forme de pouvoir la centralité intellectuelle renvoie à une prestance symbolique ; et *théorique*, renvoyant au fait que Lippmann développe des concepts qui vont effectivement être repris, et ne se contente pas d'être un intellectuel public. Cette triple centralité est, bien évidemment, à remettre en contexte chronologique : Lippmann n'a pas été, dès 1910, un personnage central dans ces trois sphères, mais, à la fin des années 1930, il est à l'apogée de sa carrière⁷⁴.

Le moment important de jonction avec les autres auteurs libéraux est l'écriture, en 1936, des articles dans le *Atlantic Monthly*, qui deviendront la première partie de *The Good Society*. Ces textes attirent l'attention des libéraux, par exemple de Lionel Robbins, alors un des théoriciens libéraux majeurs à la *London School of Economics*, et de Friedrich Hayek. Notons

⁷³ Henry Simons nourrit d'ailleurs une correspondance fournie avec Lippmann à partir de 1935.

⁷⁴ Apogée qui durera par ailleurs, comme cela est montré par Goodwin (2014), puisque Lippmann fréquentera par exemple De Gaulle et d'autres gouvernants importants. Odile Tourneux (2019, 2020) montre également l'importance de Lippmann, via son amitié avec Monet, dans la construction de l'Union Européenne.

immédiatement que l'intérêt est réciproque : pour développer l'argumentaire critique relatif au collectivisme, Lippmann s'appuie sur deux références autrichiennes. La première est la critique du socialisme par Ludwig Von Mises, parue en 1922 en allemand et traduite dans les années 30, l'autre est Hayek, qui a écrit en 1935 *Collectivist economic planning*⁷⁵. Les libéraux trouvent en Lippmann un allié de marque. Ce "tournant de 1936" est à relativiser. Si les échanges s'intensifient à partir de cette époque, il est clair que Lippmann a lu les travaux des économistes de la *London School of Economics* (Hayek et Robbins) avant cette période, ainsi que ceux de Mises et même ceux de Simons. La proximité théorique avec Chicago est clairement établie par la correspondance :

J'ai lu avec un grand intérêt et profit votre article sur 'Rules versus Authorities in Monetary Policy.' J'entreprends depuis longtemps une étude des politiques libérales, et *je suis parvenu à la même conclusion que vous*, c'est-à-dire que nous ne devons pas aller vers la voie du management et de l'autorité, *mais dans la voie qui établit des règles stables*. Je vous suis donc très reconnaissant pour votre article et les éclairages qu'il apporte. Puis-je vous demander de m'envoyer une copie du *Positive Program for Laissez-faire* ? J'ai égaré ma version, et j'aimerais en avoir une autre aussi vite que possible.

(Lippmann à Simons, 19 mars 1936, je souligne)⁷⁶.

Lippmann connaît les travaux de Henry Simons, dont Lippmann cite le pamphlet de 1934, *A positive Program*, mais aussi ses articles universitaires. Lorsque *The Good society* paraît en 1937, les retours des libéraux sont unanimes. Jackson (2012, 57) relève la lettre de Robbins à Lippmann, dans laquelle Robbins indique qu'il est heureux de trouver un autre "prophète du libéralisme". Goodwin (2014, 233) énonce, ainsi, que le livre a connu une réception massive

⁷⁵ Sur l'influence des Autrichiens sur Lippmann on peut lire Riccio (1995, 124-125), et Jackson (2012).

⁷⁶ La version originale dit: "I have read with great interest and profit your article on 'Rules versus Authorities in Monetary Policy.' I have been engaged for a long time in a study of liberal policy and had come to much the same conclusion as you do, namely that we must not go in the direction of management and authorities but in the direction of fixed rules, so I am very grateful for your article and for the illumination it gives. May I ask you to send me a copy of the Positive Program for Laissez-faire? I have mislaid my copy and I should like to have another one as soon as it is possible to get it here" (Ma traduction). Toutes les lettres de la correspondance sont issues des archives de Lippmann, que j'ai pu consulter à Duke University pour donner suite à une invitation de Bruce Caldwell. En 1937, lorsque Robbins écrit à Lippmann pour mentionner l'existence de Mises, sa secrétaire lui répond, pendant l'absence de Lippmann, qu'elle sait que Lippmann a lu Mises en allemand depuis quelques temps et a reçu en 1936 une traduction anglaise, qu'il a recommandé à une maison d'édition (Secrétaire de Walter Lippmann à Lionel Robbins, le 23 février 1937).

de la part de tous les libéraux importants, notamment de Frank Knight à Chicago, qui lui consacre une élogieuse recension dans le *Journal of Political Economy*.

Le dialogue entre Lippmann et Hayek, qui suit la publication, mérite également d'être mis en avant puisque les deux auteurs s'échangent des amabilités sur l'importance respective de leurs travaux (*Ibid.*). On ne peut pas opposer Lippmann à Hayek comme deux voies différentes du néolibéralisme, un libéralisme doux, celui de Lippmann, qui serait celui d'une critique du laissez-faire avec l'ambition de réguler le marché, et un libéralisme dur, de Hayek, qui serait "ultra-libéral", pour reprendre la terminologie d'Audier (2012)⁷⁷. En réalité, il faut saisir les relations entre les deux auteurs de façons historiques et évolutives : lorsque Lippmann écrit en 1937, Hayek a déjà pris des distances avec Mises d'un point de vue théorique et, surtout, il n'a pas encore développé sa position plus radicale des années 1970. L'accord est, en 1937, total, comme Hayek l'exprime :

J'ai l'ai lu [la *Cité libre*] en entier presque d'une traite. Je savais déjà, de vos articles dans le *Atlantic Monthly*, que je devais me trouver en accord complet avec vos développements critiques, mais ce cependant une agréable surprise que de voir que j'étais en accord presque aussi complet jusqu'au point de détails de vos développements constructifs.

(Hayek à Lippmann, le 11 août 1937)⁷⁸.

C'est cet accord de Hayek avec l'entièreté du livre qui est à l'origine du Colloque Walter Lippmann, comme le note Jackson (2012, 58), puisque c'est Hayek qui recommande le livre à Louis Rougier et propose d'organiser quelque chose autour du livre.

⁷⁷ On retrouve cette dichotomie développée entre, d'un côté, néolibéralisme, et, de l'autre, ultra libéralisme, chez Stiegler (2019).

⁷⁸ L'original dit: "I have read it from cover to cover almost at one sitting. I knew from your articles in the *Atlantic Monthly* that I should be in complete agreement with the critical parts, but it was still a pleasant surprise that I found myself in almost equally complete agreement even to points of detail with the constructive section" (Ma traduction). La réception est plus tiède pour d'autres auteurs, comme Simons, voir sa lettre à Lippmann suite à sa lecture de *The Good Society*, cité par Goodwin (2014, 51): "I was a bit annoyed, both by your tribute to Keynes and by those few pages in the text which reflect his influence. These pages reveal, to me, some of the confusion which is Mr. Keynes' main contribution to monetary discussion; where you remark that Keynes has shown how urgent problems may be solved within the framework of the liberal system. Reviewing his last book, I remarked, casually but seriously, upon its possibilities as the economic bible of a fascist movement. There is point in both observations; but mine, I believe, is more deserving of emphasis. From the standpoint of the liberal cause, Mr. Keynes is irresponsible and untrustworthy— I say this with regard to his writing about money, disregarding his more glaring sins in the *Yale Review* article—and his followers are simply a menace, politically and intellectually." Cet échange est également analysé par Boettke et Candela (2019). Il faut cependant noter que les principales réserves de Simons portent sur la proximité avec Keynes et non sur le reste de l'ouvrage.

On peut interpréter la relation de Lippmann aux libéraux qui se perçoivent eux-mêmes comme esseulés : ils ont bien plus besoin de lui que lui d'eux. On peut reformuler cela en disant que les libéraux ayant besoin d'un leader dans leur marginalisation croissante avant la guerre, et après la crise de 1929, ils trouvent cette figure en la personne de Lippmann qui rejoint leurs positions de façon inopinée. De ce fait, ils ne peuvent qu'être enthousiasmés de voir leurs idées portées sur le devant de la scène par un auteur aux millions de lecteurs. On peut également ajouter que Lippmann est celui qui est en situation d'innovation théorique à cette époque : il prend en compte les critiques de Hayek et de Mises sur le collectivisme mais propose, plus loin qu'eux, une philosophie positive, qui influence Hayek lorsqu'il écrira en 1944 *la Route de la servitude*. En effet, Lippmann n'est pas satisfait des positions autrichiennes, puisqu'il écrit à Robbins que Hayek et Mises : "n'arrivent pas à développer, il me semble, une théorie positive du libéralisme, qui rende compatible une méthode de contrôle social avec une économie de marché" (Lippmann à Robbins, le 24 mars 1937)⁷⁹.

Cela ne signifie pas qu'il existe une opposition radicale entre Lippmann et Hayek, mais plutôt que Lippmann vise à aller plus loin en comblant le manque qu'il identifie. En cela, Lippmann pose le problème typique du néolibéralisme, à savoir celui d'un gouvernement libéral qui ne tombe pas dans les écueils de la planification, mais qui prenne en charge les conditions de fonctionnement du marché. Lippmann formule d'ailleurs la difficulté : *comment penser une méthode de "contrôle social", une politique libérale, qui soit cohérente avec l'économie de marché telle qu'elle est présentée chez les autrichiens ?* En un sens, si Hayek donne les fondements économiques du libéralisme, il reste à Lippmann à penser un gouvernement libéral qui puisse être compatible avec la critique de la planification, et cette théorie est l'objet de Lippmann en 1937. C'est donc la conjonction d'une importance réputationnelle et d'une acuité théorique, qui pointe un problème réel au sein du libéralisme, qui rend Lippmann central à cette période et qui explique la réception de son livre.

De ce fait, ma lecture évite deux écueils. D'une part, l'écueil de la distinction radicale entre Hayek et Lippmann, participant à deux ailes distinctes du néolibéralisme ayant peu de contacts, qui est la lecture qu'Audier fait des rapports de Lippmann à Hayek, d'autre part la lecture pensant le sens de l'influence comme allant des autrichiens à Lippmann, qui leur reprendrait leur théorie critique du collectivisme, alors qu'on trouve chez Lippmann des éléments qui anticipent cette critique dès 1922, sans penser le mouvement inverse, d'une

⁷⁹ L'original dit: "[Hayek and Mises] do not, it seems to me, arrive at a positive theory of liberalism which gives a method of social control consistent with the exchange economy" (Ma traduction).

influence des positions et des problèmes lippmanniens sur les autres théoriciens néolibéraux. Pour autant, il ne s'agira pas non plus d'identifier les positions des deux auteurs : les contextes et les approches sont différentes, ainsi que les formations. Il s'agit, plutôt, de saisir les problématiques communes que d'identifier une théorie unitaire entre les deux auteurs. Cela correspond au projet relatif à l'identification d'une problématisation propre au néolibéralisme.

Déroulé de la partie

Dans cette partie, nous traiterons principalement de deux auteurs centraux dans le premier néolibéralisme. D'une part, Lippmann, qui se justifie d'une part pour sa centralité, car, relativement à son importance, cet auteur a été sous-étudié dans la littérature. D'autre part, Hayek, qui est, comme l'ont étudié Koehler et Kolev (2011), l'organisateur du réseau néolibéral et un véritable entrepreneur idéologique et institutionnel. La lecture des textes de Hayek et de Lippmann sur la période sera donc présente dans chacun de nos chapitres, pour montrer les proximités, depuis les considérations anthropologiques jusqu'à la théorie du gouvernement libéral, entre les deux auteurs. Nous ne nous interdirons pas de mentionner, parfois longuement (chapitre V), les autres traditions, notamment les ordolibéraux, comme Eucken et Röpke, qui développent des arguments très proches de nos deux auteurs, ou encore Simons, qui propose des positions proches mais inchoatives à la même époque. Néanmoins, pour les ordolibéraux comme pour Simons nous nous réfèrerons à la littérature extensive qui existe déjà plutôt que de redévelopper systématiquement les rapprochements avec nos deux théoriciens.

Toute cette partie est vouée, non seulement à exposer le champ d'adversité dans lequel le néolibéralisme se construit, mais aussi à poser le problème néolibéral d'un gouvernement libéral comme *fondamentalement en tension entre des développements épistémologiques et la nécessité d'un interventionnisme*.

Chapitre I. Le marché comme premier principe.

La réalité [a cessé de représenter] ce qu'elle représentait pour ma grand-mère qui vivait dans un village morave et savait tout par expérience : comment on cuit le pain, comment on bâtit une maison, comment on tue le cochon et comment on en fait de la viande fumée [...] ce que M. le curé pensait du monde et ce qu'en pensait M. l'instituteur [...] elle tenait pour ainsi dire la réalité sous son contrôle personnel.

(Milan Kundera, *L'immortalité*).

La littérature récente sur le néolibéralisme pointe massivement la distinction du néolibéralisme avec le laissez-faire⁸⁰. On a souvent insisté sur l'interventionnisme juridique et social caractéristique du néolibéralisme, voire la "biopolitique néolibérale"⁸¹. Cette distinction, entre le laissez-faire libéral et une certaine forme d'interventionnisme néolibéral, qu'on peut faire remonter à la *Naissance de la biopolitique* de Foucault, est tout à fait pertinente en ce qu'elle permet de voir comment, par l'interventionnisme les néolibéraux visent à maximiser l'efficacité du marché et de la concurrence. Nous ne commencerons pas, néanmoins, avec ce qui fait la spécificité, pour beaucoup, du néolibéralisme mais avec ce qui est souvent laissé de côté car considéré comme encore strictement économique, à savoir la théorie des prix qu'on trouve développé chez Mises et Hayek, puis largement reprise lors du Colloque Lippmann et à la Société du Mont-Pèlerin. Le marché est, en effet, le cœur de la coordination économique et sociale. Notre décision suit un ordre logique : pour comprendre la nécessité d'un interventionnisme néolibéral visant à permettre, améliorer et étendre le principe de la concurrence et le fonctionnement du marché, il faut déjà comprendre ce que les néolibéraux entendent par *marché*, *concurrence* et *prix* et quel rôle conceptuel ces termes jouent dans leur théorie. Dans ce cadre, il nous faut remonter à un épisode souvent ignoré en philosophie, car

⁸⁰ Cette distinction est centrale chez Mirowski et Plewhe (2009, 15), Dardot et Laval (2009), Christoph (2012, 51), Beddeleem (2017, 7), Mirowski et Nik-Khah (2018, 54) ou encore Biebricher (2018).

⁸¹ Par exemple, chez Brown (2015), Stiegler (2019).

considéré comme strictement économique, à savoir la querelle sur la possibilité du calcul économique en régime socialiste. Je montrerai que cette querelle possède des implications non seulement économiques, mais aussi épistémiques et politiques⁸².

La querelle théorique, relative à la possibilité d'instaurer un calcul économique en régime socialiste, constitue la pré-histoire conceptuelle des théories néolibérales (Innset, 2017, chap. 1), qui trouvent leur racine dans l'opposition au courant de planification massive de l'économie et de la société entre les deux guerres (Beddeleem, 2017, chap. 2). Deux auteurs sont importants dans cette pré-histoire du néolibéralisme : Mises et Hayek. Les positions de Hayek sur le calcul socialiste sont consensuelles chez les néolibéraux, qui, lors du colloque Lippmann, défendent le système des prix comme critère permettant de distinguer les types d'interventions. Une intervention libérale est comprise comme une intervention permettant de garantir le mécanisme des prix. Pour comprendre cette importance centrale du mécanisme des prix comme "premier principe du libéralisme", formule que l'on trouve dans *La Cité libre* de Lippmann, il faut remonter aux innovations conceptuelles qu'on trouve chez Mises et Hayek. Le marché n'est pas uniquement compris, comme chez Adam Smith, par sa capacité à faire échanger des personnes ayant des intérêts divers, via la division du travail, ni même, comme les néoclassiques, comme un moyen d'allouer des biens de façon optimale dans la société. Le marché devient chez Hayek et Mises, le cœur de la coordination sociale. Le marché, par sa réalisation empirique qu'est le prix, fonctionne comme un système dynamique de coordination sociale en produisant une information publique pour tous les individus. Nous verrons par la suite que cette vertu coordinatrice s'accompagne d'autres vertus civilisatrices chez les néolibéraux (Dekker, 2016).

La controverse sur le calcul socialiste a été lancée, en Allemand, par Ludwig Von Mises dans les années 1920, et a connu plusieurs rebondissements jusqu'à la prise de position par Hayek en 1935 dans son ouvrage de synthèse *Collectivist Economic Planning*. Ce débat marque l'évolution de la pensée des néolibéraux de façon extrêmement importante : il interroge le statut de la connaissance et notamment la question de la coordination sociale à partir d'une société

⁸² Le geste foucaldien consistant à mettre entre parenthèses l'économie dans son étude du libéralisme, pour se détacher de la lecture marxiste du libéralisme et mettre en lumière une véritable gouvernamentalité néolibérale, n'a pas produit que des résultats positifs. Cela a, en effet, conduit à analyser le néolibéralisme sans discuter sérieusement la thèse, pourtant centrale logiquement, de la coordination des actions individuelles sans faire appel à une autorité verticale.

d'individus n'ayant qu'une connaissance limitée et fragmentée⁸³. C'est à partir d'une réflexion sur le calcul socialiste que Hayek est amené à interroger son rapport avec l'économie néoclassique dans son ensemble et à proposer un programme de recherche différent pour les sciences sociales (Caldwell, 1988, 1997). La querelle du calcul socialiste est centrale non seulement pour l'histoire économique en général (Boetkke, 2006 ; Jael, 2018), mais aussi pour le mouvement autrichien (Kirzner, 1988) et plus particulièrement Hayek (Caldwell, 2004). Plus encore, c'est de cette querelle qu'émerge une série de problématiques proprement philosophiques relatives à la coordination sociale ou à la capacité du gouvernement à planifier l'économie et plus largement la société. La théorie libérale est nourrie des élaborations conceptuelles construites pour répondre aux arguments des théoriciens socialistes, qui lui font prendre la voie d'une théorie novatrice de la coordination sociale fondée sur la diffusion d'information par les prix. En cela, Hayek est un précurseur de la théorie de l'efficacité indiquant que les prix intègrent l'information disponible sur un marché, permettant la coordination inter-individuelle⁸⁴. Cette théorisation de la coordination par l'information, par Hayek, est au cœur de sa théorie sociale plus générale fondée sur l'idée d'ordres spontanés. C'est pourquoi ce moment, terreau d'inventions conceptuelles, marque l'élaboration d'une rationalité spécifique, dans laquelle le marché et la concurrence sont des principes de "véridiction" (Foucault, 1979, 21-22) qui ne pourront être simulés par un autre moyen⁸⁵. Même si, comme Foucault et bien d'autres le remarquent, le néolibéralisme n'est pas caractérisé par le laissez-faire (voir chap. II), mais, au contraire, par une forme d'interventionnisme juridique, fondé sur une théorie sociale et une anthropologie spécifique (chap. III), il faut saisir quel principe premier les néolibéraux cherchent à garantir, fonder et protéger, à savoir le rôle du marché qui émerge à l'époque de la querelle.

Ma thèse est qu'il faut éclairer cet épisode eu égard à l'importance prise par le concept d'information, qui va déterminer les nouvelles théorisations du libéralisme dans les années 1930. Toute la théorie de Hayek tourne autour de la question de la co-opération entre individus ne possédant qu'une connaissance limitée et dont la coordination efficace n'est donc pas garantie. Le concept d'institution répond à ce problème. Le marché est compris comme un

⁸³ Nous allons mener ici une étude théorique et conceptuelle de cette querelle, mais on retrouve une approche plus contextuelle dans la thèse de Martin Beddeleem, voir notamment Beddeleem (2017, 132sq).

⁸⁴ Sur ce point voir, (Vivès, 2008 et Colin-Jaeger et Delcey, 2020).

⁸⁵ Le concept de véridiction est relatif à l'idée selon laquelle il faut trouver une base objective pour fonder la coordination sociale. Comme tout discours surplombant est mis en crise par la critique néolibérale, le marché devient l'instrument par lequel l'objectivité est produite socialement.

dispositif de coordination en stockant de l'information et en la véhiculant pour permettre des anticipations efficaces et organiser la société, mais aussi, et de façon plus importante encore, comme un découvreur d'information par le processus de concurrence. On ne peut comprendre l'importance du gouvernement par les règles et le cadre constitutionnel qu'en ayant compris au préalable ce qui rendait ce mode de gouvernement, cette modification dans la gouvernamentalité libérale, nécessaire.

Nous allons dans un premier temps planter le décor de la querelle sur la possibilité du calcul économique en régime socialiste en présentant les arguments des différents protagonistes, notamment ceux de Mises. Dans ce cadre, et dû au fait qu'il a formé toute une partie des néolibéraux, Mises peut être décrit comme un des inspirateurs du néolibéralisme (Kolev, Goldschmidt et Hesse, 2019) (partie 1). Je montre ensuite comment Hayek entre dans le débat et formule le problème central de la division de la connaissance, notamment dans "Economics and Knowledge", le poussant à quitter le champ de l'économie pour l'épistémologie et la théorie sociale (partie 2). Ces questionnements et cette méthodologie aboutissent à un ensemble de thèses, sur le marché comme pourvoyeur d'information, la concurrence comme dynamique entrepreneuriale, qui apparaissent comme des réponses au problème posé en 1937. Le problème du calcul socialiste doit être considéré comme bien plus large qu'une simple querelle économique (partie 3). Pour finir nous verrons que le mécanisme des prix est unanimement reconnu comme le principe normatif devant délimiter l'intervention légitime de celle qui ne l'est pas (partie 4).

1. Mises contre le socialisme de marché

Qu'est-ce que le débat sur le calcul socialiste ? On distingue, traditionnellement, dans l'histoire du calcul socialiste le débat en langue allemande du débat en langue anglaise⁸⁶. Le débat en langue allemande prend place dans les années 1920, inauguré par les arguments de Mises, qui applique l'analyse marginaliste aux positions de Neurath, en montrant que sans monnaie le calcul économique est impossible. La phase anglaise de la discussion, qui reprend avec les arguments d'économistes néoclassiques américains comme Dickinson, montre qu'il est possible, dans le socialisme de marché, d'imiter le processus concurrentiel. C'est à cette

⁸⁶ Voir, notamment Lavoie (1981), Kirzner (1988), Innset (2020, chap. 1). Pour une histoire récente de la théorie autrichienne remontant au-delà du débat sur le calcul socialiste, voir Wasserman (2019).

deuxième vague d'argument que Hayek répond par la suite. Dans un premier temps, je montre comment Mises développe ses positions dans le débat, notamment en soulignant les innovations conceptuellement qu'il est amené à proposer dans le débat.

1.1 Les fondements du débat

Pareto, le successeur de Léon Walras à Lausanne, peu susceptible d'avoir des amitiés socialistes, écrit pourtant dans son *Manuel d'économie politique* en 1906 que : "l'économie pure ne nous donne pas de criterium vraiment décisif pour choisir entre une organisation de la société basée sur la propriété privée et une organisation socialiste" (Pareto, 1906, 364). L'idée de Pareto est que si l'économie peut être représentée comme un système d'équations, alors ce système peut être résolu aussi bien par le marché, qui le fait par un processus d'ajustement de l'offre et de la demande, ou par un planificateur central qui résout consciemment ce système. Cette idée découle de la théorie de l'équilibre général, tirée des travaux de Walras quelques années plus tôt, l'un des participants de ce qu'on a pu appeler la "révolution néoclassique" à la fin du XIX^{ème} siècle, aux côtés donc de Stanley Jevons en Angleterre et Carl Menger en Autriche. Sans rentrer dans les détails de cette théorie qui lancera un important programme de recherche pour plusieurs décennies, et qui est finalement formalisée mathématiquement en 1954 par Arrow et Debreu avant d'être abandonnée en 1973, on peut la décrire de la façon suivante : le marché est représenté par un système d'équations qui vise à expliquer la formation des prix⁸⁷. Il y a autant de marchés que de type de biens (L marchés pour L biens), et ces marchés sont le lieu d'offre et de demande ($2L$ équations) qui comportent des inconnues (prix et quantités échangées). Il s'agit donc, une fois qu'on a des biens et des marchés, de résoudre les équations en identifiant les inconnues (quantité et prix). L'équilibre est dit général puisqu'il étudie le marché comme étant l'ensemble de tous les marchés, ceux-ci étant interdépendants. L'idée de Walras est que ce système d'équation possède une solution, et Pareto indique que dans cette solution chaque individu atteint un optimum, c'est-à-dire un résultat dans lequel il est impossible de modifier l'allocation des ressources, sans détériorer la situation d'au moins un individu. Cette théorie ne contient pas d'indication politique quant au système à mettre en place pour résoudre le mieux le système d'équation qu'est le système économique. Walras, par

⁸⁷ Pour une histoire de la théorie de l'équilibre général, on pourra lire Weintraub (1983) et Cot et Lallement (2006).

exemple, était plutôt socialiste. La représentation mathématique de l'équilibre général n'indique pas son mode de résolution : le marché concurrentiel ou la planification.

Cette conclusion est défendue par un élève de Pareto, Barone, dont le texte, bien que sinueux, fera date – il est repris dans l'ouvrage de Hayek (1935). L'idée de Barone est que :

(...) le système d'équations d'un équilibre collectiviste n'est pas différent de celui d'une économie concurrentielle. Cela signifie uniquement qu'avec des ressources égales, les quantités économiques de l'équilibre collectiviste seront les mêmes que l'équilibre individualiste.

(Barone, 1908, 274)⁸⁸.

Qu'on soit en régime "collectiviste", entendons là dans une économie dirigée, ou dans un régime libéral de libre concurrence, le système d'équation qu'il s'agit de résoudre est le même. Ce qui change, en revanche, est le moyen de résoudre ce système d'équation. Cette identification du problème à résoudre laisse ouverte une question importante : quel moyen est le plus efficace pour résoudre le système d'équation qui caractérise l'économie, la libre concurrence ou la planification, qui est la façon de rendre compte de la possession collective de tous les moyens de production ? Cette question possède implications politiques évidentes, et c'est pourquoi l'équilibre général est vu, par des théoriciens socialistes, comme un moyen de répondre aux manques de la théorie de Marx et Engels, qui n'ont pas vraiment donné d'indications positives sur la façon d'organiser économiquement une société communiste (Arrous, 1990). Barone propose un modèle de résolution du système d'équation, fondé sur un régime d'essais et d'erreurs par le planificateur pour remplacer le marché. Cette solution est d'ailleurs reprise par la plupart des auteurs néoclassiques qui répondent à la critique de Mises, en montrant qu'il est possible pour une économie planifiée, d'indiquer des prix pour des facteurs de production, et donc d'organiser rationnellement l'économie.

Otto Von Neurath – le futur membre du Cercle – de Vienne lance le débat en langue allemande. Il publie *Durch die Kriegswirtschaft zur Naturalwirtschaft*, qu'on peut traduire par "De l'économie de guerre à l'économie naturelle". Neurath, ayant des affinités socialistes,

⁸⁸ L'original dit: "(...) the system of equations of the collectivist equilibrium is no other than that of the free competition. Which only means that with equal resources, the economic quantities of the collectivist equilibrium will be the same as those in the individualist equilibrium" (Ma traduction).

cherche à défendre la planification économique comme étant le mode d'organisation le plus rationnel. En effet, Neurath, s'étant intéressé à l'économie planifiée en temps de guerre, se demande s'il n'est pas possible de planifier l'économie en temps normal avec des résultats positifs pour la société dans son ensemble. Il défend la socialisation intégrale de l'économie et la disparition de la monnaie, arguant que les besoins réels de la société ne peuvent être calculés en termes monétaires (Caldwell, 2004, 115). Neurath développe l'idée d'un bureau central pouvant répondre aux différentes demandes sociales directement.

1.2 L'impossible rationalité économique d'une planification socialiste

C'est à partir de la contribution de Ludwig Von Mises en 1920, "Economic Calculation in the Socialist Commonwealth" (Mises, 1920), qu'apparaît l'expression de *socialist calculation debate*⁸⁹, en relation notamment au livre de Neurath⁹⁰. La position de Mises est éminemment critique envers le socialisme, qu'il définit comme un système où la répartition des biens de consommation doit être distincte de la production, c'est-à-dire un système où la répartition des biens se fait par une autorité centrale indépendamment des moyens effectifs des individus de se les approprier. Il s'agit pour Mises d'un régime utopiste (*Ibid.*, 12), fondé sur un néant en termes de description positive du fonctionnement réel de l'économie. En cela, Mises prétend remplir un vide de l'analyse économique du socialisme, puisque les socialistes eux-mêmes n'ont pas proposé d'analyse scientifique du fonctionnement économique du socialisme (*Ibid.*, 17-18). Sa critique s'articule principalement sur deux principes fondamentaux : (i) il est impossible de concilier un comportement économique rationnel avec l'absence de prix fondés sur la monnaie, (ii) sans propriété privée des moyens de production et d'échange, il est impossible de constituer un étalon commun pour déterminer la valeur des biens puisqu'il ne peut y avoir de concurrence.

Ces deux éléments concourent vers le même point : pour que le calcul économique soit possible, il faut des prix, et ces prix ne peuvent être obtenus que par la concurrence sur un

⁸⁹ Le contenu de cet article sera repris dans son ouvrage de 1922, *Le socialisme*. Qui développe des arguments aussi bien économiques que sociologiques.

⁹⁰ Neurath n'est pas le seul, car il existe tout un groupe de partisans de la planification dans la Vienne des années 1920. On peut par exemple citer également Otto Bauer, qui développe l'idée d'une planification du système bancaire tout en conservant la monnaie. On peut lire Chaloupek (1990) pour une immersion dans les débats autrichiens et allemands sur la question.

marché libre – permis par un régime de propriété privée (Mises, 1927). Marché concurrentiel et rationalité économique sont indissociables. En se privant de monnaie et de propriété, et donc de prix, on ne devient pas plus rationnel, mais on se prive, au contraire, de toute possibilité de calcul et donc de rationalité. De ce fait, la défense du marché de Mises ne se contente pas de montrer que le marché est une bonne façon d'allouer des biens par la concurrence, mais montre que le marché est un principe fondamental permettant la rationalité. Son existence est indissociable de fondements libéraux, à savoir la propriété privée des biens de production, qui permet l'incitation à la production et la concurrence. Le marché acquiert un statut de premier ordre non seulement économiquement, pour le choix rationnel quant aux biens choisis, en fonction par exemple de leur rareté, mais aussi politiquement, comme premier principe de tout libéralisme possible.

Trois concepts fondamentaux de l'analyse autrichienne apparaissent. Le marché est un processus dynamique, constitué par des actions individuelles, caractérisées par le fait d'être tournées vers des finalités qui sont propres à chacun. Une des particularités du marché est d'énoncer des prix, qui représentent l'état de la production et de la consommation du fait de la concurrence, rendue nécessaire par le fait que les biens sont en quantité limitée et à usage alternatifs et donc que les choix sont incompatibles⁹¹. La concurrence est fondée sur une dynamique entrepreneuriale où chaque individu fait des choix risqués dans un environnement évolutif pour parvenir à ses propres fins. Ce que récuse donc Mises c'est la possibilité, en régime socialiste, d'arriver à résoudre le système d'équation dont parlent Pareto ou Barone car il est impossible de connaître les inconnues des équations sans le système de prix.

La première thèse de Mises est que la monnaie ne joue pas le même rôle en régime socialiste que dans un régime de concurrence. Dans le cas où il existe de la monnaie en régime socialiste celle-ci ne possède qu'un rôle étroit, car elle ne concerne que les biens de consommation et pas les biens de production, puisque ceux-ci sont une propriété collective (Mises 1920, 4). Or, s'il ne peut y avoir d'échange la monnaie ne peut en fixer une valeur. La valeur d'un bien est, en effet, calculée non pas en fonction des valeurs d'usage individuelle mais

⁹¹ Cela ressemble bien sûr de très près à la célèbre définition que Robbins (1932) propose pour l'économie, à savoir la "qui étudie le comportement humain en tant que relation entre des fins et des moyens rares susceptibles d'être utilisés différemment." Cela ne devrait pas nous surprendre quand on sait que Robbins fait partie du réseau néolibéral, lit l'Allemand et invite Hayek à la *London School of Economics* en 1933. Il est, dans *l'Essai*, un des traducteurs de l'économie autrichienne en Angleterre. Sa formulation est donc naturellement proche de ce qu'on peut trouver chez Mises et Hayek.

en fonction d'une valeur d'échange qui est fixée par le marché et qui est le prix⁹². Ce prix ne peut pas, cependant, être obtenu dans un régime socialiste pour le travail des salariés. Comme le travail est hétérogène on ne peut le comparer a priori, et il est impossible de rétribuer le travailleur à la hauteur de sa productivité marginale dans un régime collectiviste puisque les moyens de productions ne sont pas échangés. Dès lors, on ne peut fixer des salaires rationnellement, ce qui aboutit à un problème :

Les réalités économiques imposent des limites claires au pouvoir de la communauté de fixer des rémunérations au travail sur une base arbitraire : dans aucune circonstance la somme allouée aux salaires ne peut dépasser les revenus dans une période donnée.

(*Ibid.*, 7)⁹³.

Le calcul doit se fonder sur une valeur exprimée en monnaie, sans quoi on ne peut déterminer les coûts, les revenus ou les profits (*Ibid.*, 15). Ce n'est que dans le cas de conditions que Mises nomme "simples" (*Ibid.*, 15-16) que l'absence de monnaie peut mener à une valuation. C'est le cas du "père de famille" dans une maisonnée, qui peut diriger toutes les opérations.

La conséquence de tout cela est qu'il ne peut y avoir que des prix artificiels en régime socialiste, du fait que c'est la propriété privée qui permet le calcul rationnel des biens d'ordre supérieur, c'est-à-dire non pas des commodités mais des biens de production et notamment du travail. Pour paraphraser Mises, chaque étape dans la planification nous entraîne loin de la propriété privée des moyens de production, de l'usage de la monnaie et donc de la rationalité (*Ibid.*, 17). Si, en régime socialiste, on abolit la propriété privée, on abolit par la même la même la concurrence, et partant la possibilité pour le marché de produire des prix permettant un calcul économique rationnel. Le combat contre le socialisme est un combat, pour Mises, contre l'abolition de la rationalité.

⁹² Bien sûr, cela ne vaut pas si on considère qu'on peut fixer une valeur objective du travail indépendamment de l'échange dans le cadre d'une théorie de la valeur travail issue de Marx. Cependant Mises, à la suite de Böhm-Bawerk, considère que la théorie de la valeur objective qu'on trouve chez Marx est analytiquement fausse. Sur la critique de la théorie de la valeur de Marx, voir Böhm-Bawerk (1884), qui énonce que la théorie de la valeur ne prend en compte les prix de production, l'offre et la demande, et souffre de problèmes de logique interne.

⁹³ L'original dit : "Economic realities impose clear limits to the community's power of fixing the remuneration of labor on an arbitrary basis: in no circumstances can the sum expended on wages exceed the income for any length of time" (Ma traduction).

L'argument central de Mises est articulé autour de la nécessité, pour fonder un calcul rationnel, d'établir un dénominateur commun monétaire permettant de rendre commensurables différents biens, notamment le travail et le capital, qui sont hautement hétérogènes. Sans cela il est impossible pour le bureau central de choisir les moyens les plus efficaces. La difficulté tient donc au fait de l'impossibilité de former un prix unique, un étalon de mesure commun, permettant l'activité efficace du planificateur. Sans monnaie, ou en présence de monnaie uniquement pour les biens de consommation, Mises pointe qu'il devient impossible de formuler la valeur de quoique ce soit au niveau de l'organisation générale de la société pour la production. Mises exemplifie cela avec la construction d'un train. Le problème est celui de l'évaluation des coûts et des bénéfices de la construction. Si on peut calculer le fait que le transport rend moins coûteux le déplacement de certains biens, on ne peut pas calculer le prix de la construction :

Lorsqu'on ne peut pas exprimer les heures de travail, le fer, le charbon, toutes les variétés de matériaux de constructions, les machines et les autres choses nécessaires à la construction et à l'entretien du chemin de fer dans une unité commune, ce n'est pas possible de produire un calcul de quelque sorte que ce soit.

*(Ibid., 22)*⁹⁴.

Comment déterminer quelle méthode de production est la plus rationnelle – au sens de la plus efficace –, et comment détecter les processus de production longs et coûteux, les gaspillages ? Si on veut pouvoir comparer des biens différents, la seule solution est l'introduction de la monnaie, qui sert précisément à comparer des biens hétérogènes. En l'absence de monnaie et de concurrence, le socialiste se trouve dans la pénombre pour faire ses choix économiques et les consommateurs deviennent incapables, en l'absence de prix, de se coordonner économiquement, ce qui conduit à des phases de surproduction ou de sous-production importantes.

Une des solutions pourrait être de se calquer sur la situation dans les régimes à économie libre pour déterminer la valeur des biens à un moment T . Mais ce n'est pas possible pour un

⁹⁴ L'original dit : "Where one cannot express hours of labor, iron, coal, all kinds of building material, machines and other things necessary for the construction and upkeep of the railroad in a common unit it is not possible to make calculations at all" (Ma traduction).

régime socialiste de partir de prix existants dans l'économie libre pour Mises, du fait que le processus économique étant changeants les informations varient à tout instant. Le socialisme réalise l'abolition de l'économie rationnelle, car sans marché libre il n'y a pas de prix, et sans prix il n'y a pas de calcul (*Ibid.*, 23). Pour être rationnel, il serait ainsi nécessaire, pour le planificateur, d'avoir une base de données gigantesque, permettant de suivre en temps réel les modifications dans la production, dans la consommation, dans les biens permettant la production etc. ce qui est normalement accompli par le prix dans la concurrence et le comportement entrepreneurial des individus sur le marché qui font des choix en permanence en utilisant des ressources limitées pour atteindre leurs fins. Mises souligne la nature proprement dynamique du processus marchand, évoluant sans cesse en fonction des anticipations que les individus forment sur le marché. Mises centre ainsi son argumentaire sur le problème du calcul via la monnaie :

Force est de reconnaître que le calcul monétaire possède ses inconvénients et défauts, mais aucune meilleure alternative n'est disponible. Pour les finalités pratiques de la vie, le calcul monétaire, tel qu'il existe au sein d'un système monétaire sain, suffit toujours. Si nous devons nous en dispenser, le calcul économique deviendrait tout simplement impossible.

(*Ibid.*, 22)⁹⁵.

Le système des prix permet une efficacité plus grande en intégrant les changements dans la production et la consommation et ce système des prix n'existe pas par soi, mais est le résultat de conditions propres à l'économie concurrentielle. À cette critique, Mises ajoute d'autres éléments plus périphériques, portant sur la "nature humaine", fantasmée par les socialistes, notamment en ce qu'ils pensent des individus désintéressés. L'argument de Mises consiste dans le fait que, sans intéressement au résultat, il manque une incitation au dévouement à son entreprise. On risque ainsi un double problème : manque d'initiative du fait de la disparition des prises de responsabilité et d'intéressement au résultat, ou au contraire prise de risque

⁹⁵ L'original dit : "Admittedly, monetary calculation has its inconveniences and serious defects, but we have certainly nothing better to put in its place, and for the practical purposes of life monetary calculation as it exists under a sound monetary system always suffices. Were we to dispense with it, any economic system of calculation would become absolutely impossible" (Ma traduction).

excessive parce que les dirigeants des entreprises ne sont pas les propriétaires et ne sont pas susceptibles de payer leur audace.

Mises propose dans sa réponse à Neurath, mais plus largement aux socialistes, une théorie du marché libre comme étant indissociable de la rationalité économique. L'auteur viennois pointe l'impossibilité de remplacer le mécanisme du marché. Or, cela est problématique parce que le marché n'est pas uniquement une certaine façon d'allouer des biens à des individus divers, mais la formation d'une rationalité pour les décisions, à la fois des individus, mais aussi un processus de formation de la rationalité en général. Le prix n'est pas seulement une condition du choix économique pour un individu ou un gouvernant, mais le résultat d'un ensemble de conditions qui ne sont possibles qu'en régime capitaliste. Les individus ont besoin des informations produites sur le marché pour mener leurs actions, en sachant quelles sont les moyens qu'ils peuvent utiliser pour viser leurs fins, mais surtout le planificateur lui-même a besoin du marché pour avoir les informations relatives aux désirs des individus, et donc à l'évolution de la demande et de l'offre. Mises va par ailleurs au-delà de cette position, comme le montre Dekker (2016), et défend que le marché consiste en un processus de civilisation, en ce qu'il sélectionne la rationalité des individus sans soumettre ceux-ci à un pouvoir discrétionnaire. Non seulement le marché est défendu comme instance de vérification, mais il est aussi le processus civilisateur fondamental ayant permis les progrès de l'occident. C'est à partir de cette théorie que non seulement Hayek construit sa propre théorie du marché, mais plus largement que le consensus néolibéral se construit contre le socialisme.

1.3 Le socialisme de marché

Le débat s'internationalise lorsque des économistes socialistes répondent aux arguments de Mises. On passe alors d'un débat cantonné à la langue allemande, et donc relativement marginal, à un débat en langue anglaise, qui est au cœur des discussions scientifiques. Les réponses des économistes socialistes aux arguments de Mises utilisent l'équilibre général en montrant qu'il est possible de faire un calcul économique tout en prenant en compte les arguments de Mises. La réponse se focalise sur deux points. Mises exprime qu'il est impossible d'avoir une économie socialiste parce qu'il n'y a pas de prix et pas de concurrence. Des auteurs néoclassiques, comme Taylor, Dickinson puis plus tard Lange et Abba Lerner, vont montrer qu'il est possible de penser en régime socialiste un dispositif analogue au prix et de mimer la

concurrence⁹⁶. Cela dit, ces arguments étant particulièrement techniques pour certains je ne rentrerai pas dans les détails analytiques et je me contenterai d'un résumé rapide et imparfait des positions⁹⁷.

Dickinson publie un article dans le *Economic Journal*, en 1933, et reprend des arguments qui avaient déjà été développées par Barone auparavant⁹⁸: si le système économique est un ensemble d'équations celui-ci peut être résolu par le marché ou l'autorité planificatrice, sous condition d'une connaissance parfaite des données pertinentes. Dickinson, dans son article, imagine une organisation sociale collectiviste qui intègre des éléments de marché, l'intérêt, ou le marché sur le travail, pour être efficace et permettre notamment le *pricing* des actifs, c'est-à-dire la valorisation des biens en une unité de compte. Le socialisme de marché accepte donc la théorie de la valeur marginaliste et la souveraineté du consommateur comme principe de direction du calcul économique⁹⁹.

Cette thèse répond directement à Mises. Toute la particularité des théoriciens du socialisme de marché consiste dans le fait de produire une réponse technique quant à la possibilité d'établir un calcul économique rationnel sans avoir de marché avec propriété privée des moyens de production. Dickinson ne défend pas le socialisme réel qui prend place en URSS, mais un socialisme possible, très spécifique, qui garantit la possibilité d'un calcul économique en économie planifiée. C'est pourquoi Dickinson peut dire :

Les magnifiques systèmes d'équilibre économique décrits par Böhm-Bawerk, Wieser, Marshall et Cassell, ne sont pas des descriptions de la société telle qu'elle est, mais sont des visions prophétiques d'une économie socialiste pour le futur.

⁹⁶ Plus largement la question est discutée internationalement, voir en Angleterre le socialisme fabien, qui défend une organisation planifiée de l'économie, qu'on retrouve notamment chez les époux Webb en 1935 dans *Soviet Communism : a New Civilization ?*

⁹⁷ Pour une description analytique des réponses de ces économistes on peut se référer à Miller (1989), Ollman (1998), Schweickart (1998) et Jael (2018).

⁹⁸ Cela dit, Barone n'est sorti de l'ombre qu'en 1935, lors de sa republication dans l'anthologie publiée par Hayek, et il est probable que Dickinson est redécouvert par d'autres voies les positions de Barone.

⁹⁹ Pour la souveraineté du consommateur on pourra se référer à Tourneux (2019). Sur les débats internes aux socialistes quant à l'usage de la théorie des prix marginaliste et la souveraineté du consommateur comme nécessaire à l'efficacité économique on pourra voir l'ouvrage de Boettke (2000), qui compile les différentes positions, notamment le débat entre Cobb, qui considère que ces positions sont des compromissions, et Lerner, qui considère qu'elles sont nécessaires.

(Dickinson, 1933, 247)¹⁰⁰.

Pour autant, cette solution de Dickinson montre seulement qu'il est *possible* d'avoir un calcul socialiste efficace, à partir d'une économie représentée comme un système d'équations à résoudre. Dans ce cadre, le calcul socialiste est au moins logiquement possible si le planificateur a une connaissance parfaite des processus¹⁰¹. Oskar Lange accomplit un pas de plus dans la défense du socialisme de marché.

Lange publie un article en deux parties, en 1936 et 1937, dans *The Review of Economic Studies*, intitulé "On the Economic Theory of Socialism". Dans la continuité de l'approche économique de l'époque, Lange accepte la théorie de l'équilibre général, mais pense que l'expérience historique a montré les défauts du marché concurrentiel pour atteindre cet équilibre. L'argument de Mises tournait autour de la reconnaissance d'un fait : l'absence de prix produit par le marché ne permet pas de rationaliser le choix entre des alternatives. Lange argumente quant au fait que le bureau central de la planification doit exécuter les fonctions du marché¹⁰². Pour Lange, le mot prix a deux sens, un sens étroit relatif à une somme d'argent nécessaire pour acquérir un bien, et un sens large qui est celui d'un terme par lequel des alternatives sont offertes. Lange explique que s'il est, en effet, impossible d'avoir un prix au sens étroit, il est possible de l'avoir au sens large dans le socialisme, et ainsi de remplir trois fonctions pour organiser la société : (i) avoir une échelle de préférence guidant les choix, (ii) la connaissance des termes de l'alternative, et (iii) la connaissance du stock et des ressources disponibles.

Lange montre qu'il est possible d'organiser un socialisme de marché mimant le mécanisme du marché concurrentiel, en introduisant un mécanisme analogue à la concurrence.

¹⁰⁰ L'original dit : "The beautiful systems of economic equilibrium described by Böhm-Bawerk, Wieser, Marshall and Cassel are not descriptions of society as it is but prophetic visions of a socialist economy of the future" (Ma traduction).

¹⁰¹ Ce que reconnaît Hayek (1935a), qui accepte le fait que logiquement le calcul socialiste est possible, bien que nécessitant une quantité extrêmement importante d'informations, alors que les facteurs de productions, les qualités des biens de consommation et de production, les opportunités, sont en perpétuel changement.

¹⁰² Pour cela, il faut respecter deux conditions techniques pour Lange (1936, 62), à savoir la minimisation du coût moyen de production via la combinaison d'une échelle et de facteurs de production, pour que le prix du produit soit égal à son coût marginal, et d'autre part la souveraineté du consommateur.

L'argument principal de Lange est celui du tâtonnement : dans l'équilibre général Walras avait posé ce concept pour répondre à la difficulté de trouver une solution au système d'équation. Il s'agit, pour l'autorité centrale d'annoncer un prix puis d'accueillir les propositions d'offre et de demande et, si les intentions ne coïncident pas, elle annonce un autre prix. On annonce donc "au hasard" (Lange, 1936, 64) des prix, et on s'appuie sur les résultats de la période précédente pour ajuster les prix, quitte à accepter un gaspillage de ressources à court terme. On tâtonne par annonce, jusqu'à trouver un prix qui correspond effectivement à l'offre et à la demande, via essais et erreurs. C'est un mécanisme qui peut être réalisé par le marché et la dynamique entrepreneuriale, ou bien par l'autorité centrale de façon plus directive. Dans le deuxième cas, il est nécessaire que les personnes du bureau central de planification possèdent une connaissance des offres et des demandes sur le marché. Pour Lange, cela n'est pas problématique car il n'y a aucune raison que les personnes du bureau possèdent moins de connaissance que les entrepreneurs capitalistes, puisque les premiers ont les données des facteurs de production qui sont socialisées, et peuvent s'appuyer sur des outils administratifs importants, alors que les entrepreneurs ont au contraire une connaissance locale très limitée. On peut ainsi remplacer les prix pour fournir de valuation, et une concurrence qui est mimée par le processus du tâtonnement. Lange démontre ensuite mathématiquement que sa position abouti à un résultat efficace correspondant aux théories de Walras et Pareto. Lange montre, avec les équations d'équilibre général, que le socialisme peut être fondé scientifiquement avec une théorie de la fixation des prix en préservant le calcul économique. De plus, ajoute-t-il, cela ne nécessite pas une compétence mathématique importante :

Les seules 'équations' qu'il faudrait "résoudre" seraient celles des consommateurs et des gestionnaires des entreprises. Ce sont exactement les mêmes "équations" qui sont résolues dans le système économique actuel et les personnes qui font la "résolution" sont les mêmes. Les consommateurs les "résolvent" en dépensant leur revenu de manière à obtenir l'utilité totale maximale ; et les gestionnaires des plans de production "les résolvent" en trouvant la combinaison de facteurs et l'échelle de la production qui minimise le coût moyen.

(Ibid., 67)

Pour Lange, l'économie socialiste peut non seulement imiter le marché, mais faire bien mieux que lui en termes de rationalité du fait que le planificateur n'est pas myope, avec une connaissance locale et partielle, mais possède une vue surplombante sur le processus

économique. C'est dans ce contexte de discussions à la fois scientifiques – le programme de recherche de l'équilibre général est le programme amené à devenir dominant en économie – et politiques – le contexte de la discussion c'est bien sûr la montée des mouvements socialistes et communistes en Europe, ainsi que l'existence de l'URSS – qu'il faut ainsi situer la production de Hayek dans les années 1930.

2. Hayek dans la querelle.

Hayek développe sa théorie du marché et de la concurrence comme une réponse aux arguments des socialistes de marché dans la querelle sur le calcul socialiste. Il est amené à développer une théorie fondée sur une conception du fonctionnement social spontané du fait de la transmission d'information dynamique par le marché. C'est en partant du problème de la possibilité du calcul en régime socialiste qu'il opère sa "transformation" (Caldwell, 1988), désormais très largement reconnue par les commentateurs¹⁰³. Ce développement hayékien permet de saisir les transformations conceptuelles opérées dans les concepts de marché et de concurrence, rompant avec les conceptualisations néoclassiques. De ce fait, la théorie hayékienne des prix permet de comprendre ce qui constitue l'accord des néolibéraux lors du Colloque Lippmann.

Je me concentrerai principalement sur l'aspect coordinateur du marché, laissant les développements sur le marché comme une institution nécessitant des règles de fonctionnement pour un chapitre ultérieur (chapitre III). En effet, les deux concepts de marché et de concurrence sont redéfinis au sortir de la querelle du calcul socialiste dans le travail de Hayek, notamment dans son article le plus cité "The Use of Knowledge in Society". Hayek déplace le problème du calcul socialiste, d'un problème de l'allocation de ressources, à un problème de formation et de propagation de la connaissance dans la société. L'argumentaire de Hayek n'est aujourd'hui pas considéré comme extrêmement original, puisqu'il est largement intégré à l'économie mainstream. Néanmoins, on peut comprendre l'argumentaire de Hayek comme un moyen de défendre la centralité du marché comme premier principe du libéralisme. Il fournit aux

¹⁰³ Cette thèse est défendue par Birner (1994), Desai (1994), Ebenstein (2003) et Caldwell (2004).

néolibéraux une conception du marché à même de constituer un principe à la fois économique, épistémologique et politique¹⁰⁴.

2.1 Le problème technique et le problème économique : ce qu'accomplit la concurrence

Kirzner (1988, 1) défend que ce débat fonctionne comme un catalyseur pour la pensée de Hayek, qui a pu se développer graduellement jusqu'à une conception systématique du rôle du marché et de la concurrence au milieu des années 1940. Ce développement est nécessaire pour saisir comment Hayek en arrive à un renouvellement de sa théorie libérale, par le biais de la reconnaissance de l'importance du problème de la coordination, à travers le concept d'information. De ce fait, j'interprète Hayek comme produisant non seulement une théorie qui lui est propre, mais qui systématise par ailleurs un ensemble d'intuitions et de conceptions hétérogènes partagées chez les néolibéraux. Je développerai ce point à la fin du présent chapitre.

Le premier texte dans lequel Hayek prend position dans le débat est "Socialist Calculation I : the nature and history of the problem", en 1935. Dans ce texte, Hayek pose le problème dans la continuité de Mises – ce qui explique peut-être que certains ont tendance à identifier les positions de Hayek et Mises –, à savoir que le problème économique est celui de la distribution de ressources limitées pour des usages alternatifs. Alors qu'aucun choix portant sur l'ensemble des biens n'est fait par personne, le mécanisme de la concurrence mène à une distribution des biens (Hayek, 1935a, 121). Ce problème n'est pas uniquement un problème technique, mais un problème spécifiquement économique. La distinction porte sur le fait que le problème technique est caractérisé par un problème d'optimisation, par exemple, extraire un maximum de métal étant donné les contraintes de moyen en présence (*Ibid.*, 122).

Un problème technique est caractérisé par le fait que les fins sont déterminées, il ne s'agit plus que d'utiliser une ressource pour atteindre la fin voulue. Pour résoudre un problème technique il faut, non pas arbitrer entre des fins hétérogènes, mais réaliser une fin spécifique

¹⁰⁴ Il faut ajouter ici que la question de savoir si Hayek a *réellement répondu* aux arguments des socialistes de marché n'est pas notre objet ici. En effet, Lange pourra en 1967, dire que les ordinateurs permettent de répondre à la question de la quantité d'information nécessaire, alors que Lavoie (1981) dira de son côté, dans la veine autrichienne, que dès le début Mises avait réfuté toute la perspective néoclassique.

de la meilleure façon possible. Au contraire, le problème économique est celui de la coordination lorsqu'il existe plusieurs fins incompatibles. Le problème économique est spécifiquement celui du cas où différentes fins sont en compétition pour des ressources limitées (*Ibid.*, 123). Le premier problème est celui de la rareté. Comment faire en sorte d'attribuer des ressources limitées pour des fins concurrentes entre différents individus ? La force de la concurrence est précisément de réussir à régler ce problème de coordination inter-individuelle uniquement avec l'usage de forces "spontanées"¹⁰⁵ et non en usant de la délibération (*Ibid.*, 124). Le moyen par lequel la concurrence arrive à coordonner les actions individuelles et à allouer les ressources disponibles est le prix : sans prix le problème économique disparaît. L'erreur des planificateurs est de croire pouvoir rabattre un problème économique sur un problème technique, de faire de l'ingénierie sociale. Le planificateur se condamne à un choix arbitraire de distribution, puisqu'il n'est pas capable d'allouer les biens à ceux que les valorisent le plus. On retrouve l'impossibilité d'une rationalité économique en régime socialiste. Mais le problème de la rareté (*scarcity*) des ressources à usage alternatif n'est pas le seul à prendre en considération, comme le note Hayek dans la deuxième partie de son article (Hayek, 1935b). L'erreur faite notamment par Dickinson, et les autres théoriciens socialistes qui utilisent l'équilibre général, est de croire que la connaissance centralisée est disponible immédiatement (*ready-made*), ce qui constitue l'argument central sur lequel Hayek fonde sa reconceptualisation du marché :

La plupart des connaissances qui sont effectivement utilisées n'est d'aucune façon 'en existence' d'une manière déjà disponible. La plupart de ces connaissances consistent dans manières de penser, qui permettent à l'ingénieur de trouver de nouvelles solutions dès qu'il est confronté à de nouvelles circonstances. Pour faire l'hypothèse de la pertinence de ces solutions mathématiques, nous devons faire l'hypothèse que la concentration de connaissances par l'autorité centrale inclurait également une capacité à découvrir les améliorations de détail de cette sorte.

¹⁰⁵ Pour autant Hayek, dès 1935, ne pense pas que la société s'auto-organise de façon parfaite uniquement du fait de la spontanéité sociale : "But here, again, it is necessary to guard against misunderstanding. To say that partial planning of the kind we are alluding to is irrational is, however, not equivalent to saying that the only form of capitalism which can be rationally advocated is that of complete laissez faire in the old sense" (Hayek, 1935a, 134). Nous reviendrons, aux chap. II et surtout au chap. VI, sur ce point.

(*Ibid.*, 168)¹⁰⁶.

Hayek introduit un second problème : il ne s'agit pas pour les théoriciens socialistes de prendre en compte que les ressources sont à des fins alternatives, il faut aussi voir que la connaissance nécessaire pour constituer les équations – plutôt que les résoudre¹⁰⁷ ! – n'est pas immédiatement disponible dans le processus économique. Autrement dit, la difficulté n'est pas uniquement celle d'un passage de l'économique à la technique, mais un problème de constitution de la technique elle-même. Les connaissances émergent dans le processus, les choix se construisant dans la dynamique concurrentielle et marchande, ne peuvent être visées comme des fins abstraites, hors du processus économique. Toute conception socialiste se fonde donc sur les résultats du processus du marché qu'elle cherche à abolir. De plus, ces connaissances sont locales, circonstanciées, ce qui rend la remontée d'informations à un éventuel planificateur extrêmement difficile. La solution proposée par Dickinson puis par Lange, est problématique en ce qu'elle esquivé le problème de la constitution de la connaissance plutôt qu'elle n'y répond. Comment les effets de la concurrence peuvent-ils réellement être simulés si ce qui est le propre de la concurrence, à savoir une dynamique de confrontation d'informations locales et subjectives que seuls des individus possèdent, ne peut être reproduit au niveau du planificateur (*Ibid.*, 169) ?

Le problème auquel répond Hayek apparaît ainsi nettement : celui de la coordination inter-individuelle (Van Zijp, 1990). Le marché est non seulement compris comme un mécanisme d'allocation mais aussi et surtout comme une façon de coordonner des comportements qui ne sont pas a priori compatibles. Comment un monde d'individus suivants des plans différents, recherchant des fins distinctes, arrive-t-il à être ordonné ? Le problème est

¹⁰⁶ L'original dit : "But much of the knowledge that is actually utilized is by no means 'in existence' in this ready-made form. Most of it consists in a technique of thought which enables the individual engineer to find new solutions rapidly as soon as he is confronted with new constellations of circumstances. To assume the practicability of these mathematical solutions, we should have to assume that the concentration of knowledge at the central authority would also include a capacity to discover any improvement of detail of this sort" (Ma traduction).

¹⁰⁷ Cela permet d'aller plus loin qu'un simple problème technique de résolution d'un système d'équations. L'argument de Hayek ne consiste pas seulement à dire, comme on le voit souvent, que la planification nécessiterait un trop grand nombre de connaissances pour le planificateur, mais (i) que la nature des connaissances mêmes empêche toute centralisation et (ii) que la connaissance n'est pas uniquement une information objectivable, mais consiste aussi dans des dispositions pratiques d'adaptation et de création. L'argument n'est pas uniquement *technique* mais *ontologique*.

bien plus général qu'un débat technique sur la possibilité d'une planification mais consiste plutôt en une interrogation relevant de la philosophie politique et de l'épistémologie : Comment un ordre peut émerger sans qu'il y ait de planification centralisée ? On voit ici que la réponse de Hayek aux théoriciens socialistes se fonde sur un niveau d'analyse fondamental, en considérant qu'épistémologiquement ils se situent sur une fausse piste. Cette refondation épistémologique de la conception du marché est fondamentale pour saisir le néolibéralisme, qui va très largement reconstruire les concepts libéraux centraux sur des fondements plus solides, notamment en développant une anthropologie de la connaissance limitée et située (voir chap. III). Ce tournant est flagrant dans l'article de 1937 "Economics and knowledge", qui marque une rupture dans la position de Hayek, notamment vis-à-vis des positions défendues par Mises¹⁰⁸ (Caldwell, 2004, 221).

2.2 La division de la connaissance

L'apport théorique majeur de ce texte, composé en 1936, est d'élaborer plus systématiquement une réponse au problème qui émerge des textes de 1935 sur les problèmes de la planification. À bien des égards, le texte marque un "tournant" dans la pensée de Hayek¹⁰⁹ en ce que le problème de la connaissance lui fait quitter le champ de l'économie à strictement parler. Hayek lui-même reconnaît que cet article marque le début d'un projet intellectuel qu'il nomme "Abuse of Reason Project" (*Ibid.*, 231) :

Quand je regarde en arrière, il me semble que tout a commencé il y a à peu près trente ans, avec un essai sur 'Economics and Knowledge' (...). Sa principale conclusion était que le but de la théorie économique était d'expliquer la façon dont un ordre économique général utilisant une quantité

¹⁰⁸ Hayek se différencie de Mises sur l'apriorisme, c'est-à-dire l'épistémologie de Mises. La théorie de Hayek sur la nature de la connaissance l'entraîne ainsi à une opposition à un niveau général, sur la nature des sciences sociales, avec Mises. On peut également citer Burgin (2012, 51), sur cette séparation avec Mises: "Hayek saw this presentation ['Economics and Knowledge'] as the beginning of his own "original development," and its emphasis on the need for empirical foundations as a clear break from his mentor, Ludwig von Mises' insistence on the *a priori* foundations of economic analysis". Pour une lecture spécifique de Hayek et de ses relations avec l'apriorisme de Mises, voir Scheall (2015).

¹⁰⁹ À la suite de Hutchinson (1981) on a souvent parlé de la "transformation de Hayek" avec cet article. Voir, par exemple, les lectures proposées par Caldwell (1988, 2004, 206-214) et Beddeleem (2017, 148sq).

importante d'informations éparpillées dans plusieurs esprits, et n'existant qu'à partir des informations distinctes de plusieurs milliers ou millions d'individus différents, pouvait être obtenu.

(Hayek, 1964, 91)¹¹⁰.

Hayek note aussi dans une interview en 1983 que cet article marque la découverte de sa seule réelle innovation théorique : l'approche portant sur l'utilisation de connaissances dispersées (cité dans Caldwell, 2004, 206). Ainsi, on peut ressaisir les causes conceptuelles de certains travaux majeurs que Hayek conduira en épistémologie (Hayek, 1953), ou en histoire de la pensée (Hayek, 1946), à partir de ce projet.

Le problème est posé clairement par Hayek dès le début de l'article : comment la connaissance sur le monde économique est-elle acquise par les individus (Hayek, 1937, 33) ? Il s'agit d'étudier le passage d'un individu à une société composée d'individus différents, ce dont les outils de la théorie économique traditionnelle ne rendent pas nécessairement compte, notamment car le concept d'équilibre et les méthodes associées ne sont, pour l'auteur autrichien, pertinentes que lorsqu'on traite d'un esprit particulier, mais pas pour étudier les interactions entre des individus divers. L'utilisation de ces techniques a pour conséquence de traiter la société comme un gros individu (*Ibid.*, 34).

Le projet de Hayek est plus important que la simple analyse économique puisqu'il va s'agir pour lui d'analyser les "relations sociales" plus largement (*Ibid.*, 35). Le problème que soulève Hayek est celui de la coordination sociale : comment se fait-il que des plans individuels soient compatibles sans que les individus ne connaissent effectivement les actions et les plans de tous les autres individus ? Comment les faits à connaître pour guider l'action d'un individu se transmettent-ils effectivement ? Dans la théorie de l'équilibre générale de Walras cela ne pose pas de problème (Desai, 1994, 36-38), car on suppose une économie intemporelle sans incertitude puisque toute l'information est disponible pour tout le monde. Dans ce cadre, plus aucun individu n'a besoin d'apprendre quoi que ce soit puisque l'équilibre, par définition, est une situation optimale. Dans une économie réelle et dynamique, cette coordination est loin d'aller de soi, puisque non seulement l'information est partielle, mais, de plus, la dynamique

¹¹⁰ L'original dit : "When I look back, it seems to have all begun, nearly thirty years ago, with an essay on 'Economics and Knowledge' (...). Its main conclusion was that the task of economic theory was to explain how an overall order of economic activity was achieved which utilized a large amount of knowledge which was not concentrated in any one mind but existed only as the separate knowledge of thousands or millions of different individuals" (Ma traduction).

temporelle introduit une incertitude radicale sur l'état global de l'économie dans le futur. Il faut remarquer que cette question n'est pas purement économique. En un sens, en effet, les individus ne font jamais de choix purement économique, puisqu'ils visent toujours un bien pour autre chose que lui-même (une voiture pour conduire et se déplacer, un ustensile pour cuisiner, de la nourriture pour manger, des bijoux pour offrir etc.). Le marché, en coordonnant les comportements économiques, est un instrument de coordination sociale général.

La difficulté que pointe Hayek pour la coordination se situe lors du passage du niveau individuel au niveau collectif :

'Datum' signifie donné, connu, à la personne considérée. Mais dans cette transition de l'analyse de l'action d'un individu à l'analyse d'une situation dans une société, le concept a subi une transformation insidieuse dans sa signification.

(Hayek, 1937, 39)¹¹¹.

Le questionnement de Hayek s'articule autour de la question suivante : qu'est-ce qu'une "donnée" ? Sont-elles des données subjectives à chaque agent ou des informations connues par l'économiste qui raisonne à partir d'agrégats ? Surtout, la question fondamentale de la façon dont ces données sont construites demeure problématique. Si on voit bien ce qu'est une donnée pour un individu, par exemple les faits qui sont présents dans l'esprit d'un individu à un moment *T*, on ne sait pas ce que sont les données de l'analyse collective. On confond deux choses sous le même mot : d'un côté les "données objectives" que l'économiste prétend analyser, de l'autre les données subjectives que chaque individu a à l'esprit au moment d'accomplir son action. Hayek souligne qu'il y a un fossé entre les deux sens, dans la tradition du subjectivisme autrichien qui considère que les données subjectives ont un caractère intransmissible. Comment passe-t-on de l'un à l'autre ? Comment arrive-t-on à une situation de prédictions correctes (*Ibid.*, 42 : "correct foresight") dans laquelle les individus savent qu'ils n'ont pas besoin de changer leurs plans car ceux-ci peuvent considérer qu'ils sont compatibles avec ceux des autres ?

Hayek se heurte ici à un problème fondamental : comment la société s'agence-t-elle spontanément du fait d'une coordination entre individus suivant des plans différents et des

¹¹¹ L'original dit: "'Datum' meant given, known, to the person under consideration. But in the transition from the analysis of the action of an individual to the analysis of the situation in a society the concept has undergone an insidious change of meaning" (Ma traduction).

connaissances subjectives qui ne sont pas les mêmes a priori que les données objectives ? La littérature note souvent la rupture de Hayek dans ce texte avec d'une part Mises et l'apriorisme et d'autre part avec la littérature sur l'équilibre général (Arena, 1999), mais peu d'attention a été portée sur l'aspect éminemment social de ce problème. En effet, le problème de l'anticipation des comportements des autres n'est pas qu'économique mais également social au sens plus large : comment nos plans, quels qu'ils soient, se coordonnent-ils efficacement pour être compatibles ? La question que pose Hayek (le "Hayek's problem", selon Van Zjip, 1990) l'entraîne bien plus loin qu'une analyse économique, vers l'importation d'un point de vue sociologique¹¹², qui se réalisera dans une théorie des institutions dans "The Use of Knowledge in Society", puis dans "Individualism True and False" et enfin dans une théorie de l'esprit qui propose une théorie des anticipations sociales dans *Sensory order* (voir chap. III). La théorie de Hayek est amenée à rendre compatibles ses critiques épistémologiques avec une théorie des institutions sociales pour répondre à la question de la spécificité du niveau macro. On retrouvera par ailleurs ce problème et l'importance des anticipations individuelles dans le chapitre de la deuxième partie consacré à Hayek (voir chap. VI).

La tradition de l'équilibre général ne propose pas de réponses aux problèmes que pose Hayek, car dans celle-ci il est tout simplement vrai par hypothèse que les données subjectives correspondent aux données objectives (Hayek, 1937, 44). Le concept que spécifie alors Hayek est celui de *connaissance (knowledge)* : chaque individu possédant une connaissance subjective de ses plans et de son environnement, comment en vient-il à modifier ses connaissances subjectives de façon à les rendre compatible avec celles des autres, par quel mécanisme ce changement s'opère-t-il pour tendre vers un état d'équilibre social qui représente, pour Hayek, non pas une réponse mathématique à un système d'équations mais plutôt un état de compossibilité des plans individuels ? Hayek se pose non seulement la question de la façon dont l'*information* est véhiculée en société mais aussi la façon dont la *connaissance* est acquise et produite par les individus. En faisant cela, il se situe largement au-delà du champ traditionnel

¹¹² Le rapprochement de cette perspective épistémologique avec un point de vue sociologique est développé notamment par Beddeleem (2020). Cette ambition de formuler une théorie générale, expliquant comment les anticipations individuelles produisent un ordre social stable, c'est-à-dire un équilibre dans lequel les projets sont compatibles selon la terminologie de Hayek, découle notamment de sa période viennoise, où il est amené à fréquenter, dans le *Privatseminar* de Mises des philosophes et sociologues comme Félix Kaufman ou encore Albert Schütz. Or, comme l'ont noté plusieurs chercheurs, le séminaire privé (*Privateseminar*) de Mises a certainement été le lieu d'entraînement théorique privilégié de "l'école autrichienne", dans laquelle Hayek a été formé (Schulak et Unterköfler, 2011, 107).

de l'analyse économique qui suppose une information parfaite – c'est-à-dire que tous les individus connaissent tous les autres individus et leurs plans – en posant un individu à la rationalité restreinte, cognitivement limité, et inscrit dans un environnement social. Il cherche à expliquer non seulement ce que font les individus une fois qu'ils ont la connaissance du marché, mais surtout comment ils acquièrent cette connaissance (*Ibid.*, 46). Cela suppose une distinction entre *l'information objectivable* par les prix et transcriptible dans une modélisation, et la *connaissance subjective* et locale détenue par les individus.

La question subsidiaire que cherche à préciser Hayek est celle de la nature de la connaissance. De quel type de connaissance s'agit-il et surtout quelle quantité en faut-il ? Hayek donne quelques éléments :

Il est clair que, si le concept doit avoir quelque pertinence empirique que ce soit, il ne peut présupposer que tout le monde sait tout ce qu'il y a à savoir. J'ai déjà utilisé le terme non-défini de 'connaissance pertinente', c'est-à-dire la connaissance qui est pertinente pour une personne particulière. Mais quelle est la nature de cette connaissance pertinente ? Cela ne peut pas uniquement relever de la connaissance qui a effectivement influencé l'action, parce que la décision de l'individu aurait été différente non seulement si, par exemple, cette connaissance était correcte ou incorrecte, mais aussi s'il avait possédé une connaissance sur des domaines absolument différents.

(*Ibid.*, 50)¹¹³.

La connaissance ne peut être totale, cela n'est pas réaliste, et elle n'est pas uniquement une question de vérité ou de fausseté mais porte aussi sur des champs (*fields*). Les individus ne possèdent qu'une connaissance limitée, et celle-ci n'est pas nécessairement une connaissance de même type (scientifique, technique, géographique, pratique etc.), c'est-à-dire que la connaissance ne satisfait pas un critère d'homogénéité. La connaissance peut ainsi être celle de l'usage et de la façon d'acquérir, de la compétence (*skills*), ou dans les capacités d'utilisation; En somme, tout ce que Hayek définit comme "pertinent pour l'action". À cela, on peut ajouter le fait que la connaissance est définie par Hayek comme ayant une nature sociale, c'est-à-dire

¹¹³ L'original dit : "It is clear that, if the concept is to have any empirical significance, it cannot presuppose that everybody knows everything. I have already had to use the undefined term 'relevant knowledge', that is, the knowledge which is relevant to a particular person. But what is this relevant knowledge? It can hardly mean simply the knowledge which actually influenced his actions, because his decisions might have been different not only if, for instance, the knowledge he possessed had been correct instead of incorrect but also if he had possessed knowledge about altogether different fields" (Ma traduction).

qu'étant subjective elle est aussi endogène au processus social de son élaboration (Butos et Koppl, 1993) : la connaissance varie en fonction de l'environnement institutionnel (normes sociales, conventions, famille, en plus du lieu, du moment, des circonstances), puisque la connaissance ce n'est après tout que l'image que nous nous faisons du monde, qui doit être plus ou moins adéquate pour comprendre l'action. La connaissance est locale, située et dépendante d'un contexte d'interaction¹¹⁴.

Ce qui caractérise les humains, c'est un état de division de la connaissance, qui est pour Hayek au moins aussi important que la division du travail pour l'économie en tant que science sociale. L'économie n'est pas uniquement une théorie des échanges et de la valeur des biens mais aussi une théorie de la rationalité et, partant, une théorie de l'organisation sociale. Hayek ne fait pas de discrimination ontologique vis à vis de certains objets. L'économie comme science sociale peut très bien se heurter au problème de la coordination sociale, comme d'ailleurs le faisaient ses prédécesseurs auxquels il aime se rapporter, notamment Smith. Sa conception économique est en même temps une philosophie politique et une théorie sociale. On a ainsi un problème très général que pose Hayek, c'est-à-dire *le problème de l'émergence d'un ordre à partir des interactions spontanées entre individu, sans que cet ordre soit le résultat d'une délibération d'un esprit individuel* (Hayek, 1937, 51).

Des interactions spontanées entre individus ayant des connaissances limitées produisent un ordre économique qui ne peut pas être guidé par un individu particulier. À ce stade, le concept de "spontané" est encore sous-déterminé chez Hayek, mais il renvoie à l'idée d'interactions dans lesquelles les actions des individus ne sont pas dirigées directement par une volonté extérieure. Seul un individu possédant toutes les connaissances, locales et subjectives, de tous les individus, pourrait agir dans une direction délibérée en toute connaissance de cause. Bien évidemment, cette position est impossible pour Hayek. Cette impossibilité n'est pas uniquement technique – nous ne possédons pas par exemple de super-ordinateur permettant de traiter autant de données – mais économique : c'est la nature même de la connaissance, relative à une place spécifique dans la société à partir de laquelle les individus développent des plans qui est en jeu (*Ibid.*, 53). Hayek ne détache donc pas la rationalité de la situation sociale, ou plus largement l'économique du social, comme le voudrait une certaine critique polanyienne (Polanyi, 1944), mais au contraire intègre l'économique dans une théorie sociale de la

¹¹⁴ Ces développements vont de pair avec la théorie de l'esprit défendue par Hayek à partir de ses travaux en psychologie à partir des années 1920, sur lesquels il revient dans les années 1950. Je reviens sur ceux-ci au chapitre III.

rationalité et de la connaissance : les individus ont une connaissance située et l'économie est un ordre social, tout comme l'économie est une science sociale. Le marché n'est pas caractérisé par une main invisible providentielle relevant d'une métaphysique, mais par un processus toujours constant d'ajustement des projets individuels à partir d'une connaissance située.

On peut lire cette élaboration conceptuelle sur la nature particulière de la connaissance comme une réponse directe à la dispute sur le calcul socialiste : il ne peut y avoir de planification parce qu'il n'est pas uniquement question de connaissances scientifiques et factuelles, des datas objectives, mais aussi de connaissances situées, locales et fragmentées. La réponse de Hayek à ce problème annonce déjà les développements futurs d'une théorie bien plus large que l'économie, qui sera systématisée presque quarante ans plus tard dans *Droit, législation et liberté*. Hayek pose une conception forte qui articule d'un côté une redéfinition du problème économique – et plus largement le problème social – comme un problème de résolution de la division de la connaissance et une critique de la planification au vu de la nature spécifique de cette connaissance. La société est définie comme une spontanéité qui synthétise activement et constamment des connaissances fragmentées, et qui fixe une limite nette à l'activité planificatrice.

Hayek introduit une catégorie tierce, entre l'artificialisme rationaliste de l'esprit planificateur et le naturalisme d'un certain libéralisme du "laissez-faire", avec la catégorie de spontané, qui prend en compte la réalité institutionnelle et sociale tout en refusant de la réduire à un projet délibérément construit. La planification peut bien persister, mais au niveau des individus, et non de la société dans son ensemble. En cela, Hayek formule très clairement le projet libéral d'une impossibilité d'une "souveraineté économique" en développant une "critique de la raison gouvernemental" via le débat sur la planification (Foucault, 1979, 287).

3. Le marché comme institution de coordination épistémique

La querelle sur le calcul socialiste introduit plusieurs nouveautés importantes. Si le problème de la coordination est posé dès le milieu des années 1930 et que le rôle du marché et de la concurrence en vue de produire la coordination est explicite chez Mises dès les années 1920 et Hayek dans les années 1930, la nouvelle théorisation de ces concepts n'apparaît systématisée qu'au milieu des années 1940. Deux articles sont importants pour relever la façon dont Hayek repense les concepts de marché et de concurrence pour leur donner un sens nouveau. Le premier

est "The Use of Knowledge in Society", qui introduit la thèse du prix du marché comme instrument de télécommunication informationnel, et "The Meaning of Competition", qui explicite la nouvelle conception de la concurrence, très largement différente du sens que ce concept possède dans l'économie néoclassique.

3.1 Le miracle du mécanisme des prix

"The Use of Knowledge in Society", publié dans l'*American Economic Review*, une des plus réputées et importantes des revues d'économie, reste à ce jour le travail de Hayek, tout domaine confondu, le plus cité. En effet, l'article comptabilise plus de 15 000 citations (pour comparaison *La Constitution de la liberté*, n'en comptabilise que 7000). Il est difficile d'en surestimer l'importance¹¹⁵. Hayek revient dans cet article vers le problème de la planification, et en tire des conclusions bien plus larges sur la société. Cet article est bien plus qu'une réponse au problème de la planification, mais consiste dans une proposition programmatique d'une organisation spontanée de la société et du marché qui est au cœur du néolibéralisme.

Le problème duquel part Hayek est celui, que nous connaissons bien désormais, de la centralisation de la connaissance par une entité qu'on suppose être analogue à un esprit individuel. Hayek vise deux choses que nous avons vu analogues chez lui : d'une part le Bureau Central de la planification, de l'autre plus largement, une entité sociale vue comme un super

¹¹⁵ Ce texte a été largement récupéré par les développements multiples de la science économique dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle. Pour montrer l'importance de ce texte, on peut rapidement pointer quatre postérités. D'une part la littérature portant sur l'efficacité des marchés, particulièrement des marchés financiers, qui prend cet article de Hayek comme date pionnière pour l'idée selon laquelle les prix incorporent l'information disponible en permettant la coordination sociale et économique (Grosman et Stiglitz, 1976, 1980 ; Vivès, 2008, 2014) ; d'autre part la littérature portant sur "la firme", c'est-à-dire la nature de l'entreprise. L'article séminal de Coase, "The nature of the firm", publié en 1937, ne cite bien évidemment pas le texte de Hayek, mais lorsque son travail est redécouvert, dans les années 1970, les références à Hayek se font de nouveau nombreuses, y compris chez les auteurs principaux de la littérature (Fama et Jensen, 1983). Cette littérature (voir Chamayou, 2018) justifie l'existence de l'entreprise d'un point de vue juridique dans le cadre théorique posé précisément par Hayek qui est celui de la division de la connaissance. La troisième littérature importante qui se réfère à Hayek est celle qui met en avant la dynamique entrepreneuriale sur le marché, du fait justement de la division de la connaissance. Les entrepreneurs sont conçus comme des individus ayant une connaissance locale et temporelle circonscrite leur permettant précisément de faire les bons arbitrages pour repérer des opportunités de profits dans la conception dynamique de la concurrence que présente Hayek. Un des auteurs les plus importants sur ce point est Kirzner (1973). Ces littératures ne sont pas des moindres en ce qui concerne le champ économique, ce qui souligne encore une fois l'importance majeure et plurielle de cet article. Enfin une autre littérature d'importance en économie et sciences sociales se réfère largement à ce travail de Hayek sur les institutions, celui portant sur les problèmes de coordination sociale avec la théorie des jeux notamment. Parmi les références importantes se référant explicitement à Hayek et cet article on peut citer Schotter (1981) et Sugden (1989) notamment. L'idée étant de répondre au problème de la coordination inter-individuelle par le concept d'institutions qu'on trouve chez Hayek, qui est compris comme une façon de réduire l'incertitude.

individu du point de vue ontologique (Hayek, 1945, 77). Le problème est formulé clairement par Hayek : comment utiliser la connaissance qui n'est donnée à personne en particulier dans sa totalité ? (*Ibid.*, 78).

La nature de la connaissance est d'être fragmentée et locale, mais comment se coordonne-t-on, comment fait-on usage de ce savoir social ? Hayek traite explicitement d'économie, mais la portée de son argumentation est plus générale. Comme l'indique le titre de l'article, il essaye de développer une théorie de la façon dont l'information est véhiculée dans la société dans son ensemble. La jonction est explicite entre des problèmes de méthodologie et le problème de "l'organisation rationnelle de l'économie". Jusqu'en 1945, on a mal compris le problème économique de coordination inter-individuelle, par le fait d'une transposition erronée des méthodes des sciences de la nature en sciences sociales (*Ibid.*, 78).

Deux solutions sont possibles au problème de la coordination : la centralisation de l'information par un organe planificateur – au sens d'une planification centralisée, Hayek rappelle en effet que les individus planifient eux-aussi leurs actions –, ou la concurrence, qui véhicule la connaissance nécessaire aux plans individuels. La première option apparaît "naturelle" à plusieurs personnes, parce que sous le terme "connaissance" ils ne considèrent qu'une seule variété de connaissance, à savoir la connaissance scientifique objectivable. Dans ce cadre, la connaissance possédée par des experts, qui ont été formés pour la manipuler. Hayek rappelle qu'il ne s'agit, cela dit, pas de l'unique type de connaissance :

De nos jours, c'est presque une hérésie de suggérer que la connaissance scientifique n'est pas l'entière de toute la connaissance. Un peu de réflexion montre néanmoins qu'il est indéniable qu'une quantité de connaissance très importante bien qu'inarticulée, ne pouvant pas être appelée scientifique dans le sens d'une connaissance de règles générales, existe : la connaissance des circonstances spatio-temporelles particulières.

(*Ibid.*, 80)¹¹⁶.

¹¹⁶ L'original dit : "Today it is almost heresy to suggest that scientific knowledge is not the sum of all knowledge: But a little reflection will show that there is beyond question a body of very important but unorganized knowledge which cannot possibly be called scientific in the sense of knowledge of general rules: the knowledge of the particular circumstances of time and place" (Ma traduction).

Cette connaissance locale et subjective, instrumentale et relative à l'environnement spécifique de l'action, est centrale : il est de peu d'utilité pratiquement de connaître les équations de l'équilibre général quand on doit aller acheter un bien ou le vendre dans le magasin proche de chez soi. Non seulement la connaissance scientifique n'est pas la seule, mais économiquement ce n'est même pas la plus importante car l'ordre économique tient bien davantage grâce à ces connaissances locales. Hayek n'a qu'à faire appel à notre expérience quotidienne : les principes scientifiques généraux s'appliquent très rarement localement, et il nous est plus utile de savoir où est la boulangerie la plus proche que de connaître la composition chimique du pain. Certains métiers ne sont que des métiers du local et du temporaire, par exemple l'agent immobilier qui sait qu'une maison se libère localement pendant un temps déterminé, ou le *trader* qui opère des arbitrages sur les marchés financiers.

La concurrence est caractérisée par un mouvement incessant. Il ne s'agit pas d'une planification rationnelle une fois pour toute mais d'un ajustement continu des différents plans interconnectés sur le marché¹¹⁷. Si je décide de produire un certain type d'habits pour gagner une part de marché dans un pays, je dois m'adapter à l'offre de tissu, aux situations syndicales avec la main-d'œuvre, aux projets des concurrents et à leurs actions après que j'ai décidé ma production, à la situation technique de l'entreprise et à une multitude d'autres facteurs circonstanciés et évolutifs dus au fait que je ne suis pas tout seul sur le marché. L'ensemble des échanges, et donc le flux continu de biens et de services, n'est rendu possible que par l'adaptation constantes des comportements, d'ajustements délibérés localement en continu, produit chaque jour au vu des circonstances changeantes et évolutives (*Ibid.*, 83).

Ce type de connaissance local et circonstancié est le type de connaissance qui ne peut rentrer dans une statistique pour Hayek : il n'y a aucun moyen d'en rendre compte pour le planificateur. Ce dernier passe alors totalement à côté de ce qui fait la nature du processus économique. Hayek a clarifié et systématisé le problème, en reprenant la distinction entre un problème économique et un problème technique, en distinguant deux types de connaissances, irréductibles l'une à l'autre, ce que j'ai exprimé plus haut avec la distinction entre information (objectivable et transmissible) et connaissance (subjective, circonstanciée et incorporée). Par défaut, il ne reste qu'une seconde alternative, à savoir que les décisions ultimes doivent être laissées aux individus familiers à ces circonstances, et qui connaissent donc les modifications

¹¹⁷ On trouve chez Lippmann (1934) des développements similaires. Il faut souligner ici que Hayek apparaît proche de la position pragmatiste, de laquelle part Lippmann, d'une critique de la philosophie traditionnelle comme connaissance abstraite ne permettant pas de comprendre la pratique, du fait de conceptualisations trop restrictives.

pertinentes à même de résoudre les déséquilibres qui ne manquent pas d'arriver dans le processus qui constitue une société d'échange (*Ibid.*, 84). Mais cela ne constitue qu'une partie de la réponse. Certes, l'individu localement situé possède la connaissance de son environnement immédiat. Mais nous savons que cet individu particulier a des capacités cognitives limitées et certainement pas une connaissance de l'environnement plus large de la société dans son ensemble. Si Hayek refuse la centralisation pour octroyer aux individus une connaissance affolante sur l'ensemble des processus constituant la société, nous n'avons pas fait de réels gains analytiques en direction d'une position plus réaliste. C'est pourquoi Hayek précise, en limitant donc, la quantité de données que doit pouvoir percevoir un individu. Il n'a pas besoin de savoir pourquoi (ou comment) une main d'œuvre qualifiée est difficile à trouver, ou un livre difficile à obtenir, mais seulement qu'il est difficile actuellement de trouver de la main d'œuvre qualifiée ou un certain livre. Lorsque je suis ainsi en train de vouloir m'inscrire à l'agrégation et que je vois qu'entre deux éditions de la *Phénoménologie de l'Esprit* de Hegel l'une est radicalement moins chère que l'autre, je m'oriente naturellement pour mon projet vers le moins cher (*ceteris paribus*).

Le prix est ce qui permet de mettre en relation une demande, en fonction d'un besoin, d'un désir, d'une préférence, et une offre, en fonction de la quantité de ressources disponibles etc. On sait lorsque le prix augmente quand la demande est supérieure à l'offre, soit parce que la demande augmente (un matériau devient nécessaire pour une innovation) soit parce que l'offre diminue (phénomène de raréfaction). Je n'ai pas besoin de savoir qu'en Chine il y a un mouvement social qui demande des salaires à la hausse et rompt la chaîne de production pour savoir qu'il me sera plus difficile d'obtenir du tissu pour ma production de vêtements. Pour savoir cela j'ai juste besoin de voir évoluer le prix. Le prix est alors le mécanisme de coordination par excellence :

Fondamentalement, un système dans lequel la connaissance des faits pertinents est dispersé chez un nombre important de personnes, les prix peuvent coordonner les actions distinctes de ces individus différents, de la même manière que les valeurs subjectives des individus peuvent les aider à coordonner les parties de leur plan individuel.

(*Ibid.*, 85)¹¹⁸.

Le problème était celui du passage de l'individuel à l'interindividuel. Le prix sert ici de dispositif pour saisir ce passage. Tout comme une valeur individuelle (*subjective value*) permet à un individu d'organiser son action (je préfère les pommes aux poires donc j'achète des pommes avec mon budget réduit), le prix sert à organiser les actions inter-individuelles (je vois le prix augmenter et je renonce à mon achat, ce qui permet l'équilibrage des ressources). C'est pourquoi Hayek compare les prix à un système de télécommunication. Imaginons que pour façonner des vêtements on trouve, à la place du coton, un matériau de substitution plus efficace. Au début seuls les inventeurs le savent, puis cette connaissance se propage à ceux qui innovent pour faire des vêtements avec ce matériaux de substitution. Ce nouveau vêtement est plus compétitif, le prix du vêtement est un signal à la fois pour le consommateur, qui sait que le substitut est moins cher, et pour la concurrence, qui sait également ce fait. Les concurrents se mettent à utiliser cette ressource – sous peine d'être éliminés du marché – et le cours du coton baisse drastiquement, car on sait désormais que le coton a perdu de son usage (si le prix du coton baisse sous le prix de son substitut on aura d'ailleurs une reprise de la production avec du coton). Pour moi qui ne suis pas au fait de l'innovation, je sais en constatant le prix du coton que celui-ci est désormais moins cher. Le prix m'informe de l'état de la concurrence sur ce matériau, mais aussi très certainement de l'état de la concurrence et des innovations pour le substitut, et le substitut du substitut dans d'autres marchés subsidiaires. Si le substitut de coton était utilisé pour une autre activité moins rémunératrice les agents savent désormais, au vu de l'augmentation du prix du substitut, qu'ils feraient mieux de conserver cette matière pour un autre usage plus rémunérateur. Les agents n'ont pas besoin de connaître directement la cause de ces changements, seul le prix suffit pour une large réorganisation des activités économiques. Cela a pour conséquence que l'ensemble du système agit comme un seul marché, pas parce qu'il serait unifié par un agent particulier capable de tout diriger, mais parce que les connaissances individuelles se recoupent suffisamment, de façon que la connaissance soit communiquée à tous (*Ibid.*, 86).

La société libérale est marquée par la division du travail, et donc l'interdépendance des individus entre eux, en cela Hayek introduit ici une condition pour que l'information circule, la

¹¹⁸ L'original dit: "Fundamentally, in a system in which the knowledge of the relevant facts is dispersed among many people, prices can act to co-ordinate the separate actions of different people in the same way as subjective values help the individual to co-ordinate the parts of his plan" (Ma traduction).

"connectivité" (*connectedness*), selon Desai (1994, 42). Mais la dynamique de division du travail est doublée par une autre dynamique : celle de la connaissance. Ce qui est caractéristique du système des prix ce n'est pas donc de supposer aux individus une connaissance exceptionnelle mais au contraire de fonctionner à l'économie. En réalité, les individus ont besoin de très peu d'informations de plus que celles qu'ils possèdent déjà pour accomplir leur action. Hayek prétend ainsi avoir découvert une "merveille" (Hayek, 1945, 87). La "merveille" que Hayek décrit, qui se trouve être une réponse au problème central de la coordination inter-individuelle, est un cas particulier de phénomène social, à savoir une conséquence inintentionnelle d'actions intentionnelles (*Ibid.*, 87). Les prix transmettent ainsi imparfaitement la connaissance. Nous spécifions ici "imparfaitement" car cela ne rend pas le marché transparent aux agents, qui ne connaissent qu'une petite fraction de la connaissance générale grâce aux prix. Ceux-ci peuvent améliorer les performances économiques en permettant de réallouer des ressources là où elles ont le plus de rendement.

Le marché n'est qu'un exemple particulièrement révélateur du rôle des institutions dans les sociétés humaines¹¹⁹. La réponse que fait Hayek n'est pas uniquement relative au débat sur la planification, mais est aussi une façon d'exemplifier son programme de recherche en sciences sociales. Il en résulte une certaine vision de la société, mais aussi de préconisations positives : si le marché concurrentiel est le mécanisme de coordination via le système des prix alors la concurrence doit être instituée, défendue et maintenue.

Pour autant on peut s'interroger sur la pertinence de ce développement, le texte apparaît bien comme un panégyrique du prix comme "mécanisme de communication de l'information" (*Ibid.*, 46), mais demeure assez vague sur les détails de ce mécanisme. Hayek substitue à l'hypothèse néoclassique de la concurrence parfaite, où toute l'information est disponible, une autre hypothèse, selon laquelle pour chaque bien le prix représente l'information disponible. L'incertitude du papier de 1937 disparaît alors pour laisser place aux eaux claires du système des prix. Or cette hypothèse ne va pas de soi. Desai (1994, 46) affirme ainsi qu'il y a là un problème. On peut, ceci dit, voir ce problème comme une découverte : il s'agit politiquement de faire en sorte que le prix représente bien les informations du marché, et donc d'aider le

¹¹⁹ Hayek (1945, 88): "The problem which we meet here is by no means peculiar to economics but arises in connection with nearly all truly social phenomena, with language and with most of our cultural inheritance, and constitutes really the central theoretical problem of all social science."

marché et la concurrence à être efficiente au sens informationnel¹²⁰. Cela trace la spécificité du libéralisme hayékien dans son versant politique plutôt que strictement économique. C'est parce que le mécanisme des prix seul est insuffisant qu'il faut lui adosser un système de règles et d'interventions juridiques. La division de la connaissance n'est alors pas un "non-problème" (*Ibid.*, 49), du fait que la division est toujours en réalité résolue par le système des prix, mais un problème qui demande de spécifier quelles institutions jouent le rôle de stabilisation sociale pour permettre des anticipations et l'organisation économique et sociale, car il faut que l'information objectivée par les prix puisse être incorporée par les individus, ce qui suppose des règles stabilisant les anticipations des agents et permettant, par exemple, une confiance dans la véracité des informations ainsi exprimées. À la théorie de la communication par les prix il faut donc ajouter une théorie de l'interprétation des signaux (voir chap. III).

Hayek fait donc la jonction entre plusieurs aspects auparavant non systématisés et non reliés de sa pensée : la critique de la planification, qui apparaît ici davantage comme le prétexte que le véritable enjeu et l'étude du problème fondamental de la vie humaine, à savoir le problème de la coordination inter-individuelle à partir de connaissances subjectives et locales. L'importance de ce texte s'explique par sa nature marginale-séquentielle. Entre la science économique, la méthodologie des sciences sociales et la philosophie politique, ce texte dresse les éléments d'un véritable programme de recherche, qui est d'une importance primordiale théoriquement et politiquement. Les philosophes ont tendance à considérer *La Constitution de la liberté* et *Droit, législation, liberté*, comme les textes les plus importants, du fait de l'inscription explicite de ces œuvres dans le champ de la philosophie politique, mais les intuitions fondatrices de ce travail philosophique ne sont compréhensibles qu'à partir des travaux des années 1930 et 1940. Plus encore, il semble que Hayek, au-delà d'une simple évolution importante pour sa propre théorie, défende une vision du marché qui fait consensus chez toute une partie des économistes et des philosophes, notamment au sein du réseau néolibéral.

Au travers d'une description des rôles du marché qui peut sembler standard dans le cadre des théories libérales Hayek innove très largement en précisant la nature sociale de la connaissance et la façon dont elle peut être véhiculée. Il introduit le concept d'information comme connaissance véhiculée par les prix – mais aussi potentiellement par d'autres

¹²⁰ Pour une définition de l'efficience informationnelle chez Hayek, voir notamment Colin-Jaeger et Delcey (2020, dernière section).

institutions –, permettant toute coordination sociale, du fait de la possibilité de construire des anticipations, à la fois sur l'environnement mais aussi sur le comportement d'autrui. Le système des prix est donc *à la fois institué et spontané*¹²¹. Il propose alors une visée tierce, entre un naturalisme – les institutions étant laissées de côté – et un constructivisme rationaliste, représenté par la planification qu'il combat. Ce texte introduit, en prenant le marché comme un cas d'institution spécifique un véritable programme de recherche en philosophie sociale et politique, visant à penser les institutions comme des instances de résolution de la complexité due à la division de la connaissance (Birner, 1994, 8). Il ouvre la voie à un gouvernement par le milieu institutionnel, que le politique doit prendre en charge pour permettre la bonne coordination des individus, problème qui se trouve certainement être le problème le plus fondamental de la théorie hayékienne (Birner et Van Zjip, 1994). Cette contribution n'est pas restée confinée à l'œuvre de Hayek ou même à l'économie dite Autrichienne. En cela, il faut certainement réévaluer l'influence de Hayek sur la discipline dans son ensemble (Garretsen, 1994). C'est cette perspective, rompant avec le caractère abstrait de l'équilibre général ou du naturalisme désincarné du XIX^{ème} siècle, qui caractérise un certain libéralisme qu'il va s'agir de soutenir activement, notamment en s'organisant collectivement, dans la Société du Mont-Pélerin à partir de 1947.

3.2 La concurrence comme instrument de découverte

Hayek précise sa position, et notamment sur la façon dont le marché, via le prix, permet de véhiculer et communiquer les informations pertinentes dans "The Meaning of Competition", une intervention à Princeton en 1946¹²². L'économiste autrichien rompt explicitement avec le modèle de la concurrence pure et parfaite, ce que nous avons déjà noté de manière implicite

¹²¹ Pour l'explicitation de détail de cette formule aux airs contradictoire je renvoie le lecteur au chapitre VI consacré exclusivement aux travaux postérieurs de Hayek et la tension entre la nécessité d'instituer des règles et leur caractère spontané.

¹²² Généralement, ce texte est plutôt cité par les théoriciens de l'entrepreneur qui se situent dans le champ de l'économie de l'innovation (Casson, 1982 ; Kirzner, 1962, 2002), du fait que Hayek y développe une théorie de la concurrence (*competition*) dynamique, mettant l'accent sur l'activité entrepreneuriale. Si Foucault (1979), dans les passages sur "l'entrepreneur de soi", cible davantage Gary Becker et la théorie du capital humain comme une façon de répondre à la division de classe spécifique au marxisme en transformant tous les individus en investisseurs, on retrouve chez des philosophes d'inspiration foucauldienne (Dardot et Laval, 2009) des références à Hayek et plus largement aux autrichiens pour saisir ce qui constitue l'anthropologie néolibérale de l'entrepreneur de soi. Voir également, sur cette question, Colin-Jaeger et Wiedemann (2021).

plus haut, notamment à cause de son opposition à l'analyse statique et intemporelle issue de l'équilibre général. Le projet de Hayek est exprimé clairement : montrer que la concurrence néoclassique ne mérite pas le nom de concurrence, et qu'elle ne sert à rien pour promouvoir des politiques positives. La raison est aisément compréhensible, à savoir que cette théorie fait l'hypothèse d'un état du monde stable que la concurrence réelle rend impossible (Hayek, 1946, 92).

La concurrence dont il est question dans le modèle néoclassique, qui est une structure de marché, ne rend pas compte du processus menant à l'état d'équilibre, mais seulement du résultat, et elle ne fait qu'éviter la question de la façon dont cet état est atteint. Hayek fait donc état d'une situation à la fois paradoxale et courante, dans laquelle le modèle qui nous sert à penser la réalité, ici celui de la concurrence pure et parfaite, masque celle-ci, en ne disant rien de la concurrence dans sa dimension processuelle. Hayek développe une conception alternative, selon laquelle la concurrence est par nature un processus dynamique, dont les caractéristiques sont niées lorsqu'on la considère à partir des hypothèses de l'analyse statique (*Ibid.*, 94). Hayek diffère ainsi aussi bien du modèle classique de la concurrence pure et parfaite, mais aussi de ses variantes et critiques, comme la concurrence imparfaite et la concurrence monopolistique, de Robinson et Chamberlain, qui se fondent sur des hypothèses similaires et qui, bien que critiques, continuent de déployer la même perspective statique que Hayek cherche à éliminer de sa théorie.

La concurrence parfaite est définie de la manière suivante par Hayek: il y a *homogénéité et atomicité* si un bien homogène est demandé et offert sur un marché composé de suffisamment d'individus pour qu'aucun n'exerce d'influences déterminantes sur les prix, on dit alors que les agents sont *price-takers* et non *price-makers* ; *fluidité et libre circulation* lorsque les biens et les facteurs de productions, comme le travail, peuvent être transférés librement là où cela est demandé et où il n'y a pas d'entraves au marché ; et *transparence de l'information* lorsque tous les individus sur le marché ont une connaissance complète de tous les facteurs pertinents sur le marché, provenant des autres individus. Hayek (*Ibid.*, 95) formule ces cinq conditions en trois points, mais réfère explicitement à ce que nous connaissons toujours sous l'appellation de concurrence pure et parfaite qui en comporte, dans la version *textbook* contemporaine, cinq. La conception hayékienne diffère largement : la connaissance, ou l'information, n'est pas donnée pour qu'il y ait concurrence, mais produite par la concurrence. Le mot demeure le même mais les concepts diffèrent largement. En effet, la "concurrence parfaite" signifie précisément la fin de toute concurrence en tant qu'activité de différenciation et action visant la possession de

quelque chose au détriment d'une autre personne. La concurrence réelle se comprend par des phénomènes de différenciations, pour se démarquer de ses concurrents, et non par un caractère d'homogénéité et d'équilibre. Il s'agit donc d'un phénomène dynamique qui se différencie non seulement sur l'information mais également sur les autres critères, comme celui d'homogénéité de la production, qui est une vue de l'esprit des économistes pour Hayek (*Ibid.*, 99). Les deux concepts ne diffèrent pas en termes de degrés, mais en termes de nature : ce sont deux conceptions totalement différentes. Alors qu'on considérait auparavant la concurrence comme le lieu d'un échange entre égaux, ou chacun échangeait son bien contre un autre, ou contre un revenu monétaire, Hayek va considérer la concurrence comme une dynamique mue par l'inégalité et l'asymétrie des informations. Ce changement, s'il peut paraître minime, est en réalité majeur pour la représentation sociale du type de libéralisme que défend Hayek. Foucault (1979, 122) ne s'y est pas trompé, dans un passage pourtant allusif et rapide de son cours, en énonçant que la conception néolibérale du marché centrée sur la concurrence promouvait l'inégalité : "l'essentiel du marché c'est la concurrence, c'est-à-dire que ce n'est pas l'équivalence, c'est au contraire l'inégalité¹²³". On passe d'un modèle de concurrence comme coopération à un modèle de concurrence comme compétition. Plus que des différences terme à terme, sur l'information, l'homogénéité ou encore le caractère plus ou moins fluide des marchandises, c'est avant tout la vision de la société qui diffère, ce que Hayek précise dans un passage qui mérite d'être cité :

La solution au problème économique de la société consiste toujours, dans ce cadre, en un voyage en territoire inconnu, une tentative de découvrir de nouvelles façons de faire, meilleures que les pratiques et usages précédents. Cela devrait demeurer le cas aussi longtemps qu'il est nécessaire de résoudre des problèmes économiques, car tous les problèmes économiques sont créés par des transformations imprévisibles qui nécessitent l'adaptation. Seul ce qui est imprévu et qui n'a pas été anticipé requiert de nouvelles décisions. Si de telles adaptations n'étaient pas requises, si à un moment donné nous savions que les transformations ont cessé, et que les choses demeureront exactement les mêmes, alors il n'y a plus de problème d'usage des ressources.

(*Ibid.*, 101)¹²⁴.

¹²³ Comme toujours lorsqu'il est question d'égalité il faut préciser de quelle inégalité on parle. Ici l'inégalité n'est pas une inégalité entre les personnes, mais entre ce que les personnes possèdent en termes d'information et de biens.

¹²⁴ L'original dit : "The solution of the economic problem of society is in this respect always a voyage of exploration into the unknown, an attempt to discover new ways of doing things better than they have been done

Ce qui est défendu consiste donc dans le caractère évolutif et adaptatif de la concurrence relativement aux innovations et plus largement à l'incertitude, pensée comme radicale, c'est-à-dire n'autorisant pas de prédiction de détail sur le long terme. Le "problème économique" d'allocation des ressources n'est pas l'apanage d'une entité centrale faisant des choix délibérés, mais le résultat d'une multiplicité de desseins différenciés et parfois contradictoires, impliquant des ressources limitées. Cette situation produit une concurrence pour les ressources, des innovations (*new ways of doing things*), de l'incertitude (*what we have not foreseen*) et finalement de l'adaptation dynamique (*changes which require adaptation*). Si, en effet, nous étions en situation d'équilibre avec une connaissance parfaite, alors la situation serait, par hypothèse, stable, et nous ne pourrions pas expliquer la dynamique d'adaptation qui caractérise une société de marché. Ce facteur dynamique se comprend en intégrant la dimension temporelle dans le processus économique¹²⁵. Hayek entend la concurrence comme une dynamique entre des individus voulant gagner des parts sur le marché. Par exemple, les producteurs utilisent leurs ressources et leurs talents, pour produire le moins cher possible et ainsi battre les concurrents, au moyen par exemple d'une innovation technique ou d'un assemblage de facteurs de productions inaperçus. On ne peut ainsi pas prévoir à un moment T ce que la concurrence obtiendra au moment $T+1$ précisément parce que le temps est un facteur d'innovation. Le système économique est caractérisé par une complexité suffisamment grande, au vu du nombre d'individus ajustant en permanence leurs plans, fondés sur des données subjectives en grande partie tacites et incommunicables, ce qui rend la prévision en terme probabiliste inadéquate également (Boettke et O'Donnell, 2013)¹²⁶. Cette description de Hayek (1946, 102) correspond précisément à la dynamique entrepreneuriale. Ce processus vient combler un manque analytique dans la théorie de Hayek relative au prix comme communicateur d'information. C'est la dynamique concurrentielle et entrepreneuriale qui explique, à un niveau micro, pourquoi les prix sont des indicateurs fiables au niveau macro,

before. This must always remain so as long as there are any economic problems to be solved at all, because all economic problems are created by unforeseen changes which require adaptation. Only what we have not foreseen and provided for requires new decisions. If no such adaptations were required, if at any moment we knew that all change had stopped and things would forever go on exactly as they are now, there would be no more questions of the use of resources to be solved" (Ma traduction).

¹²⁵ Cette dimension temporelle, mettant l'accent sur l'incertitude dans le processus concurrentiel, a été très largement développée par toute une branche de l'économie autrichienne. Voir notamment Schackle (1969), Kirzner (1973), Rizzo (1979) ou encore Lachmann (1986).

¹²⁶ Je développerai la dimension tacite et incorporée de la connaissance au chapitre III, notamment. La question de la complexité nous intéressera frontalement chez Hayek au chap. VI.

pourquoi les prix relatifs perçus dans des situations spécifiques par les individus sont de bons pourvoyeurs d'information. En somme, on ne comprend les arguments de l'article de 1945 qu'en les éclairant par cette dynamique concurrentielle spécifique qui rompt clairement avec le concept de concurrence habituel. On peut même dire que les deux définitions sont contradictoires : la concurrence hayékienne est d'autant plus importante que la concurrence parfaite est niée (*Ibid.*, 103). Plus les produits et les producteurs sont différents et l'incertitude importante plus la concurrence hayékienne est requise pour stabiliser la situation.

On voit donc pourquoi le concept usuel de concurrence en économie est anti-réaliste. Non seulement il ne renvoie pas au sens commun, mais en plus il signifie presque l'inverse de ce que le terme signifie habituellement. La concurrence doit être non seulement permise – en retirant des obstacles comme des fermetures de marché, des régulations etc. – mais aussi encouragée par le gouvernement, en luttant contre (*remove*) des habitudes, des corporations, des règles etc. (voir chap. II et III).

On aboutit à une transformation de l'ontologie du marché et de la concurrence. Cela apparaît d'autant plus clairement lorsque Hayek décrit le processus de concurrence comme un processus épistémique. Il ne s'agit plus uniquement de révéler ou de distribuer des connaissances déjà existantes, mais également de produire de nouvelles informations, et notamment de former les opinions des agents. Le processus crée tout un système de croyances et d'idées sur le marché, qui est la condition de possibilité de représentations collectives (*Ibid.*, 106). La concurrence est précisément ce qui permet de *faire émerger* la cohérence du nexus relationnel qu'est le marché. Le corolaire de cela est analytiquement important car cela signifie que la concurrence hayékienne n'est pas uniquement en opposition avec la conception néoclassique de la concurrence, mais qu'elle en est *la condition de possibilité conceptuelle*. Parler d'équilibre d'un point de vue statique conserve ainsi un sens comme résultat du processus concurrentiel¹²⁷. C'est donc par la concurrence que l'information se répand, s'étend, par le moyen des prix, mais aussi que l'information se crée, puisque les "opinions" des individus, qui sont également des informations, se forment dans le processus concurrentiel. Le marché transmet l'information mais permet aussi sa découverte, ce qu'explicitera Hayek dans un article postérieur "Competition as a Discovery Procedure". Le marché, tout comme la concurrence, sont donc des concepts épistémiques réalistes, transmetteurs d'informations, plutôt que des

¹²⁷ Nous défendons ce résultat dans Colin-Jaeger et Delcey (2020) avec le cas de l'efficacité des marchés financiers. L'efficacité est en effet comprise par Fama comme un résultat issu d'un processus concurrentiel entre individu. La modélisation contraint à adopter une perspective statique, mais Fama a explicitement à l'esprit un marché concurrentiel hayékien.

concepts abstraits – des idéalizations ayant eu leur usage méthodologique – et statiques. Au travers des mêmes mots c'est en réalité une modification ontologique majeure qui se joue sur la nature du processus marchand, sa centralité et plus largement la philosophie politique sous-jacente aux différents modèles. De l'opposition à la planification Hayek en est arrivé à une prise de distance très nette avec le modèle même de l'économie néoclassique qu'est le modèle de l'équilibre général. D'un problème spécifique Hayek en arrive ainsi à une position théorique de plus grande ampleur, le situant dans le champ de la philosophie politique et de l'épistémologie.

4. Le consensus néolibéral sur le mécanisme des prix

La querelle du calcul socialiste et la théorie hayékienne des prix qui en découle ne nous intéressent pas uniquement d'un point de vue interne. Nous avons choisi de développer cet apport, notamment les positions de Mises et Hayek, car cela a une importance majeure pour les néolibéraux des années 1930. Kolev (2018, 70) a montré comment les thèses de Mises sur le calcul socialiste ont largement infusé chez Röpke et Eucken, qu'on classe pourtant habituellement comme étant opposés à Mises¹²⁸. Par la suite, la théorie de Hayek est immédiatement reçue chez les autres néolibéraux, comme une démonstration de la primauté du système des prix dans le libéralisme. Celui-ci devient le critère de l'intervention libérale conforme. Dans cette dernière partie je montre comment les thèses de Hayek et de Mises ont été reçues chez les autres néolibéraux. Pour ce faire je me réfère à deux corpus extrêmement importants de la fin des années 1930, d'un côté le livre de Walter Lippmann *La Cité Libre*, paru en 1937, de l'autre les actes du Colloque Lippmann, tenu en 1938, qui constitue la première pierre de reconstruction du libéralisme.

4.1 *La Cité Libre* et la réception de la querelle du calcul socialiste

Il est toujours malaisé lorsque l'on parle de plusieurs auteurs de statuer relativement à "l'influence" d'un auteur sur un autre. Skinner (1969) nous met en garde sur le risque d'une telle tendance. Néanmoins, dans de rares cas, les auteurs reconnaissent leurs dettes, et c'est

¹²⁸ Audier (2012, 351sq) identifie ainsi un grand schisme entre le pôle Suisse-Allemand et le pôle Austro-américain à la Société du Mont-Pèlerin en 1960. Ce schisme oppose notamment Röpke et Mises, après plusieurs tensions préalables entre Mises et Eucken qui ont marqué la Société dès les premières rencontres.

notamment le rôle des archives de nous montrer cela. C'est le cas de Lippmann, qui répond à Hayek en 1937, après que Hayek lui a envoyé son livre de 1935 *Collectivist Economic Planning* :

Je vous suis profondément reconnaissant pour l'envoi de votre livre et de vos articles, même si vous devez savoir que je les possède déjà, que je les ai étudiés avec beaucoup d'attention et que j'ai été très influencé par eux... Pour le dire rapidement, j'avais identifié la difficulté inhérente d'une économie planifiée, mais sans l'aide que j'ai pu trouver chez vous et le Professeur von Mises, je n'aurais jamais eu la capacité de développer l'argument.

(Lettre de Lippmann à Hayek, le 12 mars 1937)¹²⁹.

Cette reconnaissance est réitérée dans les remerciements de la *Cité libre*. Si Lippmann reconnaît clairement l'influence de Mises et de Hayek relativement à la formulation de sa propre position dans la *Cité Libre*, il note également qu'il était déjà arrivé à une critique de l'économie planifiée avant d'avoir pris connaissance de leurs positions. Nous verrons que cela est tout à fait cohérent avec l'évolution de la pensée de Lippmann dans les années 1920, et plus particulièrement sa critique d'une certaine conception de la démocratie dans le *Public Fantôme* en 1925 (voir chap. III). Lippmann ne fait, cela dit, pas qu'un usage instrumental des arguments autrichiens mais intègre dans sa propre théorie la place du marché comme "premier principe du libéralisme" (Lippmann, 1937, 229), comme mode d'organisation principal d'une société libre. Depuis les *Godkin Lectures*, qui donnent le texte de 1934 de *The Method of Freedom*, Lippmann s'intéresse explicitement aux problèmes économiques, et il rentre en contact à la même période avec Henry Simons (Goodwin, 2014), avec qui il échange sur la question de la distinction entre règle et discrétion¹³⁰.

Dans la construction du "champ d'adversité" du premier néolibéralisme (Foucault, 1979 ; Biebricher, 2018, 18-21) la querelle du calcul socialiste joue ainsi un rôle fondateur, en

¹²⁹ L'original dit : "I am profoundly grateful to you for sending me your book and your papers, but I should want you to know at once that *I already possess the book and your papers and have studied it very carefully, and have been very influenced by it...* In a crude way I had discerned the inherent difficulty of the planned economy, but without the help I have received from you and Professor von Mises, I could never have developed the argument" (Ma traduction).

¹³⁰ Pour une étude plus détaillée de *The Method of Freedom* que ce que nous fournissons dans les lignes de cette thèse, par manque de place, on peut se référer à Milanèse (2020a, chap. 9, II, 2020b).

permettent aux néolibéraux de critiquer les marxistes et le collectivisme en les reliant au fascisme et au nazisme, mais aussi de produire une théorie alternative du fonctionnement social, c'est-à-dire le principe du marché comme principe de gouvernement. Lippmann articule la critique de la planification avec son arrière-plan conceptuel, qui prétend renouveler la philosophie libérale au-delà du seul problème économique, à savoir la Grande Société et la division du travail. Le premier fait à prendre en compte est celui de la complexité du monde social, dans lequel personne ne peut prétendre maîtriser l'intégralité des processus à l'œuvre (Lippmann, 1937, 85).

Pour Lippmann la planification demande quelque chose d'impossible d'un point de vue technique, à savoir une résolution d'un système d'équations trop complexes, car fondé sur une division de l'information trop importante pour que nos facultés d'organisation puissent y répondre¹³¹, mais en plus elle n'est permise que par l'existence du marché. Le socialisme de marché, illustré par Lange de façon contemporaine à Lippmann, montre bien que la "solution concurrentielle" n'existe que du fait qu'elle imite la concurrence par le tâtonnement du bureau central. En somme, comme l'exprime Lippmann :

Lorsque le collectiviste abolit le marché, *il ne fait en réalité que le loger dans les cerveaux de sa commission du plan*. Il suppose que les membres de cette commission peuvent savoir, par la recherche et le calcul, ce que chacun peut produire, jusqu'à quel point il est disposé à le produire, s'il peut fournir un produit satisfaisant, et d'autre part, ce dont chacun a besoin et de quelle manière chacun préférera satisfaire ses besoins. Du point de vue libéral, c'est se montrer naïf que de supposer qu'un corps de fonctionnaires serait capable de s'acquitter de cette tâche pour le monde entier, en temps de paix et dans un régime d'abondance.

(*Ibid.*, 229-230, je souligne).

On retrouve dans ce passage non pas une disparition du marché mais une "cérébralisation du marché" (Milanèse, 2020a, 234) dans l'esprit des planificateurs. Le marché est une précondition conceptuelle de l'existence de la planification qui vise à la remplacer et à l'imiter. La défense du marché est exécutée à partir de deux raisons principielles. D'une part, parce qu'il s'agit d'une

¹³¹ Chose que l'on retrouvera très largement dans les épistémologies de Rougier, Polanyi, Popper, Hayek ou encore des ordolibéraux. Pour une étude plus approfondie des positions épistémologiques chez ces auteurs on peut se référer utilement à Beddeleem (2017) ainsi que notre article Beddeleem et Colin-Jaeger (2020).

institution émergente des interactions individuelles, seule à même de coordonner une multiplicité d'individus ayant des connaissances locales, d'autre part parce que le marché, n'obéissant à aucune administration supérieure, est l'obéissance à un ordre aveugle plutôt qu'à une puissance produisant des décrets autoritaires. Le marché concurrentiel, au-delà de l'aspect critique, est bien l'élément premier de la reconstruction du libéralisme chez Lippmann¹³², dans un passage qu'il faut encore citer *in extenso* :

Le marché *n'est pas une chose inventée* par les hommes d'affaires ou les spéculateurs pour faire des bénéfices, ni par les économistes classiques pour leur satisfaction intellectuelle. *Le marché est le seul moyen possible de réaliser sous forme de travail utile la synthèse d'un travail divisé analytiquement en spécialités diverses.* Le cultivateur mourrait de faim faute d'un morceau de pain, le planteur de coton resterait nu, le charpentier devrait vivre dans une caverne, s'il n'y avait des marchés pour réunir les cultivateurs, les meuniers et les boulangers, les planteurs, les filateurs, les tisserands et les tailleurs, les bûcherons et les charpentiers. Ce rassemblement au moment opportun, en quantités appropriées, conformément à l'aptitude de produire et au désir de consommer, *ne saurait être organisé et administré* d'en haut par aucune puissance humaine.

(Lippmann, 1937, 230-231, je souligne).

Le marché est de l'ordre d'une réalité émergente, il n'est inventé par personne et aucun individu particulier ne peut le gouverner. Il est à la fois cognitivement utile pour coordonner des comportements mais aussi politiquement souhaitable en ce qu'il conserve le champ d'action individuel contre une intrusion despotique. Le marché possède donc à la fois un caractère épistémologique et politique. Épistémologique il répond au problème de coordination et de la complexité relative à la division du travail et de l'information, et politiquement il est un instrument d'organisation. Dans ce cadre, Lippmann introduit le prix du marché comme un élément fondamental : "Il faut qu'il existe un pouvoir qui persuade ou oblige chacun à choisir une spécialité qui s'adapte aux autres spécialités. C'est exactement ce que font les prix du marché" (*Ibid.*, 225). Le prix du marché est bien un pouvoir, qui permet d'"obliger" des individus à faire des choix, ici des choix d'orientation en termes de spécialisation dans la division du travail, mais on peut penser plus largement aux choix de consommation et de production. Si, en effet, les individus ne sont pas contraints par un pouvoir à agir, quel est le

¹³² On retrouve une telle analyse de l'importance des marchés concurrentiels dans la théorie lippmannienne chez Milanèse (2020a, 290).

pouvoir qui est efficace en société pour organiser les différents comportements individuels ? Le marché, ou plus précisément les prix produits par le marché, permettent de véhiculer l'information et notamment d'indiquer dans quels domaines il y a des places disponibles et dans quels domaines cela n'est plus le cas. Les prix du marché ont pour rôle de remplacer l'autorité verticale du gouvernement et d'être le juge des affaires humaines. On peut ainsi parler d'une transmission de l'autorité souveraine du gouvernement au système de coordination sociale qu'est le marché. L'insistance de Lippmann ne porte pas seulement sur la division du travail, ce qu'il fait par ailleurs en reprenant le rôle classique du marché comme allocateur de biens dans une veine smithienne, mais aussi sur les prix du marché. Le prix du marché est un pouvoir d'organisation sociale qui ne passe pas par une intelligence coercitive délibérée. Il agit comme un signal social pour désigner les activités rémunératrices et celles qui le sont moins, pour informer les individus des possibles conséquences de leurs choix ainsi que sur la demande effective d'une activité ou du nombre de personne se dirigeant ou occupant déjà les mêmes postes.

Notons ici que la perspective de Lippmann ne se fonde pas sur une analyse marginaliste, ou sur la théorie de l'équilibre général. Dès 1913, dans son texte *A Preface to Politics* (Lippmann, 1913), il critique la fiction de l'homme économique qu'il qualifie "d'imposture intellectuelle" (*Ibid.*, 123). Sa conception du marché consiste dans une conception dynamique, puisque les individus sont poussés par des besoins particuliers et situés, qui donnent lieu à une dynamique d'innovation dans le marché par des interactions nombreuses qu'il est impossible de prédire faute d'un point de vue surplombant. Nous verrons que cette convergence avec la position hayékienne n'est pas due à une conversion de Lippmann à l'économie autrichienne mais à son développement particulier depuis les années 1920 (chap. III)¹³³. Arnaud Milanès note néanmoins que Lippmann a certainement une dette à l'égard de Hayek quant à l'analyse économique :

La principale dette de Lippmann à l'égard de Hayek, sur le plan de l'analyse économique, est peut-être là : renforcer l'idée, déjà présente en 1934, que l'économie de marché, contre la planification, est une conséquence directe de la division du travail (...), et de ce 'deep pluralism' (selon l'expression de Lippmann), que tous deux partagent, et qui implique le marché comme espace de l'évolution créatrice, par le biais des préférences.

¹³³ Voir également sur ce même point Colin-Jaeger (2021).

(Milanèse, 2020a, 284).

Le marché est un espace d'évolution et de création des prix, qui fonctionnent comme un signal. Comme chez Hayek néanmoins le marché n'est pas "parfait" au sens de la théorie néoclassique qui parle de concurrence pure et parfaite lorsque certaines conditions sont réunies (libre accès au marché, homogénéité des biens, l'atomicité des agents sur le marché, la transparence de l'information et la libre circulation des facteurs de production). Lippmann, y compris dans les limites qu'il indique au marché, se trouve reprendre la position de Hayek. En effet Lippmann ajoute, à la suite de la citation précédente que les prix n'obligent qu'approximativement, en causant des frictions et des souffrances. Les adaptations dues à la concurrence ne se passent pas sans dommage, mais avec une "brutale efficacité" (Lippmann, 1937, 225).

Le marché, porté par une dynamique concurrentielle et des choix individuels entrepreneuriaux, n'est pas nécessairement un ordre parfait, les individus peuvent faire de mauvais choix vis-à-vis des tendances du marché. Le marché n'en reste pas moins le premier principe de tout libéralisme, si bien que la théorie hayékienne est immédiatement rapportée aux analyses de Lippmann sur la signification socio-politique de la concurrence :

Le libéralisme, au contraire, a pour premier principe que le marché, régulateur primordial de la division du travail, doit être conservé et perfectionné (...) par conséquent le vrai progrès consiste non pas à gêner ni à supprimer le marché, mais à le conserver et à l'améliorer.

(Ibid., 229, je souligne).

Lippmann exprime une position consensuelle. La tâche du libéralisme ne consiste pas dans l'abolition du marché comme le veulent les collectivistes, mais consiste dans le fait de veiller au bon fonctionnement du marché. Le principe de l'économie compensée (*compensated economy*) dès 1934 n'est pas une négation de la concurrence mais est définie comme un gouvernement *par* la concurrence (Milanèse, 2020b). Il nous faut remarquer que, même si le marché n'est pas nécessairement perçu, chez Hayek ou Lippmann, comme fonctionnant de manière optimale et sans activités gouvernementales, il est néanmoins le principe de toute théorie libérale possible. Le prix étant un indicateur social pour la coordination des plans individuels, il faut le conserver et l'étendre non seulement du fait de ses vertus cognitives mais

aussi et surtout du fait de ses vertus politiques, puisqu'il limite la coercition exercée par une autorité. Le marché est compris par les néolibéraux comme un "médiateur de modernité" (Innset, 2017, 75), c'est-à-dire comme un processus civilisateur permettant la préservation de la liberté du fait de son opposition à tout pouvoir coercitif intentionnel (gouvernemental, inter-individuel, ou entre groupes sociaux). Si le marché n'est pas historiquement premier, ce que montre l'analyse de Karl Polanyi (1944), pour qui le marché est le fruit d'une évolution historique complexe comprenant diverses institutions sociales, il est un principe logiquement premier en ce qu'il doit être la visée et l'origine de toute pensée libérale. Cette reconnaissance du statut du marché et du rôle des prix n'est pas exclusive à Hayek ou à Lippmann, mais va devenir un critère majeur pour les néolibéraux réunis lors du Colloque Lippmann en 1938.

4.2 Le mécanisme des prix comme critère, le Colloque Lippmann

Comme le note Audier (2008) si le Colloque Lippmann peut être considéré comme un moment fondateur du néolibéralisme cela ne va pourtant pas immédiatement de soi. D'une part les participants sont divers, venant de l'économie (Hayek, Röpke, Rustöw, Mises, Condliffe, Marjolin, Rueff), de la philosophie (Aron, Rougier, Shütz), du journalisme (Mantoux, Lippmann), ou d'institutions (Auboin, Detoef, Marlio) ; mais, de plus, ces différents individus ne partagent pas de background théorique bien défini. Malgré ces disparités, certaines idées fondamentales unissent ces différentes personnes, la première d'entre-elle étant la défense du mécanisme des prix pour éviter les écueils du collectivisme, ainsi que la défense de la liberté individuelle. On retrouve deux idées centrales dans les textes du Colloque. D'une part, l'idée que le mécanisme des prix est le critère de toute action gouvernementale, car il est ce qui permet l'ajustement et la coordination des choix de production et d'investissement individuel, permettant l'ordonnancement social¹³⁴; d'autre part, l'idée que le mécanisme des prix, et donc le fonctionnement du marché, est "le seul conciliable avec la liberté et la dignité de l'homme" (Rustöw, reproduit dans Audier, 2008, 467). L'héritage du débat sur le calcul socialiste est présent dès l'allocution d'inaugurale de Louis Rougier :

¹³⁴ Cela ne revient pas à dire que l'économie est l'alpha et l'oméga de la société, mais que les choix économiques constituent une partie non négligeable des choix individuels, y compris lorsque les fins ne sont pas économiques, et donc constituent une condition de l'existence sociale en général. Cette importance du mécanisme des prix est relevée par Plewhe (Mirowski et Plewhe, 2009, 14).

Or bien loin d'être plus morale et plus rationnelle, une telle économie (collectiviste) ne pourrait être qu'une économie aveugle arbitraire et tyrannique, entraînant un grand gaspillage de biens économiques et l'abaissement du niveau de vie des masses, car toute possibilité de calcul économique conscient lui serait refusée.

(Rougier, *Ibid.*, 414).

Louis Rougier souligne la grande difficulté de tout régime collectiviste, à savoir celui de la fixation du prix. En effet, en suivant explicitement les positions de Mises et de Hayek, dont les ouvrages ont été traduits en Français par la Librairie Médicis¹³⁵ sous l'impulsion, entre autres, de Rougier lui-même, le philosophe français exprime que le calcul économique n'est possible que si les prix sont déterminés économiquement par l'offre et la demande, donc la concurrence, reposant sur la propriété privée des moyens de production. La disparition du prix de marché a pour conséquence la disparition du libéralisme :

Bien loin d'accroître la dignité et la liberté humaine, le planisme économique la supprime (...). C'est ainsi qu'on voit apparaître le travail forcé, le rationnement des consommateurs, les investissements contraints dans les pays planificateurs. C'est ainsi que la perte de la liberté de transactions implique la perte de toutes les autres libertés : liberté de consommer ce qui vous plaît, liberté de choix de l'emploi et de la résidence, liberté de réunion ou d'association, liberté de pensée et d'expression (...).

(*Ibid.*, je souligne)

Rougier systématise des positions qui étaient déjà présentes chez Mises, Hayek et Lippmann : la disparition du marché avec la planification ne pose pas qu'un problème économique mais un problème politique plus largement, celui de la domination des individus, car le marché n'est pas uniquement un instrument de distribution et d'allocation. Le lien entre liberté économique et libertés politiques ne sont pas contingents – par exemple si l'argument était issu d'une observation des tendances historiques – mais conceptuel. Deux arguments peuvent être avancés, à savoir que (i) les libertés économiques sont les libertés qui permettent instrumentalement aux libertés politiques d'être effectives, c'est-à-dire qu'il n'y a liberté

¹³⁵ Cette maison d'édition est d'ailleurs créée en 1937, dans le même but que le Colloque Lippmann, et *La Cité libre* est l'une des premières publications.

effective de se déplacer, de réaliser leurs conceptions de la vie bonne, voire même de s'exprimer, que si les individus peuvent obtenir les moyens de réaliser ces fins et de se réaliser à travers le marché, et (ii) car le marché est un ordre caractérisé par l'absence de coercition directe par la volonté arbitraire d'autrui. Chaque individu sur le marché est égal d'un point de vue politique, et s'il y a des individus souhaitant dominer les autres, il est toujours possible de s'extirper de cette domination. Dès lors, le libéralisme doit avant tout s'articuler avec le principe du marché et du prix. Ce n'est pas un hasard si, lorsque Rougier pose la question du "bon interventionnisme" (*Ibid.* 415) la question est formulée à partir de celle du prix : "Quelles formes d'intervention sont compatibles avec le mécanisme des prix, quelles formes sont incompatibles avec les lois du marché ?" (*Ibid.* 416). La formule, à ce niveau de généralité, semble compatible avec n'importe quelle défense du marché, mais il faut noter que le développement de Rougier se comprend avec en arrière-plan une défense de ce que permet la concurrence d'un point de vue politique.

Le prix du marché devient donc un critère nodal du renouveau du libéralisme lors du Colloque Lippmann et devient le critère discriminant de toute action étatique. La littérature récente sur le néolibéralisme, en suivant certaines tendances foucaaldiennes, a été infléchie à centrer son attention sur les autres composantes du néolibéralisme, à savoir notamment l'interventionnisme juridique que Rougier mentionne en lisant Lippmann (*Ibid.*, 415), sur lequel nous reviendront également. C'est le cas, par exemple, du livre très instructif de Barbara Stiegler (2019), qui vise à dévoiler la biopolitique néolibérale qu'on peut trouver chez Lippmann. En se centrant sur ce qui vient le plus explicitement contester l'association du néolibéralisme au libéralisme du *laissez-faire*, on est cependant conduit à sous-évaluer trois choses importantes – en cela le présent travail se donne comme un complément vis-à-vis des contributions existantes. D'une part le rôle fondamental qui est donné au marché et au prix chez les néolibéraux ; d'autre part la transformation de ces concepts fondamentaux à partir de la querelle du calcul socialiste ; enfin, le fait que c'est parce que ces concepts sont redéfinis et retravaillés à partir de conditions différentes, que l'interventionnisme juridique est défendu. Il ne faut donc ni réduire le néolibéralisme à une simple défense des marchés concurrentiels "libres" ; ni considérer le néolibéralisme en distinguant de manière étanche politique et économique, mais étudier la théorie politique néolibérale à partir de son point d'ancrage socio-économique.

Rougier n'est pas le seul à reprendre le critère du mécanisme des prix. Michael Heilperin, un économiste travaillant en suisse, exprime que "le jeu du mécanisme des prix est

le critère qui doit servir à définir le système libéral." (Helperin, *Ibid.*, 431). Jacques Rueff, l'économiste français, est lui aussi un fervent défenseur du mécanisme des prix non faussé : "Tant que le mécanisme des prix a joué, on a vu les salaires suivre le mouvement des prix. Dès que l'État est intervenu, pour maintenir le taux des salaires, le chômage s'est multiplié." (Rueff, *Ibid.* 460). Si on peut et on doit accepter certaines actions gouvernementales, de la réglementation de la concurrence et des contrats jusqu'à un système d'assurance-chômage¹³⁶, on ne peut pas accepter la fixation a priori des salaires, car elle ne permet pas l'adaptation des prix aux conditions économiques. En créant une rigidité-prix on est entraîné vers un état de sous-utilisation de certaines ressources qui conduit à l'appauvrissement économique. Le but d'un système économique à savoir de "donner le maximum de ce qui est compatible avec l'état de la production" (*Ibid.*, 461), n'est donc pas réalisé dans ces conditions. Dès lors, le champ de l'intervention possible pour Rueff est bien le champ d'intervention compatible avec le mécanisme des prix (*Ibid.*, 464). Röpke se réfère à ce même mécanisme pour critiquer les oligopoles et la tendance monopolistique de l'économie capitaliste : "Les entreprises deviennent plus grandes, le nombre des concurrents devient plus petit, le calcul des prix devient de plus en plus arbitraire" (Röpke, *Ibid.*, 433). Röpke défend un certain interventionnisme juridique et justifie cet interventionnisme non pas en vertu d'une rationalité extrinsèque mais avant tout d'une préservation du bon fonctionnement du mécanisme des prix. Le calcul des prix devient plus arbitraire en cas d'oligopole et de monopole car la concurrence est faussée par le fait que certaines entreprises sont en position de force et donc en situation d'imposer les prix. Le marché n'est plus une situation où chacun obéit à un ordre qui n'est dirigé par personne mais une situation de domination des individus par une firme en position de force. Or, comme l'a montré Raphaël Fèvre, le mécanisme des prix est le moyen de redistribuer le pouvoir, de protéger le capitalisme des capitalistes (Fèvre, 2017, 31).

S'il y a bien des différences de points de vue lors du Colloque, une position émerge, clairement exprimée par Lippmann en clôture et rencontrant une approbation massive :

Le libéralisme économique admet comme postulat fondamental *que seul le mécanisme des prix fonctionnant sur des marchés libres permet d'obtenir une organisation de la production susceptible*

¹³⁶ Sur le détail des positions de Rueff on peut lire Daou (2021), qui traite de l'article de Rueff sur l'assurance-chômage anglaise dans les années 1920. Pour un développement spécifique sur Rueff comment défendant une forme d'interventionnisme libéral, à l'instar de Lippmann, voir Daou (2019).

de faire le meilleur usage des moyens de production et de conduire à la satisfaction maximale des désirs des hommes, tels que ceux-ci les éprouvent réellement et non tels qu'une autorité centrale prétend établir en leur nom.

(Lippmann, cité dans Audier, 2008, 485, je souligne).

Cette formule, qui rencontre l'assentiment de Rueff, de Mario, de Röpke mais aussi, on peut le deviner, de Mises et Hayek, qui en sont les promoteurs, souligne quatre fonctions du marché. (i) *Une fonction économique*. Le marché est un allocateur de ressource efficace, ce qui est une thèse classique. (ii) *Une fonction épistémique*. Les conditions de cette allocation efficace des ressources est due au mécanisme des prix qui véhiculent l'information et qui se trouvent donc être des moyens de coordination cognitive des individus. (iii) *Une fonction politique*. Le marché est un principe politique, un principe de civilisation, en ce qu'il émancipe les individus de l'autorité planificatrice et garantit les libertés. (iv) *Une fonction socio-psychologique*. Le marché est l'espace d'expression de soi. La consommation et l'activité économique ne sont pas secondaire dans la vie des individus, mais constitue au contraire – et peut-être davantage que la vie politique ! – la majorité des choix de vie des individus. L'aspect politique, qui s'exprime par la thèse de la souveraineté du consommateur, se comprend à partir de l'importance du choix en première personne en situation de marché.

Bien évidemment, des désaccords nombreux apparaissent lors du Colloque Lippmann, relativement à la nature de la débâcle du libéralisme. Mises considère, par exemple, que la tendance monopolistique du capitalisme est due à une intervention de l'État qui octroie des privilèges à certaines entreprises, alors que les ordolibéraux estiment que cela est une tendance endogène du libéralisme. Cependant, tous acceptent le fait que le mécanisme des prix et la concurrence sont un principe à défendre ou à réaliser, et que le mécanisme du prix permet de réaliser les quatre fonctions que nous venons d'éclairer.

L'héritage de la querelle du calcul socialiste et l'importance de la théorie des prix qu'on trouve développée chez Hayek se retrouve très largement dans les actes du Colloque Lippmann où le mécanisme des prix est dès le début, par Rougier, accepté comme le premier principe du libéralisme. Si on prend au sérieux les analyses économiques de l'époque, la défense du mécanisme des prix revêt une importance particulière non seulement comme critère économique, mais comme critère politique relatif à la bonne intervention. Cela construit un champ d'adversité plus large que le totalitarisme, et notamment les théories libérales laissez-

fairistes qui ne tiennent pas compte de la dimension positive d'un gouvernement libéral qui puisse concilier coercition avec conservation de l'espace de liberté constitué par le marché. Ce qui unit donc les néolibéraux naissants, c'est la conciliation entre la nécessité d'une défense du marché comme espace spontané d'auto-organisation, et la nécessité d'une intervention positive pour le mettre en place. On ne comprend cette thèse, qui est problématique dans son expression même, qu'en revenant à sa racine économique constitutive. Cette position véhicule avec elle toute une théorie d'arrière-plan relativement aux causes de l'impossibilité de la planification économique et à la coordination sociale. La théorie des prix, du marché et de la concurrence, loin de ne présenter que des concepts économiques, propose une véritable philosophie politique positive. Si le marché est l'instrument le plus efficace pour coordonner les actions individuelles, cela suppose qu'il faut activement l'instituer, l'étendre et l'améliorer lorsque cela est possible. Christoph (2012) note que ce qui est une des caractéristiques du néolibéralisme naissant c'est précisément la thèse de la nécessité de promouvoir la concurrence le plus largement possible, comme instrument de coordination sociale et politique efficace.

Conclusion

Ce premier chapitre vise à expliciter ce qu'est le "premier principe du libéralisme" chez les néolibéraux, à savoir le marché. Pour ce faire nous sommes remontés à la pré-histoire du néolibéralisme, à savoir la querelle sur le calcul socialiste, débutant dans les années 1920 en langue allemande. Ce moment est particulièrement important pour saisir d'une part le rôle de Mises comme figure importante du début du néolibéralisme, d'autre part pour voir comment certains concepts centraux du libéralisme et de l'analyse économique, comme ceux de marché, de concurrence ou encore de prix, sont retravaillés dans le cadre du débat. Hayek se voit accordé un rôle important, car il est amené à modifier la nature même des concepts de marché et de concurrence, et ainsi rompre clairement avec l'analyse néoclassique. On a ici une particularité épistémologique particulière de la théorie hayékienne qui, selon Mirowski (2009) est devenue une conception dominante dans la société du Mont-Pélerin.

Le mécanisme du prix devient un principe fondamental du libéralisme. Cela est vrai non seulement d'un point de vue économique pour une allocation efficace des biens¹³⁷, mais

¹³⁷ J'écris ici efficace et non optimal parce que chez Hayek cela serait faux : il n'y a pas d'optimalité du fonctionnement du marché car celui-ci est caractérisé par la dynamique et par des déséquilibres permanents. Une

aussi d'un point de vue politique à deux niveaux. Tout d'abord car les conditions d'effectivité des libertés politiques sont économiques. Si les individus ne peuvent plus librement choisir les moyens pour réaliser les fins qu'ils visent alors ces fins sont *de facto* interdites. L'intégralité de la société n'est pas régie par un comportement économique mais le comportement économique est la condition pour l'épanouissement des autres libertés. Ceci s'explique par la deuxième caractéristique politique qui est celle de l'émancipation, ou du caractère civilisateur du marché, qui émancipe les individus de l'autorité d'un souverain. L'ordre marchand est pensé et conçu comme un ordre impersonnel et donc comme garantissant les libertés des individus en abolissant le pouvoir central¹³⁸. Si un bien, et donc la fin qui est visée à travers ce bien, est inaccessible par le marché ce n'est pas parce que quelqu'un l'a interdit – dans certaines limites, les néolibéraux pensent bien que certains biens peuvent être interdits pour des raisons morales par exemple – mais parce que les biens sont présentement inaccessibles du fait d'une demande importante, par exemple, pour ce même bien, de la part d'autres individus.

De ce fait, le mécanisme des prix et les conceptions hayékiennes vont très largement irriguer les autres néolibéraux, au premier rang desquels Lippmann. Le rôle des prix comme réponse au problème de la coordination et premier principe du libéralisme est accepté plus largement lors du Colloque Lippmann. Ce consensus se fait sur des bases politiques mais aussi épistémologiques. Cette nouvelle compréhension consiste bien en une "nouvelle compréhension épistémologique du libéralisme" (Beddeleem, 2017, 160). Comme l'indique Foucault, on passe, avec cette compréhension du marché, à un autre modèle de gouvernementalité libérale, et on gouverne "par le marché", et donc par la liberté des individus¹³⁹.

Une conséquence importante de ce chapitre est qu'il existe une rupture nette entre néolibéralisme et economicisme néoclassique. Le néolibéralisme n'est pas identique à

des conditions du bon fonctionnement du marché est précisément le fait qu'il n'y a pas d'optimalité, ce concept n'ayant plus de sens dans le cadre théorique hayékien.

¹³⁸ On retrouve cela chez les ordolibéraux également, qu'on peut interpréter comme une "économie politique du pouvoir", où le marché est un instrument de dépotentialisation en répartissant le pouvoir entre des agents. Voir Fèvre (2017, 95-100).

¹³⁹ Foucault (1979, 124) : "La concurrence pure ça doit être, et ça ne peut être, qu'un objectif, un objectif qui suppose, par conséquent, une politique indéfiniment active. La concurrence, c'est donc un objectif historique de l'art gouvernemental, ce n'est pas une donnée de nature à respecter. [...] Il faut gouverner pour le marché, plutôt que gouverner à cause du marché. Et dans cette mesure-là, vous voyez que le rapport défini par le libéralisme du XVIIIe siècle est entièrement inversé."

l'économie *mainstream*, longtemps dominée par le modèle d'équilibre général qui a pu être utilisé pour défendre, comme on l'a vu, le socialisme ou, par après, des politiques keynésiennes (Samuelson, Hicks, Solow, Kaldor etc.)¹⁴⁰. Plus encore, même si des économistes néoclassiques se réfèrent à Hayek pour démontrer la supériorité des économies occidentales sur les économies planifiées (voir Garretsen, 1994, 97), ce recours est souvent contradictoire. Ce qui est en jeu dans l'analyse de Hayek c'est tout autant la planification que le modèle d'équilibre utilisé par l'économie néoclassique lui-même. La critique de Hayek porte plus loin que les travaux de Lange mais permet à l'économie autrichienne de se distinguer très largement des travaux néoclassiques (Kirzner, 1988). Il ne faut pas voir le néolibéralisme originel comme un développement théorique à l'intérieur d'une discipline, ici l'économie, mais comme un développement transdisciplinaire, s'enrichissant précisément de l'émancipation de cadres théoriques spécifiques. De la même façon, ce développement n'est pas individuel et propre à Hayek qui en représenterait l'essence inamovible, mais trans-atlantique et interindividuel. Dans ce cadre, Mirowski et Plewhe (2009) ont raison d'introduire le terme de "pensée collective" pour décrire le néolibéralisme.

Ce premier principe logique du libéralisme, qu'il faut distinguer d'une analyse historique qui montrerait que le marché et la concurrence n'ont pas toujours existé mais ont au contraire émergé d'un processus historico-institutionnel spécifique, est nécessaire pour comprendre ce qui doit être défendu et promu par le néolibéralisme. Si, comme le dit Lippmann, "le vrai progrès consiste non pas à gêner ni à supprimer le marché, mais à le conserver et à l'améliorer" (Lippmann, 1937, 229). On comprend que ce principe premier revêt une dimension normative plus que descriptive, c'est-à-dire que le marché n'est pas uniquement une description des rapports inter-individuels dans leurs relations strictement économiques, mais constitue un idéal socio-politique de coordination et de production des libertés individuelles à instituer, conserver, défendre et améliorer. Il s'agit moins pour les néolibéraux de défendre le marché comme déjà existant, que de réaliser le marché comme une entité effective, en vue de maximiser la liberté des individus. C'est en cela qu'on peut saisir l'opposition des néolibéraux au laissez-faire historique qui n'a pas compris que le marché n'était pas une entité naturelle déjà produite.

¹⁴⁰ Parmi les tenants de la thèse d'unité entre néolibéralisme et économie néoclassique, on trouve Bourdieu (1998), Harvey (2005) ou Crouch (2011, 2017).

Chapitre II. Les faillites historiques et conceptuelles du laissez-faire.

Au milieu du dix-neuvième siècle, la scène contemporaine avait radicalement changé. Les changements économiques et politiques pour lesquels ils s'étaient battus avaient été si largement accomplis qu'ils étaient devenus à leur tour des intérêts acquis, et leurs doctrines, notamment sous la forme du libéralisme du laissez-faire, fournissaient désormais la justification intellectuelle du statu quo.

(John Dewey, *Liberalism and Social Action*, 1935)¹⁴¹.

Le marché est un instrument d'organisation sociale puissant et indépassable. La défense du marché est généralement ce qui est associé au néolibéralisme. En rester à ce point revient, cela dit, à manquer l'originalité du néolibéralisme. Les néolibéraux acceptent certes le marché comme premier principe, mais refusent l'idée, qui pourrait sembler corrélative, d'une auto-suffisance du marché. Il ne suffira donc pas pour les néolibéraux de défendre qu'il soit suffisant de supprimer les entraves légales et administratives au fonctionnement du marché, comme si celui-ci existait quelque part en dessous et chronologiquement avant la société politique. Cette dernière idée, d'une forme, en un sens spécifique que nous préciserons au cours du chapitre, de *naturalité du marché* est au contraire critiquée par la quasi-intégralité des libéraux participants au Colloque Lippmann et à la Société du Mont-Pèlerin, comme relevant d'une forme pervertie de libéralisme, à savoir le libéralisme du laissez-faire. Il faut donc distinguer, comme nous l'avons fait en introduction, les concepts de *naturalité* et celle de *spontanéité*.

L'opposition des néolibéraux au principe du laissez-faire est désormais communément acceptée dans la littérature secondaire. Mirowski et Plewhe (2009, 15, voir aussi postface)

¹⁴¹ La version originale dit : "By the middle of the nineteenth century the contemporary scene had radically altered. The economic and political changes for which they strove were so largely accomplished that they had become in turn the vested interest, and their doctrines, especially in the form of *laissez faire* liberalism, now provided the intellectual justification of the *status quo*" (Ma traduction).

soulignent les différences entre néolibéralisme et libéralisme dans une veine foucaldienne en insistant sur l'opposition au laissez-faire. Audier (2008, 2012) insiste sur les tendances interventionnistes voire quasi-keynésiennes de plusieurs ailes du néolibéralisme, notamment les ordolibéraux conservateurs. Biebricher (2018) montre que le néolibéralisme possède une théorie de l'État qui ne peut se réduire à une théorie négative, depuis le début avec Hayek et Röpke jusqu'à Buchanan et Friedman. Innset (2020) développe de son côté très largement la thèse du "dual argument", de l'argument double, du néolibéralisme, à la fois contre la planification et la centralisation et le laissez-faire. Tous ces textes insistent ainsi sur le caractère novateur du "néo" dans néolibéralisme. Même Burgin (2012), qui considère que le néolibéralisme doit être compris comme une entreprise de réinvention du marché libre, note que les néolibéraux se démarquent clairement du principe du laissez-faire dans les années 1930. Selon son expression heureuse le néolibéralisme peut être définie à ses débuts comme une "planification contre la planification" (*Planning against Planning*, Burgin, 2012, chap. 3). On peut comprendre le néolibéralisme comme étant constitué en partie par un refus d'un vieux libéralisme du laissez-faire. Birch (2017) exprime que si on doit résumer l'histoire de l'émergence il faut débiter avec "la faillite épistémique et morale du libéralisme du XIX^{ème} siècle, ou du capitalisme laissez-fairiste" (*Ibid.*, 15)¹⁴². Il faut donc étudier la naissance du néolibéralisme comme une façon de répondre à la faillite, réelle ou perçue, de la théorie libérale associée au laissez-faire.

Néanmoins, comme la préconception habituelle sur le néolibéralisme, même parfois parmi des spécialistes d'auteurs néolibéraux, demeure une forme d'identification avec le retour à un libéralisme extrême, un "fondamentalisme de marché" (Peck, 2010, xi) ou une "reprise du laissez-faire" (Peck, 2008)¹⁴³, ce chapitre est nécessaire. On peut expliquer cette association du néolibéralisme au laissez-faire historiquement, avec une phase de "radicalisation" du néolibéralisme dans le temps, notamment à partir des années 1950, comme le montre bien Gilles Christoph (2012, 180), qui marque l'évolution du néolibéralisme dynamiquement et permet de distinguer selon lui un premier d'un second néolibéralisme. La reconstruction rétrospective du néolibéralisme naissant, jusqu'à la création de la Société du Mont-Pèlerin en 1947, en lui plaquant un néolibéralisme déjà "radicalisé", conduit aux défauts habituels de la

¹⁴² L'original dit : "the epistemic and moral bankruptcy of 19th century liberalism, or laissez-faire capitalism." (Ma traduction).

¹⁴³ Dostaler (2001, 107), dans un encart sur le néolibéralisme au sein d'un texte consacré à Hayek, pourra par exemple dire que : "Le néolibéralisme se présente donc comme la réhabilitation du laissez-faire. On trouve ses filiations dans les tendances les plus radicales du libéralisme économique du XIX^e siècle".

reconstruction *a posteriori*. On saisit alors le premier néolibéralisme comme un néolibéralisme déjà radical, déjà conquérant, plutôt qu'en construction et dans une phase de problématisation. De plus on est également conduit à prendre pour argent comptant ce que certains néolibéraux, comme Friedman, qui a été le plus visible d'entre eux à partir de la fin des années 1950 (Burgin, 2020, 125), expriment de leur doctrine¹⁴⁴. Or, cela constitue selon moi une double erreur. La première erreur consiste d'une part en ce que cette perspective écrase l'évolution du néolibéralisme en le lisant par la fin. Il s'agit d'une erreur historiographique. La seconde erreur est plus importante. Cette lecture empêche de voir ce qu'il y a de spécifiquement néolibéral y compris dans les développements plus contemporains. En s'aveuglant sur les origines du néolibéralisme on s'empêche également de voir les conséquences de cette phase de problématisation sur les positions postérieures. Il faut donc impérativement rehistoriciser le néolibéralisme pour en saisir la philosophie.

Cependant ce chapitre ne possède, pas qu'un objectif historique. Il permet également de préciser le contre-modèle à partir duquel saisir les positions néolibérales. Dans la plupart des textes que nous avons cité, l'opposition au laissez-faire est relevée sans que *ce à quoi les néolibéraux se réfèrent* ne soit développé. Le "laissez-faire" est associé au "naturalisme" (Dardot et Laval, 2009), à un "principe abstrait" en reprenant les mots de néolibéraux (Burgin, 2012, 9) ou encore au "libéralisme traditionnel, au manchesterianisme" (Audier, 2012, 587), sans, bien souvent, davantage de précisions. Or, cela n'a pas de sens de dire que les néo-libéraux s'opposent au libéralisme. À vouloir trop insister sur le "néo", on est contraint à surinvestir la discontinuité entre libéralisme et néolibéralisme, alors que les néolibéraux réagissent à une crise historique et souhaite renouveler une certaine tradition *contre* une autre, *au sein du libéralisme*.

Il faut donc développer contre quelle tradition les néolibéraux réagissent, car le contre-modèle est extrêmement important en tant qu'il permet de saisir le problème perçu chez les néolibéraux dans le laissez-faire, à savoir l'insuffisance d'une conception immanentiste du marché, qui ne serait fondé sur aucunes autres normes que la sienne. Comme nous le verrons

¹⁴⁴ Le texte *Free to Chose*, de Milton et Rose Friedman (Friedman et Friedman, 1980) comporte ainsi des références positives au "laissez-faire" (*Ibid.*, 133). Néanmoins, il est important de noter que si Milton Friedman est un personnage important de l'histoire du néolibéralisme (voir par exemple Stedman-Jones, 2012, qui traite de Friedman comme l'un des "maîtres du monde" néolibéral aux côtés de Hayek), il l'est avant tout pour son rôle de propagateur des idées néolibérales dans le grand public, ce que Burgin (2012, 152sq) montre bien. Si on regarde plus précisément les textes de Friedman on observera néanmoins qu'il ne peut être réellement considéré comme un fervent défenseur du laissez-faire. Sur ce point voir par exemple Wiedemann (2020).

dans le chapitre III, les néolibéraux défendent au contraire la nécessité d'un cadre légal, à la fois régulateur mais aussi et surtout constitutif de la société de marché¹⁴⁵. Le laisser-faire, comme formule typique du libéralisme du XIX^{ème} siècle, ne peut être reconduit tel quel, et devient lui-même un objet de controverse, entre ceux qui veulent lui donner un "programme positif" (Simons, 1934) et ceux qui critiquent même la possibilité du laisser-faire comme une fiction (Lippmann, 1934, "The end of laisser-faire"). Il faut noter, bien évidemment, que l'idée même de laisser faire laisse implique toujours l'idée d'un pouvoir institué, qui "laisse faire", et qui est capable de distinguer ce qu'il faut laisser faire. L'opposition porte moins sur l'idée même qu'il faille laisser faire dans certains contextes, mais sur la philosophie sous-jacente au concept de laisser-faire.

Les néolibéraux produisent deux critiques radicales du laissez-faire. D'une part, une critique historique du laissez-faire, comme ayant été utile à un moment historique mais qui s'est transformé, avec Herbert Spencer, en perversion du libéralisme originel ; d'autre part, une critique théorique, fondée sur l'idée sur le laissez-faire comme théorie n'a jamais existé, et qu'il a toujours constitué une intervention de l'État ne disant pas son nom. Les néolibéraux font ainsi émerger le problème de la fondation normative de l'ordre économique. Les deux fondements perçus de la théorie du laissez-faire sont mis à mal, l'atomisme d'un côté, et une certaine forme de naturalisme de l'autre. Je montre dans ce chapitre qu'il y a un large consensus chez les néolibéraux pour condamner le laissez-faire, qui est identifié de façon diverse comme un retour à l'Ecole de Manchester, aux économistes français Joseph Garnier, Gustave de Molinari ou encore Charles Dunoyer, ou encore à Spencer. Je détaille par la suite la critique la plus importante du laissez-faire, effectuée en 1937 par Lippmann dans la *Cité Libre*, puis la réception et la continuation de celle-ci par Hayek, de la *Route de la servitude* en 1944 à la première réunion de la Société du Mont-Pèlerin en 1947.

¹⁴⁵ On pourrait penser que cette lecture ne vaut que pour les ordolibéraux, chez qui cela a été travaillé notamment par Patricia Commun (2016) ou dans la thèse de Raphaël Fèvre (2017), à la suite notamment de la lecture de Foucault qui insiste sur l'interventionnisme légal, mais cela vaut aussi pour d'autres courants comme nous le verrons, notamment Simons, Lippmann et même Hayek, associé souvent à tort avec la position radicale de Mises, par exemple par Audier (2012, 588). Kolev (2010, 2021) a pourtant montré que dès les années 1930 Hayek est très proche des ordolibéraux sur les questions de cadre légal et des conditions de fonctionnement du marché. Par ailleurs on ne peut pas réduire, comme nous le verrons, le néolibéralisme à la simple thèse de l'interventionnisme juridique, puisque les néolibéraux vont également défendre une assise sociologique et morale nécessaire pour le bon fonctionnement du marché.

1. La débâcle du laissez-faire

Si le thème du refus du laissez-faire est commun à la fois chez les néolibéraux et dans la littérature secondaire sur le néolibéralisme, ce qui est visé par l'expression de laissez-faire n'est pas évident. Pourtant on peut identifier plusieurs occurrences de critiques nominales du laissez-faire chez les néolibéraux, à la fois lors du Colloque Lippmann et au cours des échanges lors de la première réunion de la Société du Mont-Pèlerin¹⁴⁶.

Le principe du laissez-faire est généralement associé avec le libéralisme du XIX^{ème} siècle¹⁴⁷. La formule "laissez-faire", formulée en premier par le marquis d'Argenson en 1751, exprime l'idée d'une spontanéité et d'une auto-organisation d'une sphère de la société. Turgot formulera ainsi le principe du laissez-faire comme le seul principe du gouvernement éclairé. Vincent de Gournay, un des représentants du mouvement physiocrate en France, pourra d'ailleurs exprimer que la meilleure maxime économique pour le souverain est "laissez-faire les hommes, laissez-passer les marchandises". Cela n'implique pas nécessairement une inaction de la part de l'État, notons-le immédiatement, mais une action négative, visant à détruire les obstacles rencontrés par le marché. Il faut détruire tous les obstacles au commerce pour révéler les forces vives de l'économie qui *préexistent* aux contraintes légales et gouvernementales qui pèsent sur elles. Cette conception relève, pour les libéraux, d'une forme de naturalisme optimiste dans lequel les forces du marché s'harmonisent¹⁴⁸. Halevy parle, dans une formule qui demeurera célèbre, d'une "harmonie naturelle des intérêts" (Halevy, 1904) réalisée dans un marché sans entraves.

Plusieurs cibles sont nommées, partageant un même fondement théorique identifié par les néolibéraux. Ces différentes cibles sont l'École de Manchester, représentée chez les néolibéraux par Richard Cobden et William Ewart Gladstone, mais aussi les économistes

¹⁴⁶ Pour le Colloque Lippmann nous reprendrons encore Audier (2008), pour la Société du Mont-Pèlerin on se référera à Innset (2017), qui a eu accès aux retranscriptions de la première rencontre.

¹⁴⁷ Voir Backhouse et Medema (2008) pour une histoire du terme en économie.

¹⁴⁸ Röpke (1942, 72) exprime que "le marché réglé automatiquement par la concurrence" constitue un dogme à la fois rationaliste (une anthropologie atomistique) et naturaliste (le marché comme entité naturelle). L'auteur allemand est bien entendu extrêmement critique de cette perspective.

français du *Journal des économistes*¹⁴⁹. Spencer, le plus cité de tous, est pensé comme le continuateur systématique de ces pensées radicales¹⁵⁰.

1.1 L'École de Manchester

Une des cibles récurrentes qui apparaît lors de la critique du laissez-faire par les néolibéraux est ladite "École de Manchester". L'expression d'École de Manchester pour désigner un libéralisme du laissez-faire est utilisé par Elie Halévy dans son texte *Le radicalisme philosophique* de 1904¹⁵¹. Elie Halevy distingue le radicalisme philosophique issu des penseurs des Lumières écossaises, favorables à des réformes politiques et sociales, à la suite notamment de Bentham, et le manchesterianisme, fondé sur le laissez-faire, opposé à toute règle et toute loi. Il est bien évident que cette vision est historiographiquement discutable et que l'École de Manchester est en partie une reconstruction *a posteriori*, la lecture de Halevy relevant de l'homme de paille. Cependant c'est moins la vérité historique des thèses des participants de cette école qui nous intéresse que la réception possible de leurs thèses par les néolibéraux et surtout la compréhension que ces derniers en ont. En effet, si la "reconstruction du libéralisme" (Lippmann, dans Audier, 2008, 425) implique pour les néolibéraux une refonte de la philosophie libérale, c'est-à-dire d'une théorie générale de l'organisation sociale et politique, du rôle du marché, de l'État et de la place et la fonction de la liberté, différente des doctrines libérales anciennes, il est dès lors important de spécifier quelle philosophie est critiquée par Lippmann, Rougier et les autres néolibéraux présents au Colloque, puis à la Société du Mont-

¹⁴⁹ Le *Journal des économistes* est créé en 1841, et constitue la principale revue libérale en France au XIXème siècle. Au-delà des noms cités plusieurs penseurs importants ont contribué à ce Journal, comme Walras, Pareto, ou encore Proudhon. L'histoire de ce journal est encore peu travaillée, mais elle constitue bien une des "origines du libéralisme en France" selon le titre de l'article de Lutfalla (1972). Je laisserai néanmoins les auteurs du *Journal des économistes* de côté. Pour une étude des positions de Molinari voir, par exemple, Tourneux (2019).

¹⁵⁰ Stiegler (2016, 2019), est la chercheuse qui octroie une place importante à Spencer dans cette histoire du néolibéralisme.

¹⁵¹ Halevy (1904, 28-31). D'après Gramp (1960) l'expression viendrait de Disraeli, grand adversaire de Gladstone, pour critiquer ses adversaires. Il est fort possible que la lecture historique du laissez-faire par les néolibéraux provienne de cette lecture de Halevy, qui est apprécié par Hayek, mais aussi, par exemple, par Röpke (1942, 29).

Pèlerin¹⁵² et donc la lecture qu'ils font des thèses des auteurs de cette école. Sur ce point le discours d'ouverture de Rougier est sans appel :

Être libéral, ce n'est pas, comme le 'manchesterien', laisser les voitures circuler dans tous les sens, suivant leur bon plaisir, d'où résulteraient des encombrements et des accidents incessants (...); c'est imposer un *Code de la route*.

(Rougier, *Ibid.* 415, italiques dans le texte).

Ce passage exprime deux points importants. Si l'expression de "laissez-faire" n'apparaît pas, il s'agit bien ici de ce qui est visé. Rougier associe un courant précis à ce courant du libéralisme selon lui fautif, à savoir le manchesterianisme. L'autre point important, sur lequel nous reviendrons plus largement dans le chapitre III c'est la mention du "Code de la route", repris à Lippmann. Dans sa critique du laissez-faire Rougier reprend d'ailleurs une position qu'il développe lui-même dans les *Mystiques économiques* :

Ce que j'appelle libéralisme constructif n'est pas identifiable à la théorie manchestérienne du laissez-faire, laissez-passer, car un tel libéralisme se détruit lui-même en aboutissant par le seul jeu de la concurrence et de la sélection naturelle à une économie de monopole correspondant à un régime ploutocratique.

(Rougier, 1938, 34).

La critique du laissez-faire est radicale et explicite. Rougier adjoint à cette critique l'idée de "sélection naturelle", qui renvoie, nous semble-t-il, à Spencer, qui est associé par Halevy à l'École de Manchester. La concurrence et la sélection naturelle, laissées sans entraves, ne détruisent pas le pouvoir, comme le devrait le marché – ce pour quoi il est favorisé par les libéraux et considéré comme civilisateur – mais le renforce voire finit par créer des situations

¹⁵² Parmi les participants Baudin s'accorde sur la critique des "manchesteriens" (Baudin, dans Audier, 2008, 428), mais aussi par exemple Detoef (*Ibid.* 431), mais on retrouve aussi des critiques semblables dans l'allocution de Rustöw (*Ibid.* 467sq) sur les causes de la débâcle du libéralisme. Le libéralisme perversi étant celui du laissez-faire, devenu conservateur.

propices à l'émergence de monopoles et une domination politique des propriétaires et des capitalistes.

Rougier n'est pas le seul à associer le principe du laissez-faire à l'École de Manchester. Lippmann, dans son allocution introductive, se réfère à Gladstone, homme politique anglais plusieurs fois Premier Ministre, comme l'un des responsables de la débâcle du libéralisme (Lippmann, dans Audier, 2008, 421). Le journaliste américain se réfère à la période libérale de Gladstone, notamment à partir de 1846, du fait de son soutien aux politiques soutenues par ceux qu'on désigne comme faisant partie de l'École de Manchester, à savoir Robert Peel et Richard Cobden. Le néolibéralisme doit ainsi dépasser les "formules doctrinaires du libéralisme du XIXème siècle" (*Ibid.* 422) caractérisée par une croyance dans le laissez-faire.

L'événement constitutif de l'École de Manchester est l'abolition des *Corn Laws* en 1846. En 1815, sont instaurées en Angleterre les *Corn Laws*, les lois sur l'importation de céréales, dans un contexte de guerre quasi continue avec la France depuis 1793, marquée notamment par le blocus naval de Napoléon. Dans le cadre de cette guerre le prix des céréales augmente largement et l'Angleterre tente de mener une politique de production agricole locale, pour ne plus dépendre des importations. Néanmoins, à la fin de la guerre avec la reprise du commerce international les prix du grain chutent. On passe d'un prix à 127 shillings le quarter lors du point culminant de hausse, à une stabilisation en 1813-1814 autour de 50 shillings le quarter. De ce fait, l'Angleterre paye son effort agricole. Pour pallier la pénurie pendant la guerre, des terres peu productives ont été cultivées, ce qui a pour conséquence un rendement faible de l'agriculture anglaise, avec donc un prix au quarter plus élevé que la concurrence européenne. Cette situation provoque plusieurs problèmes, puisque les fermiers se sont engagés à verser des loyers élevés aux propriétaires terriens, et ceux-ci risquent de voir leur rente disparaître avec la baisse des rendements et l'incapacité des fermiers à payer. Les *Corn Laws* interdisent donc l'importation de grain si le prix de ces grains est trop faible (en dessous de 80 shillings le quarter). Il s'agit donc d'un cas relativement courant de protectionnisme, en vue de favoriser un secteur économique local vis-à-vis d'une concurrence produisant à coûts moins élevés. On sait que Ricardo prend position contre ces lois dans ses *Principes de l'économie politique et de l'impôt* en 1817, en les jugeant handicapantes pour l'économie anglaise, empêchant la redirection de revenu à la fois par les fermiers, du fait de loyers élevés, alors que d'autres activités industrielles seraient plus profitables, et pour les consommateurs, notamment les ouvriers, qui dépensent une part trop importante de leur revenu pour la nourriture, ce qui a effet

d'augmenter le salaire de subsistance pour les capitalistes et donc de créer une situation non-optimale¹⁵³.

C'est en 1838 que l'*Anti Corn-Law Association* est fondée par Richard Cobden, qui devient une figure centrale de ce qu'on appellera par la suite l'École de Manchester, qui prend ensuite le nom de *Anti Corn-Law League*. Cette Ligue est un groupe de pression important politiquement, qui organise des conférences, distribue des tracts, publie des pamphlets, tout en défendant le libre-commerce (*Free Trade*). Robert Peel, en 1846, est convaincu par les arguments des *Anti Corn-Law* et une scission émerge au sein du parti conservateur entre les "peelistes" et les autres, inaugurant l'opposition entre Gladstone, qui se range avec les abolitionnistes, et Disraeli, qui se range du côté des protectionnistes. L'abolition de la loi inaugure une période marquée par la victoire de la mouvance libérale puisque Gladstone lui-même va être Premier ministre à de multiples reprises (par exemple entre 1868 et 1874, puis entre 1880 et 1885) et reste comme une des figures symbolisant le triomphe des idées de libre-échange et du libéralisme en Angleterre sur la deuxième moitié du XIX^e siècle¹⁵⁴.

L'idée défendue selon les néolibéraux par Cobden théoriquement et Gladstone politiquement est celle d'un libre-échange fondé sur le laissez-faire, c'est-à-dire qu'il s'agirait selon eux de lever toutes les restrictions légales, dont les *Corn Laws* sont des exemples paradigmatiques, pour que le bien de tous advienne. Cobden pensait par exemple, dans la continuité des thèses sur le "doux commerce" (voir Hirschman, 1980), que la liberté du commerce international œuvrait pour la paix entre les peuples, en plus de favoriser la bonne santé économique du pays. La thèse du laissez-faire est donc celle d'un marché qui existe, malgré les barrières légales et institutionnelles, et qu'il s'agirait de libérer pour qu'il fasse le bien. Cette thèse est soutenue par ce que Halevy appelle "l'harmonie naturelle des intérêts", à savoir qu'en absence de toute contrainte artificielle les intérêts se complètent, en vertu

¹⁵³ Je passe très vite sur les arguments de Ricardo qui ne sont pas centraux pour notre propos. Le terme "d'optimal" est par ailleurs anachronique avec l'analyse de Ricardo qui ne pense pas en ces termes. On peut néanmoins noter que Ricardo développe la théorie des rendements décroissants des terres du fait de l'augmentation de la population, et que sa critique porte également sur le statut de la classe des propriétaires fonciers, favorisés par la mesure, qui sont fondamentalement pour lui une classe oisive. Ricardo décrit avec brio un système économique plombé par les *Corn Laws*, affectant les industriels, les propriétaires et les travailleurs.

¹⁵⁴ Pour une lecture plus complète des débats sur les *Corn Laws* et l'École de Manchester, on se référera à Grampp (1960).

notamment de la thèse de l'avantage comparatif¹⁵⁵. Ce qui se situe au niveau philosophique derrière le manchesterianisme pour les néolibéraux c'est donc une forme de naturalité de la coordination en vertu du fonctionnement immanent du marché, une allocation spontanée des ressources, une forme de providence de la main invisible. On retrouve une distinction entre la naturalité des relations marchandes qui sont spontanées et l'artificialité des actions des États et de l'administration, qui viennent museler la nature du marché. Dès lors le principe du "laissez-faire", à l'impératif, renvoie spécifiquement à cette confiance dans le processus du marché pour conduire au bien de tous. Le naturalisme du laissez-faire est caractérisé par la reconnaissance de l'existence naturelle du marché, en deçà de toute action étatique. Il s'agit donc d'une forme radicalisée du principe physiocratique d'un gouvernement par la nature¹⁵⁶.

Le principe du laissez-faire représente typiquement pour les néolibéraux cette croyance dans l'auto-régulation du marché par lui-même, aboutissant à des résultats optimaux. Cette croyance se retrouve pointée par les néolibéraux chez d'autres auteurs, notamment chez des Français, les économistes du *Journal des Economistes*, Molinari, Guyot, Dunoyer ou encore Bastiat sont cités (Baudin, reproduit dans Audier, 2008, 428 ; voir aussi Mantoux, *Ibid.*, 430). Ces auteurs, qu'on considère parfois comme les inventeurs d'une forme d'anarcho-libéralisme en défendant la disparition maximale de l'État pour favoriser le fonctionnement du marché, y compris, pour Molinari, en ce qui concerne les tâches régaliennes comme la police.

En somme, ce qu'on associe usuellement au néolibéralisme, à savoir cette vision naturaliste d'une coordination spontanée par le marché, est en réalité une des choses dont le

¹⁵⁵ La théorie de l'avantage comparatif de Ricardo (1817) se distingue de celle de l'avantage absolu qu'on trouve chez Smith. Avec le développement des échanges, de la division du travail et donc la spécialisation, la théorie de l'avantage comparatif montre que chacun a intérêt à se spécialiser dans ce pour quoi il est comparativement le meilleur, même s'il n'est pas absolument le meilleur. Prenons un exemple à deux pays et deux biens pour simplifier. Il est nécessaire que les deux biens soient produits pour les deux pays. L'Angleterre et le Portugal, pour reprendre les exemples de Ricardo, produisent chacun deux biens, du vin et du tissu. Imaginons que les coûts de production du vin au Portugal représentent 66% des coûts de production en Angleterre, et que les coûts de production des draps représentent 90% des coûts anglais. L'Angleterre ne possède pas d'avantage absolu, c'est-à-dire que dans la production d'aucun de ces biens elle n'est supérieure au Portugal en termes de coûts. Ce que la théorie des avantages comparatifs montre c'est qu'il y a un gain en termes d'allocation des investissements à ce que le Portugal se spécialise en production de vin, puisqu'il en produit plus pour des coûts bien plus faible, et laisse la production de tissu à l'Angleterre, qui produit certes plus cher mais uniquement de 10% contre 40% pour le vin. Ce modèle explique initialement les bienfaits du commerce international mais avec Halévy on peut le généraliser aux échanges entre individus également pour expliquer les bienfaits de la division du travail.

¹⁵⁶ Le terme étant forgé à partir de *Physis* (nature) et *kratos* (pouvoir, gouvernement) par Du Pont de Nemours. J'utilise l'expression de "version radicalisée", car les thèses physiocrates ne sont pas essentiellement économiques mais renvoient à une théorie générale en droit, à savoir le droit naturel. De plus, Gournay ne défend pas une rationalité économique délestée de tout rationalité gouvernementale, mais cette inflexion apparaîtra davantage chez Turgot. Pour une lecture plus précise de la pensée physiocrate, et de ses relations avec la politique, la morale et le droit on peut notamment se référer à Larrère (1992), qui discute cette thèse de l'autonomisation de l'économie avec la physiocratie.

refus est consensuel¹⁵⁷. Spencer parachève philosophiquement les thèses de l'École de Manchester et systématise le naturalisme en une philosophie politique complète, ce pour quoi il est celui auquel les néolibéraux se réfèrent le plus.

1.2 L'ombre spencerienne

Spencer est l'autre auteur unanimement visé par les néolibéraux et classé dans l'École de Manchester, par Halevy également¹⁵⁸. Plusieurs travaux ont relevé son importance pour le néolibéralisme. Dardot et Laval (2009) font de Spencer l'une des matrices théoriques du néolibéralisme, du fait du rôle moteur qu'il accorde à la concurrence ainsi qu'aux inégalités sociales pour le progrès (*Ibid.*, 130-141). À leur suite, Stiegler (2019) mobilise la figure de Spencer comme clef de lecture du néolibéralisme¹⁵⁹. La thèse de ce chapitre est que les néolibéraux, au moins dans cette période de formation, se démarquent très clairement de la théorie spencérienne.

Sans mener une lecture sur le long terme quant à savoir quelles ont été les réceptions exactes du philosophe anglais, on peut attester la réception négative de Spencer chez les néolibéraux. Spencer est associé à une perversion historique du libéralisme. Dans la *Cité libre* on lit ainsi :

Et pourtant la doctrine d'Adam Smith et des grands libéraux du XVIIIème siècle a servi à défendre beaucoup d'injustices et d'oppressions. Dans la vieillesse d'Herbert Spencer, le libéralisme *était devenu une négation monstrueuse*, dressée comme une barrière contre tous les instincts généreux de l'humanité.

(Lippmann, 1937, 53, je souligne).

¹⁵⁷ Si on excepte Mises, qui, y compris à la Société du Mont-Pèlerin, défend le principe du laissez-faire et créé ainsi des tensions lors des réunions (Innset, 2017, 167). Mises dans *l'Action Humaine* (Mises, 1948), continue de se réclamer du principe du laissez-faire explicitement. Même chez Mises, néanmoins, la reprise de l'expression de laissez-faire ne fera plus référence à une perspective "naturelle".

¹⁵⁸ Dont Grampp (1960) explique qu'il est celui chez qui le laissez-faire s'est véritablement développé, alors que Gladstone acceptait les arrangements institutionnels et que Cobden n'a pas développé une théorie systématique.

¹⁵⁹ Stiegler (2016) souligne bien que Spencer constitue un "cible" pour les néolibéraux, et particulièrement pour Lippmann. On trouve développée la thèse intéressante d'une remobilisation de concepts spenceriens au sein d'une théorie prétendant dépasser Spencer dans ce travail. Je reviendrai sur ces enjeux au chapitre IV.

Il ne s'agit pas de renier l'histoire du libéralisme dans son intégralité, mais d'identifier un moment de perversion du libéralisme. Si Lippmann se revendique lui-même de Smith, comme l'atteste le titre complet de la *Cité libre*, "An Inquiry into the Principles of the Good Society", qui rappelle immédiatement le titre anglais de la *Richesse des nations*, et reconnaît à de maintes reprises le génie de la découverte smithienne de la division du travail, il ne récupère par tout l'héritage libéral, notamment celui de Spencer, nommément attaqué à plusieurs reprises¹⁶⁰. Cette critique préfigure très largement l'adresse de Hayek lors de la première session de la Société du Mont-Pèlerin, pour qui l'un des objectifs du libéralisme est d'affronter les "véritables problèmes, qu'un libéralisme simpliste a esquivé, ou qui ne sont devenus manifestes que depuis que ce libéralisme s'est transformé en principes stationnaires et rigides" (Hayek, reproduit dans Innset, 2017, 168)¹⁶¹. Spencer est le nom associé à cette théorie décrépie à dépasser.

L'ouvrage du philosophe anglais, qui a eu une réception très forte aux États-Unis et en Europe, est son *Social Statics*, publié en 1850. Ce livre est cité par le juge Oliver Wendell Holmes, siégeant à la Cour Suprême, lors de la rédaction de son rapport minoritaire durant le procès qui inaugure ce qu'on appelle "l'ère Lochner"¹⁶². L'arrêt *Lochner v New York* de 1905 interdit la limitation des heures de travail par la ville de New York, au nom de la libre négociation entre individus dans le contrat de travail¹⁶³. Selon Sunstein (1987), cet arrêt de la

¹⁶⁰Mais plus largement, comme le note Arnaud Milanèse (2020a, 45), Spencer est une clef de compréhension de tout le contexte de la fin du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} siècle : "Si Spencer n'est jamais abordé dans les deux premiers ouvrages de Lippmann, alors qu'en 1937, par exemple, il ne tarira pas de critiques à son encontre, on ne peut minorer l'importance de la réception de Spencer dans le développement d'une idéologie laissez-fairiste aux États-Unis, depuis la fin des années 1880 (et il faut en tenir compte pour lire Lippmann) : le libre jeu de la compétition sociale produit une meilleure adaptation (mécaniquement) que l'administration de l'État ; voire, c'est au fond l'administration de l'État qui est, à l'origine, responsable de la croissance exorbitante des corporations – se renforçant pour lutter contre les entraves de l'État, ou bénéficiant de privilèges légaux." Nous ajoutons ici que cette importance ne vaut pas que pour Lippmann mais plus largement pour l'ensemble des néolibéraux, qui ont tous au moins une vague idée des théories de Spencer comme contre-modèle.

¹⁶¹ L'original dit : "facing up to certain real problems which an over-simplified liberalism has shirked or which have become apparent only since it had become a somewhat stationary and rigid creed" (Ma traduction).

¹⁶² Cité par Milanèse (2020a, 44): "This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law (...) The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's *Social Statics*. (...) Some of these laws embody convictions or prejudices which judges are likely to share. Some may not. But a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez-faire. (198 U.S. 45)."

¹⁶³ Horwitz (1992) propose notamment une histoire des conflits au sein de la jurisprudence américaine du début du XX^{ème} siècle, caractérisée par l'opposition entre une théorie libérale classique inspirée de Spencer et les théories progressistes. L'ère Lochner est caractéristique de la domination d'une interprétation libérale selon Horwitz.

cour de justice applique ici la théorie spencerienne et manchesterienne du laissez-faire, considérant le marché comme une institution naturelle et ne devant pas être entravée. On considère généralement que cette ère de législation en vertu du principe du laissez-faire s'arrête dans les années 1930 avec la Dépression, et particulièrement avec le second mandat de l'administration Roosevelt.

Dans *Social Statics*, Spencer défend que le processus de compétition entre individus a pour conséquence une adaptation. Comme le montre Tort (1996), l'évolutionnisme de Spencer fonde sa conception politique, qui se trouve déterminée par la norme de l'adaptation comme un objectif à réaliser. Le marché est naturalisé, existant par soi à partir des individus et de leurs droits de propriété. Les individus s'adaptent par un processus de concurrence qui sélectionne les "plus aptes", selon la formule consacrée. *Social Statics* commence avec une critique de Bentham, et notamment l'idée que l'État pourrait intervenir pour promouvoir le principe utilitariste du "plus grand bonheur pour le plus grand nombre" (Spencer, 1850, 8). L'erreur de Bentham ne consiste pas dans le principe utilitariste mais dans la croyance selon laquelle on pourrait autoriser, à partir de ce principe, une multitude d'actions étatiques. Le deuxième chapitre "Unguided Expediency", défend que les interventions de l'État, loin de produire les effets escomptés, provoquent au contraire des effets pervers en réalisant exactement l'inverse de ce qui était prévu par les "bonnes intentions" :

Les raisons et motifs qui ont motivé notre gouvernement à établir une force armée sur les côtes africaines étaient eux-mêmes admirables et convaincants. Il s'agissait d'abolir le commerce d'esclaves. Qu'est-ce qui pourrait bien être plus essentiel au 'plus grand bonheur', que l'annihilation de ce commerce abominable ? Comment quarante vaisseaux, financés à hauteur de 700.000 livres par an, pourraient échouer à accomplir cette fin ? Pourtant, les résultats se sont montrés très peu satisfaisants.

(*Ibid.*, 12)¹⁶⁴.

La conséquence de l'action gouvernementale pour mettre fin à l'esclavage a été, pour Spencer, une aggravation des horreurs guerrières, sans pour autant diminuer le commerce d'esclaves.

¹⁶⁴ L'original dit : "Those too were admirable motives, and cogent reasons, which led our Government to establish an armed force on the coast of Africa for the suppression of the slave trade. What could be more essential to the 'greatest happiness' than the annihilation of the abominable traffic? And how could forty ships of war, supported by an expenditure of £700.000 a year could fail to accomplish this? The results have, however, been anything but satisfactory" (Ma traduction).

Cette rhétorique conduit Spencer à critiquer massivement toutes les interventions gouvernementales, même (et peut-être surtout) lorsqu'elles sont nourries de bonnes intentions et visant le bien commun. C'est le cas, par exemple, du salaire minimum, qui produit le même type d'effet en créant du chômage du fait d'une mauvaise utilisation des ressources. Loin de résoudre les problèmes l'intervention gouvernementale, par la coercition du droit, les aggrave et en produit de nouveaux. Cela est dû à une mauvaise compréhension de la nature humaine pour Spencer, chez qui le mal provient avant tout "de l'inadaptation des constitutions humaines aux conditions" (*Ibid.*, 30). Or, l'inadaptation est présente lorsque l'État, au lieu de perpétuer le règne de la nature dont il fait partie, puisque l'état social est une continuité de l'état naturel, s'oppose au cours naturel des choses *via* des législations et des interventions qui viennent empêcher l'adaptation en permettant aux individus de demeurer attachés à des conditions révolues. L'intervention de l'État encourage la désadaptation en ce qu'elle permet des comportements qui ne sont plus adéquats relativement aux conditions évolutives des sociétés. On ne doit jamais chercher à produire le plus grand bonheur directement, en fonction d'une compréhension qu'on croit avoir des principes de la nature, mais seulement indirectement (*Ibid.*, 32), par le principe de la concurrence entre individus mais aussi par une législation essentiellement négative, instaurant des principes de justice protégeant la sphère d'action des libertés individuelles¹⁶⁵. Ce que Spencer critique consiste dans l'application d'un critère normatif extrinsèque à l'évolution elle-même : on ne peut pas intervenir dans l'ordre naturel des choses, dont la concurrence est une réalisation. L'imposition d'un critère extérieur n'est pas possible puisque la seule fin valable est la fin visée par le processus évolutif, celui-ci ne devant pas être entravé¹⁶⁶.

Si l'État cesse d'intervenir, les individus se trouveront donc entièrement adaptés à leur mode de vie par la concurrence guidée par la "primary law", la loi fondamentale qui est celle de l'égalité de chaque individu, ayant notamment pour corollaire la liberté de contracter

¹⁶⁵ Spencer (1850, 31-32) ajoute aussi des conditions positives, relatives au fonctionnement des sentiments moraux, notamment la sympathie avec le bonheur des autres, qui est selon lui un fait indéniable, et qui doit compter dans notre appréciation du bonheur du plus grand nombre, qui ne se limite pas pour chaque individu à son bonheur particulier. Spencer (1850, 48) se réfère ainsi à la *Théorie des sentiments moraux* de Smith, comme ayant développé des concepts, notamment celui de sympathie, qu'il intègre à sa théorie. Pour une explication de ce que permet l'opérateur de sympathie chez Smith on peut se référer à une très large littérature secondaire sur le sujet. On peut notamment lire Claude Gautier (2008). Pour ma propre lecture de Smith, Colin-Jaeger (2016).

¹⁶⁶ Nous ne discuterons pas ici des biais finalistes qui peuplent la théorie spencérienne, mais nous contentons de restituer sa pensée telle qu'elle a pu être reçue par les néolibéraux. Néanmoins les débats postérieurs à Spencer sur son mauvais usage de Darwin, du fait d'une pensée davantage finaliste qu'aléatoire, sont nombreux. On peut mentionner l'ouvrage de Dewey, *L'influence de Darwin sur la philosophie*, paru en 1910. On trouvera chez Patrick Tort également (Tort, 1987, 1996) plusieurs éléments relatifs à la postérité de Spencer et de son "évolutionnisme libéral".

sans intervention étatique (*Ibid.*, 44), secondée par le droit de propriété des individus, qu'il faut garantir. L'adaptation chez Spencer n'est donc pas produite, comme chez Darwin, dont *l'Origine des espèces* paraît en 1859, donc après les *Social Statics*, par mutation aléatoire et pression environnementale, mais par une adaptation active davantage larmarckienne que darwinienne (Stiegler, 2016, 33).

Les principes de l'adaptation spencériens sont constitués par la concurrence, associée à une dimension morale, que Spencer tire du sentimentalisme écossais, censée adoucir les conditions de la concurrence, tout cela étant garanti par des principes de justice fondés sur la reconnaissance de l'égalité de tous les individus. L'État doit se voir interdire d'intervenir positivement dans le processus économique et social, puisque l'évolution est conduite par les forces spontanées vers une adaptation plus grande des individus à leur environnement. Les "devoirs de l'État", que Spencer développe longuement (Spencer, 1850, 115), sont réduits au minimum : administrer la loi de l'égalité de tous, garantir les droits de propriétés, et protéger les individus contre les agressions extérieures. L'État doit laisser la place à l'adaptation des individus, ce qui implique des limites très nettes de ses services, notamment des limitations fortes à la taxation, qui réduisent pour Spencer la liberté des individus (*Ibid.*, 121). En cela Blot (2007) a raison de décrire Spencer comme un minarchiste, c'est-à-dire un partisan de l'État minimal, thèse développée par la suite chez Robert Nozick dans *Anarchie, État et Utopie*, qui se réfère d'ailleurs positivement à Spencer. La thèse est clairement exprimée : lorsque l'État dépasse les fonctions minimales qui lui sont propres il se détruit lui-même ("l'État ne peut pas excéder ce devoir sans se détruire lui-même", Spencer, 1850, 125), puisqu'il devient un instrument non plus de liberté, mais de coercition, détruisant ce pourquoi même il a été créé par les individus. Lorsque l'État cesse de protéger il devient un "agresseur" et "retarde l'adaptation au lieu de la rendre possible" (*Ibid.*).

Par conséquent les lois aidant les pauvres en fixant un revenu minimum (*Poor-laws*) sont critiquées ouvertement. Deux arguments sont développés. Le premier est l'argument de l'irresponsabilité du gouvernement. Le gouvernement ne doit pas outrepasser ses devoirs de protection des droits, sans quoi il devient un agresseur potentiel. Dans le cas de la redistribution, l'État, en s'attaquant à la propriété des individus sur leurs biens via des taxes visant la redistribution, outrepassé son rôle. De la même manière, les pauvres ne peuvent pas s'adresser à la puissance publique pour trouver un travail, parce que le travail n'est pas un droit, mais dépend d'eux-mêmes en qualité de membre de la société (*Ibid.*, 142). Cet argument est relatif à l'activité étatique et au fait qu'aucun critère ne pourrait justifier les *Poor-Laws*, sans

que l'État en vienne à nier l'objectif même de sa fonction, à savoir protéger les droits des individus, notamment leurs propriétés issues de leur liberté. Le deuxième argument est relatif à l'adaptation. Les *Poor-Laws* freinent l'adaptation en détruisant la sympathie. Dans un système d'aide aux pauvres, chaque individu est conduit à ne plus sympathiser avec les pauvres parce qu'il considère que ceux-ci peuvent trouver des revenus publics. Les lois sur les pauvres détruisent ainsi la sympathie, cette capacité de *fellow-feeling* qui "nous distingue de la bête", qui nous instruit sur la justice (*Ibid.*, 146). En voulant faire le bien on empêche les individus de développer leurs qualités morales, notamment la bienveillance envers autrui, on entrave l'adaptation à l'environnement par de vaines mesures, qui sont autant d'obstacles envers l'amélioration de notre nature.

La pensée de Spencer est ici teintée de téléologie, c'est-à-dire que le processus concurrentiel et le laissez-faire sont orientés vers une fin. Cette fin c'est l'adaptation totale de l'individu à son environnement, accomplissant toutes les qualités parfaites de la race humaine (*Ibid.*, 147). C'est parce que cette fin peut être visée dans le processus évolutionnaire que toute restriction momentanée du processus est critiquée, même si elle est menée avec une bonne intention. En restreignant le cours naturel des choses on ralentit le rythme d'adaptation, et on repousse notre arrivée finale à la félicité d'une situation où chacun est parfaitement adapté à son environnement. Dans le processus évolutionnaire il y a bien des souffrances, mais elles doivent être comparées au bien général qui est produit :

Il semble rude que les veuves et les orphelins dussent être laissés à leur lutte pour rester en vie. Néanmoins, lorsqu'on observe cela en relation avec les intérêts de l'humanité dans sa totalité, et non plus de manière isolée, ces dures situations sont perçues comme bienfaitantes, de la même bienfaisance qui mène prématurément les enfants nés de parents atteints d'une maladie pathologique à la tombe, et cible les intempérants et les faibles comme les victimes d'une épidémie.

(*Ibid.*)¹⁶⁷.

¹⁶⁷ La version originale dit : "It seems hard that widows and orphans should be left to struggle with life or death. Nevertheless, when regarded not separately but in connexion with the interests of universal humanity, *these harsh fatalities are seen to be full of beneficence* – the same beneficence which brings to early graves the children of diseased parents, and singles out the intemperate and the debilitated as the victims of an epidemic." (Ma traduction).

L'argument de la sélection joue au maximum. Le mouvement vers l'adaptation est certainement violent dans l'état de transition. Néanmoins, par ce mouvement la société se purge de ses membres les moins adaptés, les membres malades, les poids morts de la société qui la freine dans son évolution. La théorie de Spencer est aujourd'hui ce qu'on appellerait une *conception mélioriste* de l'évolution, à savoir que le processus de concurrence sélectionne les meilleurs éléments et donc que, laissé à elle-même, la sélection naturelle produit des individus caractérisés par davantage de *fitness* (d'adaptabilité). L'État ne doit donc rien faire d'autre que de protéger les droits, et ne pas se laisser influencer par la sympathie à la souffrance présente, car il n'y a aucune réelle bonté dans une mère qui gave ses enfants de repas sucrés qui le rendront malade (*Ibid.*). La finalité de la société spencérienne c'est donc, comme le rappelle Barbara Stiegler (2016, 34), une intégration de tous les individus dans une société industrielle et pacifiée par une coopération mondialisée et la production d'un individu dont la nature a été sélectionnée pour correspondre à cet état de fait.

Lorsque le nom de Spencer est mentionné par les néolibéraux, ce sont donc ces thèses spencériennes, largement connues à l'époque, qui sont mobilisées en arrière-plan¹⁶⁸. On retrouve chez Spencer la présence d'un laissez-faire caractérisé par la nécessité pour l'État de se retirer, d'obéir à une norme qui n'est plus politique mais naturelle, obéissant à sa propre logique et ses propres fins. Le naturalisme du laissez-faire est bien caractérisé, chez Spencer comme chez les manchesteriens, par l'élimination de la préexistence d'un point de vue normatif politique ou social, au profit d'une norme immanente à un processus vu comme naturel. Le marché dans ce cadre, caractérisé par la concurrence entre individus, sélectionnant chez Spencer les plus aptes (ceux qui ont le plus de *fitness*), est l'archétype, pour la société, d'un processus naturel qui ne doit obéir qu'à ses propres normes¹⁶⁹. Pour reprendre une analyse de

¹⁶⁸ Parfois déformée par Sumner *The Challenge of Facts and other Essays* en 1914, qui durcit encore la position spencérienne en retirant toute référence à la sympathie qui modalisait encore le discours spencérien. Horwitz (1992) fait par ailleurs voir qu'on ne peut lire la conception standard du droit comme étant uniquement influencée par ces théories, puisque de multiples débats préexistaient aux positions de Sumner et de Spencer, avec lesquelles ces positions convergent.

¹⁶⁹ Bien entendu, chez Spencer, l'émergence de la téléologie introduit une tension, puisqu'on doit, pour justifier les bienfaits du processus concurrentiel, partir d'une norme future qu'il s'agit de réaliser, à savoir l'adaptation. Or, la justification de l'adaptation ne se trouve pas dans le processus évolutionnaire. De ce fait, Spencer est contraint d'introduire, alors même que cela était considéré comme dangereux dans son deuxième chapitre, un point de vue surplombant, le point de vue fictif de celui qui juge en étant à la fin de l'histoire, pour justifier le processus évolutionnaire. On peut donc identifier une tension entre normatif et descriptif chez Spencer, ou l'environnement est à la fois fixé et considéré comme un but à atteindre.

Christian Laval, que ce dernier développe en parlant de la théorie smithienne de l'intérêt et de la sympathie et de "l'ordre spontané des intérêts" qui nous intéresse ici, on retrouve chez Spencer et plus largement dans la philosophie du laissez-faire l'élimination "de toute préexistence d'un point de vue normatif, (de) tout surplomb d'une transcendance qui imposerait sa loi et dicterait ses commandements aux individus" (Laval, 2007, 219)¹⁷⁰. Le naturalisme du libéralisme du laissez-faire est donc caractérisé, d'une part, par l'idée que l'économie serait avant tout régit par un processus évolutionnaire naturel, opposé à tout artificialisme relevant de la législation et de l'administration ; d'autre part, par une dichotomie nette entre ce qui relève du politique et ce qui relève de l'économie, comme participant de deux domaines distincts et hermétiques. L'ordre social est expliqué par un processus naturel, mais ce processus devient également un télos à réaliser, justifiant le libéralisme. Ce sont précisément ces deux points qui sont remis en question par les néolibéraux.

2. La critique néolibérale : le laissez-faire comme une théorie du *statu quo*

Les néolibéraux construisent leur nouveau programme libéral par une mise à distance des perspectives laissez-fairistes. Deux critiques sont adressées au laissez-faire. Une critique historique, relative à la perversion du libéralisme opérée par le laissez-faire, et une critique théorique, montrant que le laissez-faire lui-même n'a jamais existé et ne peut exister. La critique historique montre que le libéralisme s'est transformé en idéologie réactionnaire et dogmatique, alors qu'elle était à l'origine révolutionnaire et progressiste. Cette critique retourne totalement l'argument du laissez-faire en montrant que ce critère visant l'adaptation s'est trouvé lui-même désadapté historiquement. Cela peut apparaître en tension avec l'idée que le laissez-faire n'a jamais existé, mais c'est car le laissez-faire est discuté à partir de deux perspectives différentes

¹⁷⁰ Notons ici que, comme le reconnaît par ailleurs Christian Laval, Smith ne peut se laisser enfermer dans la description que nous avons fait de Spencer. En effet chez Smith l'État joue un rôle important. Il est par exemple chargé de prendre à son compte toute une série de travaux publics, l'éducation des enfants, et même de corriger des mécanismes du marché. Néanmoins, il y a bien, à partir des travaux de Smith, la "naissance d'un dogmatisme" (Laval, 2007, 232), qui radicalise la position de Smith en un naturalisme, dans lequel l'État est réduit à un rôle minimal et où le marché est l'entité première.

: (i) une perspective historique, qui critique les mouvements ce réclamant de ce principe et (ii) une perspective théorique, qui critique la possibilité conceptuelle du laissez-faire.

En historicisant le laissez-faire, les néolibéraux montrent que ce principe, loin d'être un instrument de progrès vers une adaptation, a consisté et consiste dans une défense du *statu quo*, des propriétaires et des puissants. Le laissez-faire est donc critiqué comme une position normative qui ne s'assume pas comme telle. Cette critique s'articule bien entendu avec la critique théorique relative à l'idée même du laissez-faire. Celui-ci n'a jamais existé, car il est impossible de séparer strictement le domaine économique du politique, le naturel du social. Les deux caractéristiques centrales du laissez-faire sont donc remises en question, à la fois la dichotomie mais aussi l'association de l'économique avec le naturel. Le dogme du laissez-faire n'a pas seulement constitué une *erreur théorique* mais également une *cause historique* de l'essor du collectivisme.

Si le laissez-faire est une position normative et interventionniste, il n'existe pas de laissez-faire et le marché naturalisé est une pure fiction produite à des fins idéologiques. Aux États-Unis il faut bien une institution (la Cour Suprême) et une norme (la Constitution), pour que le laissez-faire existe. Lippmann et Hayek affrontent cette question frontalement. D'une part, *La cité libre* de Lippmann en 1937, d'autre part Hayek et sa *Route de la servitude* en 1944, peuvent être lu comme une condamnation du laissez-faire. Cette question traverse également les débats à la Société du Mont-Pèlerin, ce que nous pouvons voir dans le texte de Hayek "'Free' enterprise and Competitive order"¹⁷¹.

2.1 L'erreur du laissez-faire : la naturalisation de la domination

La *Cité libre* de Lippmann est un exemple particulièrement fort de l'opposition au laissez-faire

¹⁷². On lit dans cet ouvrage :

¹⁷¹ Comme indiqué en Introduction je me limite dans cette première partie très largement à Hayek et Lippmann, mais la condamnation du laissez-faire est également extrêmement présente chez les ordolibéraux comme Eucken et Röpke. Voir entre autres, pour une opposition entre le marché sans entraves de Mises et la conception du marché chez les ordolibéraux Vanberg (2004b). On pourra aussi voir Fèvre (2015, 2017, 184 sq) pour une démonstration sur l'hostilité des ordolibéraux au laissez-faire et au thème de l'harmonie naturelle des intérêts.

¹⁷² Lippmann développe cette critique explicitement dans *The Method of Freedom* également. Bien évidemment il existe plusieurs autres textes qui critiquent le laissez-faire auparavant, dont le très cité *The End of Laissez-Faire*

Cent ans après la publication de la *Richesse des nations* d'Adam Smith, la philosophie libérale était en pleine décadence. Elle avait cessé de guider les progressistes qui cherchaient à améliorer l'ordre social. Elle était devenue une collection de formules geignardes invoquées par les propriétaires pour résister aux attaques lancées contre leurs intérêts établis.

(Lippmann, 1937, 237).

La lecture que propose Lippmann est avant tout historique. On peut distinguer deux phases du libéralisme. Une phase positive, avec Adam Smith, et une phase de décadence avec Spencer. La doctrine du laissez-faire, si elle a été un remède révolutionnaire à un moment de son histoire, est devenue un mal lorsque la lutte contre l'ordre autoritaire a été menée : d'une limite au pouvoir elle est devenue une norme. Le mal était donc dans le remède¹⁷³. Le laissez-faire a pu être une idée politiquement révolutionnaire à ses débuts, lorsqu'il fallait constituer la société civile face aux intérêts établis, notamment les intérêts monarchiques (*Ibid.*, 239). La formule du laissez-faire a été utile à une époque, où il fallait effectivement éliminer les obstacles qui se dressaient devant l'évolution de la société. Néanmoins, pour Lippmann ce concept est situé, c'est-à-dire que s'il a été utile à une époque pour Smith et ses héritiers c'était uniquement d'une façon négative, pour lutter contre le pouvoir d'un monarque. L'erreur des "derniers libéraux", Spencer en tête, est de continuer à utiliser le laissez-faire non plus comme une limite au pouvoir, ou pour détruire des obstacles, de façon négative, mais comme un outil positif, visant à organiser la société, en instaurant la croyance en l'autosuffisance du marché comme une réalité souterraine et naturelle. Or, cet usage du laissez-faire est fautif puisque ce qui était désormais nécessaire n'est plus la destruction des institutions et des coutumes interdisant l'avènement de la société industrielle mais la limitation de la dictature du marché. La formule

de Keynes en 1925, que Lippmann a certainement lu, lui qui était très proche de l'économiste anglais. Un autre texte important est le texte de Simons de 1934, *A positive program for laissez-faire*. Malgré le titre en effet le texte de Simons propose bien un "programme positif" du laissez-faire, ce qui serait une contradiction dans les termes pour un spencérien. On trouve chez Simons, dans ce pamphlet, un développement relatif aux conditions de fonctionnement du marché, via une politique monétaire, l'édiction de règles générales par l'État par opposition aux décrets discrétionnaires, voire de la socialisation de certaines entreprises. Voir, par exemple, Simons (1934, 2): "there is now an imperative need for a sound, positive program of economic legislation. [...] In earlier periods, [our economic organization] could be expected to become increasingly strong if only protected from undue political interference. Now, however, it has reached a condition where it can be saved only through adoption of the wisest measures by the state."

¹⁷³ On trouve une idée similaire à celle-ci chez Dewey, qui historicise également le libéralisme dans *son Liberalism and Social action* (1935), en distinguant plusieurs phases, avec une phase révolutionnaire et une phase conservatrice. Il est fort possible que Lippmann lui reprenne cette idée, hypothèse soutenue également par Ribet dans son introduction à l'édition française de la *Cité libre* (Ribet, 2005).

de laissez-faire est donc devenue anachronique, ou pour reprendre Lippmann : "Les derniers libéraux en firent un dogme politique et s'imaginèrent que ces lois anciennes ne seraient ou ne devaient être remplacées par aucune loi Nouvelle" (*Ibid.*, 241).

Si le marché émerge plus ou moins spontanément des interactions individuelles et qu'il doit être conservé et perfectionné, il n'en est pas de même du principe du laissez-faire. Celui-ci est fondé sur une confusion générale qui consiste à croire qu'une fois détruites les anciennes lois qu'il s'agissait de combattre. La société entière pourrait être dirigée par le principe du marché, sans se rendre compte que l'État était toujours actif d'un point de vue juridique : pour garantir la propriété il est nécessaire qu'il y ait des droits de propriétés soutenus par l'État ; pour défendre la propriété des possesseurs face aux démunis il faut une police, qui considère que les possédants possèdent un droit etc. Il n'y a donc pas d'un côté "la loi" et de l'autre "l'anarchie", mais au contraire l'État intervient en permanence pour maintenir l'ordre social. L'histoire juridique des États-Unis montre bien cela avec les décisions de la Cour Suprême. L'argument ne consiste pas à dire que le laissez-faire n'est pas effectif et efficace socialement et économiquement, mais qu'il n'a jamais existé et qu'il a été un principe idéologique anachronique. Il est fondé sur l'ignorance de l'intervention permanente du politique pour maintenir un état de fait, que ce soit en protégeant les possédants ou les dépossédés. Il n'y a donc pour Lippmann pas de limite nette entre ce qui relève de l'intervention de l'État et ce qui relève du laissez-faire. Lippmann refuse la distinction entre un marché qui fonctionnerait selon une loi de nature et un État qui ne fonctionnerait que comme un perturbateur à cette institution naturelle : nature et société sont entremêlés et le marché ne peut être naturalisé. Pour illustrer ces arguments, Lippmann prend l'exemple de Spencer :

Si, par exemple, un homme contamine l'air que respire son voisin, il "porte atteinte aux droits de son voisin", et l'on peut demander à l'autorité de le traiter comme un contrevenant. Mais si l'État "s'interpose entre les charlatans et ceux qui leur accordent leur pratique, c'est une violation directe de la loi morale". Il prétendait donc que si j'importune mon voisin en enfumant sa maison, je dois être puni, mais que si je cause sa mort en lui faisant croire que je suis médecin, je n'ai rien à me reprocher, et la femme de ma victime n'a pas le droit de m'assassiner. Spencer croyait distinguer entre deux domaines, celui dans lequel l'État intervient, et celui où l'État n'intervient pas. *Mais en fait, l'État intervient dans les deux cas.* La seule différence est que dans le cas du mauvais voisin Spencer aurait voulu que la loi protégeât la victime, et dans le cas du charlatan qu'elle protégeât l'assassin.

(*Ibid.*, 242, je souligne).

L'erreur principale du laissez-faire c'est qu'il n'a jamais existé. Lorsque certains pensaient voir du laissez-faire et un désengagement de l'État c'est uniquement qu'il se situait du "bon" côté de l'action étatique, le côté où l'État n'intervient pas pour les punir. Mais l'État intervient toujours, ne serait-ce que pour protéger activement en punissant ceux qui ne respectent pas l'ordre. De ce fait le laissez-faire a entraîné une fantastique mystification idéologique où le principe est venu défendre le *statu quo*. La critique lippmannienne montre que la distinction fondamentale du laissez-faire entre l'intervention de l'État et sa non-intervention est fallacieuse. Il faut bien montrer que tout état de "laissez-faire" n'est pas un état anarchique sans État, mais un état protégé et maintenu par l'État. La validité de la "loi fondamentale" de Spencer, fondée sur l'égalité des individus et donc la liberté d'établir des contrats, supposée être supérieure à toute intervention de l'État, tant que chacun respecte les droits d'autrui, est ici remise radicalement en question. Même les plus fervents partisans du laissez-faire appellent la police en se référant à leurs droits quand ceux-ci sont menacés. Le concept de propriété est vidé de tout sens sans une organisation juridique et étatique pour la soutenir (*Ibid.*, 299). Le propre de l'erreur du laissez-faire c'est de naturaliser et d'absolutiser une condition qu'on ne trouve que dans la société pour s'en servir axiologiquement comme une justification : naturaliser c'est justifier. Deux arguments importants sont avancés ici par Lippmann. D'une part, la loi morale fondamentale n'est effective que si elle est soutenue par le pouvoir politique, et il n'y a donc aucun droit naturel, ce qui est une critique classique des théories jusnaturalistes ; d'autre part, et de façon plus importante, Lippmann avance que même dans les cas où l'État "laisse faire", son intervention est en réalité un soutien politique et donc une action, car la distribution initiale des droits de propriété est relative à un arrangement institutionnel spécifique. C'est parce que les droits ont été définis d'une certaine façon politiquement que l'État peut ou ne peut pas intervenir, mais la structure même de ces droits ne doit rien à la nature. Lippmann met en exergue cette mystification, et énonce la thèse d'une inséparabilité de la forme des échanges avec "l'ensemble juridique" qui caractérise la société (*Ibid.*, 243). Il n'y a pas d'en dehors du droit, qu'on pourrait idéaliser comme participant d'une nature préalable. Si l'on retire un droit positif à quelqu'un selon le principe du laissez-faire on octroie en fait par contraste un droit à quelqu'un d'autre, et on soutient cet état de fait au moyen de la coercition politique. Lippmann défend par ailleurs que l'activité de l'État, et plus encore l'intervention permanente de l'État d'un point de vue juridique, est totalement compatible avec le libéralisme, car la sphère de l'échange

au sein du marché et la sphère politico-juridique ne peuvent être considérées comme étanches (*Ibid.*, 245). Il n'y a pas d'un côté le royaume économique de l'échange, et de l'autre le royaume de la juridiction étatique, car il n'y a pas d'état vide dans lequel il n'y a pas de distributions de droits, la neutralité n'existe pas.

Le journaliste américain attaque le présupposé même des philosophies du laissez-faire, fondée sur une dichotomie entre le politique et l'économico-juridique. L'économie n'est pas un domaine isolé émancipé qu'il s'agirait de reconnaître, mais un domaine perpétuellement entrelacé avec des conditions sociales, politiques et juridiques particulières. En refusant cette dichotomie fondatrice de toute philosophie du laissez-faire, Lippmann refuse aussi son naturalisme spécifique et sous-jacent. Il faut considérer que si l'État intervient en permanence, ce n'est pas nécessairement pour guider et contraindre. C'est un mode spécifique d'intervention et d'action que Lippmann met sur le devant de la scène théorique. Si cela est une des caractéristiques du néolibéralisme, alors il faut bien toujours mener aussi notre analyse aussi bien au niveau économique que juridique et politique. Le libéralisme de Lippmann tranche radicalement avec la critique polanyienne d'une économie désencastrée qu'il faudrait resocialiser : la critique du libéralisme opérée par Lippmann est construite contre la vision hors-sol du libéralisme à la Spencer, et se propose de toujours considérer la solidarité du juridique et de l'économique. Le projet néolibéral vise précisément à surmonter cette erreur du libéralisme du laissez-faire. Comme l'indique Lippmann :

Les partisans utopistes du laissez-faire ont supposé que les marchés parfaits s'organiseraient en quelque sorte d'eux-mêmes, ou tout au moins que les marchés sont aussi parfaits qu'ils peuvent l'être. Ce n'est pas vrai. *Dans une société libérale, l'amélioration des marchés doit faire l'objet d'une étude incessante.*

(*Ibid.*, 275, je souligne).

Lippmann annonce très largement la théorie néolibérale de l'intervention de l'État en vue de soutenir le premier principe qu'est le marché, qui est développée dans les années 1930 par les ordolibéraux, Simons et Hayek (Köhler et Kolev, 2011)¹⁷⁴. Le cœur de la critique porte avant

¹⁷⁴ Les ordolibéraux vont d'ailleurs plus loin dans la critique du laissez-faire que la position de Lippmann qui pointe l'intrication nécessaire du niveau juridique et économique. Non seulement pointent-ils cette interdépendance entre deux ordres, dont l'un, le juridique, est hiérarchiquement supérieur, mais certains, comme

tout sur la conception juridique du libéralisme. Le propre du laissez-faire consiste dans la possibilité de séparer le juridique de l'économique, en posant des principes juridiques pensés sous la forme de commandement extrinsèques dont la légitimité provient de la nature. Cette conception n'est pas *trop libérale* pour Lippmann, mais *proprement illibérale*, en ce qu'elle perpétue une tradition juridique autoritaire, dans laquelle la loi n'est pas l'instrument des individus pour réaliser leurs propres fins, mais un commandement extérieur. Le propre de la théorie libérale renouvelée doit consister dans une théorie du droit qui ne reprend pas ces chimères théoriques, mais développe une conception du contrôle social conforme aux idéaux du libéralisme. Nous développerons ce point dans les chapitres III et IV.

2.2 La nécessité de l'intervention

La critique lippmannienne du laissez-faire connaît une très large réception¹⁷⁵. Il peut apparaître paradoxal de ranger Hayek comme un critique du laissez-faire, alors qu'il est désormais vu comme un des artisans de la dérégulation et perçu comme participant précisément d'une veine libérale classique, dans la continuité d'un spencérisme (Audier, 2012, 588). Ces lectures sont erronées au regard de la production de Hayek dans les années 1930, et notamment, pour la *Route de la servitude*, qui se réfère directement à *La Cité libre* (Hayek, 1944, 28). Au contraire, Hayek est très tôt critique du laissez-faire, et reprend bon nombre d'arguments de Lippmann sur ce principe libéral. Comme Lippmann, il se réfère avant tout au libéralisme des lumières écossaises (Hayek, 1946b), et n'a de cesse de vouloir en retrouver l'esprit face à une perversion du libéralisme au cours du XIX^{ème} siècle¹⁷⁶.

Röpke et Rüstow, pointent également les conditions spirituelles de fonctionnement du marché. Par exemple chez Röpke (1942, 74) : "un libéral moyen de ce temps-là n'a guère discerné dans la question sociale l'aspect vital, c'est-à-dire extra-économique et immatériel de l'existence industrielle". Sur le leitmotiv ordolibéral de la crise, on peut lire Wörsdörfer (2014).

¹⁷⁵ On pourrait également lire la *Crise de notre temps*, et *Civitas Humanitas* de Röpke, respectivement en 1942 et 1944, pour un développement sur des thèmes extrêmement proches. La critique de *l'économisme* comme doctrine abstraite et désincarnée, et du laissez-faire, apparaissent clairement chez Röpke (1942, 70). Pour une démonstration plus complète d'une lecture historique partagée chez les néolibéraux, notamment sur la question du laissez-faire comme émanation d'un rationalisme constructiviste, on peut lire notre travail avec Martin Beddeleem, Beddeleem et Colin-Jaeger (2020). On peut également se référer à Beddeleem (2017, 66) pour une critique libérale du laissez-faire chez Michael Polanyi par exemple.

¹⁷⁶ Pour une comparaison systématique des arguments de Lippmann et Hayek on pourra lire Jackson (2012) et Clavé (2015). On trouve également chez Caldwell (2004) plusieurs éléments soulignant la rupture de Hayek vis-à-vis de Mises à cette période. Kolev (2016) et Christoph (2012) notent également cette distance entre Hayek et Mises sur la période.

Il faut noter cela dit que Hayek ne commence pas ses critiques du laissez-faire après avoir lu Lippmann. Comme souvent la lecture d'un auteur n'est influente que parce qu'elle vient nourrir des tendances existantes chez le lecteur. Ainsi, dès 1933 Hayek énonce quelques doutes dans un article d'*Economica* intitulé "The Trend of Economic Thinking", qui critique la distinction benthamienne entre *agenda* et *non-agenda*, et souligne que les modalités de l'interventionnisme ont été sous-développé chez les libéraux classiques. Hayek indique ainsi que le développement d'une théorie positive du gouvernement libéral doit être la principale tâche pour le futur du libéralisme (Hayek, 1933, 134). On ne peut dès lors pas faire la distinction entre ce qui relèverait strictement d'une activité spontanée et ce qui relèverait du politique. Ainsi Hayek, dès 1933, est déjà convaincu que la tâche du futur, celle de son libéralisme renouvelé, est de remédier à ce défaut de la théorie libérale. Dans *La route de la servitude* Hayek n'hésite pas à critiquer le laissez-faire comme un principe dogmatique : "Rien n'a sans doute tant nui à la cause libérale que l'insistance butée de certains libéraux sur certains principes massifs, comme avant tout la règle du laissez-faire" (Hayek, 1944, 20).

Cette opposition au laissez-faire est également historicisée chez Hayek, c'est-à-dire que le laissez-faire n'a pas toujours été un principe dogmatique, mais l'est devenu au cours du XIX^{ème} siècle¹⁷⁷ :

Aucun homme sensé n'aurait dû douter que les règles grossières par lesquelles s'exprimaient les principes de la politique économique du XIX^e siècle ne représentaient qu'un commencement, que nous avons encore beaucoup à apprendre, et qu'il y avait encore d'immenses possibilités de progrès dans la direction que nous avons suivie.

(*Ibid.*, 20-21).

On retrouve donc chez Hayek une même historicisation du laissez-faire, qui a connu une phase positive, celle d'une lutte contre un ancien régime dominé par des rigidités importantes empêchant l'avènement du libéralisme, et une phase dogmatique, où le laissez-faire est devenu

¹⁷⁷ Ce qui explique que Hayek peut citer, dans *La Route de la servitude*, positivement Cobden, Bright et Gladstone (voir par exemple Hayek, 1944, 13, 147). Contrairement à d'autres néolibéraux Hayek considère que la perversion du libéralisme est davantage due à Spencer, qui critique d'ailleurs la politique libérale de Gladstone, qu'aux premiers manchestériens.

une norme, malgré son caractère grossier (*crude*). Ce principe du XIX^{ème} siècle est donc associé avec la défense du *statu quo* par Hayek :

Il est important de ne pas confondre l'opposition à cette sorte de planisme avec une attitude de laissez-faire dogmatique. Le libéralisme veut qu'on fasse le meilleur usage possible des forces de la concurrence en tant que moyen de coordonner les efforts humains ; il ne veut pas qu'on laisse les choses en l'état où elles sont.

(*Ibid.*, 33)

Le libéralisme doit bien utiliser la concurrence comme moyen de coordination, mais cette concurrence, loin d'être naturelle, peut être améliorée. De ce fait, Hayek refuse clairement d'une part la dichotomie entre économique et politique, d'autre part l'association de l'économique avec une forme de naturalisme :

L'État doit-il ou non 'agir' ou 'intervenir' ? – poser l'alternative de cette façon c'est déplacer la question. Le terme laissez faire est extrêmement ambigu et ne sert qu'à déformer les principes sur lesquels repose la politique libérale. Sans doute, l'État, par définition, doit agir et ses actes ont toujours un certain effet.

(*Ibid.*, 64).

La distinction entre l'action et l'inaction (*agenda* et *non agenda*), l'interférence et le laissez-faire, est périmée. Lippmann, par exemple, développe ainsi tout un "agenda du libéralisme" dans la *Cité libre*, mais ne mentionne pas la possibilité d'un non-agenda, de choses sur lesquelles l'intervention ne porterait pas. Le principe du laissez-faire est décrit, par Hayek, comme "ambigu" et "trompeur", car il laisse penser qu'il existerait une séparation possible entre une sphère d'action et une sphère d'inaction. Non seulement chaque État agit, et, nous l'avons vu avec Lippmann, toute inaction est une forme d'action, et ceci notamment juridiquement, mais chaque action prend place dans un système, où l'action interfère en permanence y compris avec ce qu'elle ne modifie pas explicitement. L'ordre économique du marché est donc premier

au sens où il est ce qu'il faut réaliser, mais il n'est pas premier logiquement au sens où son existence est déterminée par un cadre politique et juridique¹⁷⁸.

Spencer et sa conception naturaliste constituent là encore la cible du discours. Dans un article de 1946, "Individualism : True and False", Hayek décrit Spencer comme un penseur influencé par le rationalisme constructiviste français, fondé sur une pensée abstraite du fonctionnement du marché, peuplé d'*homoeconomici* capables de s'adapter mécaniquement aux stimuli extérieurs (Hayek, 1946b, 11). Hayek identifie la perversité du principe du laissez-faire qui sous couvert de passivité est en réalité un principe d'organisation sociale actif. Dans une lettre, Hayek accorde à Lippmann que ce dernier a raison sur le principe du laissez-faire :

J'ai toujours considéré que l'erreur fatale du libéralisme classique consistait dans le fait d'interpréter la règle selon laquelle l'État devait développer un cadre semi-permanent à même de conduire au fonctionnement le plus efficace de l'initiative privée, comme signifiant que le cadre légal existant devait être regardé comme inaltérable. Il est indéniable que le contenu du droit de propriété et des contrats est susceptible de bien des améliorations.

(Hayek à Lippmann, 11 août 1937, je souligne)¹⁷⁹.

Hayek se démarque clairement de ce qu'il appelle le *libéralisme classique*¹⁸⁰, caractérisé par l'idée que l'État doit consister uniquement en l'établissement de quelques règles légales et ne plus rien toucher pour laisser les interactions se mener. Comme Lippmann, il considère que la conception du droit comme commandement est ce qui pêche dans le libéralisme, et, comme Lippmann, il considère que la finalité historique du libéralisme est de développer une théorie libérale du droit. En cela Hayek se distingue très clairement de la philosophie libérale de Spencer. Comme il l'exprime à Simons en 1944, "Spencer n'a jamais compris le libéralisme, et a beaucoup œuvré pour le discréditer" (Hayek à Simons, le 2 août 1944)¹⁸¹.

¹⁷⁸ Fèvre (2017, 279), pour instaurer une distinction entre Hayek et les ordolibéraux, exprime ainsi que chez Hayek le marché existe indépendamment de l'État, et qu'on doit dès lors penser les limites de l'État vis-à-vis de cette existence du marché. Cette position, on le voit, est extrêmement discutable pour Hayek, ce que relève d'ailleurs la suite de sa production intellectuelle.

¹⁷⁹ L'original dit : "I have always regarded it as the fatal error of classical liberalism that it interpreted the rule that the state should only provide a semi-permanent framework most conducive to the efficient working of private initiative as meaning that the existing legal framework must be regarded as unalterable. Surely the concrete content of the law of property and contract is capable of considerable improvement." (Ma traduction).

¹⁸⁰ Le libéralisme classique est ici associé à la doctrine du laissez-faire.

¹⁸¹ L'original dit : "Spencer never understood the liberal case and did much to discredit it" (Ma traduction).

Lippmann s'oppose clairement au naturalisme de Spencer, et Hayek reprend cette opposition dans les mêmes termes, c'est-à-dire qu'il ne va pas associer le marché à une entité naturelle, mais bien à une entité cognitive, fondée sur les anticipations sociales des individus. Le fonctionnement spontané du marché doit être distingué d'un fonctionnement naturel, en ce que la spontanéité existe dans le monde social, et est avant tout caractérisée par le fait que l'ordre social comporte des phénomènes qui n'ont été voulu par personne en particulier. Il s'agit, pour Hayek, de refonder la théorie libérale sur une autre idée que celle du laissez-faire. Hayek ne croit pas dans une main invisible venant organiser au mieux la société alors que chacun défend ses intérêts particuliers. En cela, non seulement le principe du laissez-faire est inadéquat, mais il n'est d'aucune aide. Pire encore, pour Hayek, le principe du laissez-faire est une réponse plus mauvaise qu'une absence de réponse. Dans "'Free' Enterprise and Competitive Order", on peut ainsi lire que :

Ni la formule du "laissez-faire", abusée et très souvent mal comprise, ni celle, encore plus ancienne, selon laquelle le libéralisme consiste dans "la protection de la vie, de la liberté et de la propriété", ne sont d'une grande aide. En effet, comme ces deux formules tendent à suggérer que nous pouvons nous contenter de laisser les choses telles qu'elles sont, elles sont peut-être pires qu'une absence de réponse ; car elles ne nous disent pas quels sont ou quels ne sont pas les domaines d'activité gouvernementale désirables ou nécessaires.

(Hayek, 1946a, 17, je souligne)¹⁸².

Le principe du laissez-faire est fondé sur une mauvaise dichotomie, et laisse donc sans réponse la question normative de ce que doivent être les domaines d'activité du gouvernement. De ce fait, non seulement Hayek propose une critique de la distinction entre agenda et non agenda, mais pose également la question du champ d'intervention possible pour l'État pour que le marché fonctionne correctement. Si la concurrence est un mode d'organisation favorisé, la concurrence doit elle-même être organisée, constituée et améliorée de manière constante. Non seulement le laissez-faire repose sur des présupposés juridiques illibéraux, mais il est inconséquent sur le plan de la conception de la société. Hayek pose ainsi un principe

¹⁸² L'original dit : "Neither the much abused and much misunderstood phrase of 'laissez faire' nor the still older formula of 'the protection of life, liberty, and property' are of much help. In fact, in so far as both tend to suggest that we can just leave things as they are, they may be worse than no answer; they certainly do not tell us what are and what are not desirable or necessary fields of government activity."

fondamental : la concurrence doit être maximisée par l'intervention de l'État, qui crée et encadre le marché. Cette question, posée en ces termes, participe du problème spécifiquement néolibéral (chap. III). Après avoir détruit les hypothèses du laissez-faire, à savoir la distinction entre politique et économique, la question du rôle de l'activité gouvernementale est posée à nouveau. Si tout en effet est entremêlé et que l'ordre économique, donc la coordination par le marché qui structure en partie la société, est dépendant d'un ordre politique et juridique, quels sont les critères qui viennent fonder cet ordre lui-même, quelle nouvelle rationalité gouvernementale peut-on inventer ?

Conclusion

Ce à quoi on assiste ainsi à la fin des années 1930 est bien caractéristique d'un renouveau du libéralisme qui fonctionne dans un double mouvement. D'une part, un mouvement critique du libéralisme classique, en identifiant ce qui a été négatif dans le déroulement historique du libéralisme, à savoir le principe du laissez-faire ; d'autre part, un mouvement de retour à un premier libéralisme dont il s'agit de retrouver l'esprit plutôt que la lettre, étant donné l'évolution des sociétés. Nous avons vu dans le premier chapitre que ce retour à un libéralisme originel ne se fait pas sous la forme de la copie, mais renouvelle épistémologiquement la compréhension du libéralisme, par la conception spécifique du marché. Cette opération de retour aux sources est également un moyen d'opérer le tri, chez Lippmann comme chez Hayek, entre un bon libéralisme d'un côté, celui des écossais, et un mauvais libéralisme de l'autre, le "libéralisme tardif" chez Lippmann, le "libéralisme constructiviste" du "faux individualisme" chez Hayek.

L'harmonie des intérêts, chez Hayek comme chez Lippmann et d'autres¹⁸³, est une harmonie artificielle. Les néolibéraux vont bien insister sur le concept d'ordre, caractérisé par une spontanéité qui rend la planification consciente impossible, ce que les textes sur le calcul socialiste montrent avec le thème de la division de la connaissance, mais cet ordre n'est pas pour autant une entité naturelle. Il faut donc distinguer *spontanéité* et *naturalité*. La spontanéité du marché n'est possible qu'au sein de règles juridiques, voire de traditions culturelles et

¹⁸³ Par exemple chez les ordolibéraux, voir Eucken (1940, 216), où le gouvernement a pour but de "transformer les données", pour produire un "ordre économique" efficient. Pour une lecture de Eucken et de Röpke sur cette question, on lira Fèvre (2017, chap. 2 et pp. 179-181). Voir également Rüstow (1942, 274) : "Nous le savons aujourd'hui, le bon fonctionnement du mécanisme de marché ne se fait pas de façon autonome, mais est complètement dépendant de la réalisation de certaines conditions sociologique et institutionnelle."

morales. La naturalité au contraire, est supposée exister par soi, en deçà du politique. Il faut bien comprendre la position néolibérale comme une troisième voie spécifique d'un point de vue épistémologique, entre d'un côté la planification fondée sur une épistémologie positiviste et de l'autre le laissez-faire fondé sur une épistémologie naturaliste¹⁸⁴. Si la question n'est plus celle de la distinction entre *agenda* et *non-agenda*, entre interférence et laissez-faire, mais que le spontané émerge de règles fixées et soutenues politiquement, les néolibéraux vont déplacer le problème. Il ne s'agit plus de défendre le fonctionnement du marché *per se*, mais de se questionner quant aux règles venant permettre une maximisation de son efficacité, une amélioration de son fonctionnement. On passe donc d'une *rationalité naturaliste*, où la concurrence et la sélection sont leur propre critère, à une *rationalité juridique* – qui pourra passer par des théories évolutionnistes, aussi bien chez Hayek que Lippmann –, où ce qui va importer est *le régime normatif de justification des critères de régulation*, au sens de développement de bonnes règles pour organiser les ordres socio-économiques. C'est cette question que le laissez-faire empêchait de poser. C'est relativement à cette dernière façon de poser le problème que les néolibéraux vont se distinguer d'un troisième adversaire dans leur champ d'adversité des années 1930 et 1940, à savoir non plus le socialisme ou le libéralisme du laissez-faire mais une branche corrompue du libéralisme qu'est le libéralisme social, incarné, pour les néolibéraux, par des penseurs comme Hobson, Dewey ou Keynes¹⁸⁵. Ces auteurs critiquent, comme les néolibéraux, le laissez-faire, mais se distinguent en ce qu'ils ne reconduisent pas l'idée que la concurrence doit constituer le cœur de la régulation sociale (voir, pour une illustration plus tardive de cette opposition, le chap. VIII).

Le problème néolibéral se construit d'abord négativement dans cette opposition à un certain héritage libéral, dont il s'agit de tirer les leçons. Si le néolibéralisme connaît une, si ce n'est plusieurs, phase de "radicalisation", le laissez-faire ne devient que très marginalement une option théorique envisagée par les néolibéraux¹⁸⁶. Le "moment néolibéral" (Laurent, 2006) des années 1930-1940 n'est pas isolé mais constitue une matrice problématique nécessaire pour

¹⁸⁴ Sur cette idée d'une spécificité épistémologique néolibérale, voir Beddeleem (2017, 196-200).

¹⁸⁵ Sur ce troisième adversaire théorique et idéologique, voir Audard (2009a).

¹⁸⁶ J'ajoute ici un "très marginalement" pour désigner *une certaine mouvance* des libertariens. Cette mouvance, issue d'une frange radicale de disciples de Mises, avec comme chef de file Murray Rothbard, récupère les théories du droit naturel (Rothbard, 1982) pour penser un anarcho-capitalisme sans État et caractérisé par des contrats entre individus. Je renvoie à Caré (2009) pour une étude plus spécifique de cette théorie. Selon le problème que je vais élaborer dans les deux chapitres suivants, on ne peut pas classer les libertariens au sein des néolibéraux, néanmoins une approche en termes de réseaux soulignerait très certainement les proximités entre les auteurs du réseau néolibéral et les mouvements libertariens.

saisir les développements ultérieurs du néolibéralisme, ce qui nécessite d'en étudier les développements dépassant la sphère économique.

Chapitre III. Les limites de la connaissance : la critique des concepts politiques traditionnels.

Je vis alors que le libéralisme historique était la philosophie nécessaire de la révolution industrielle.

(Walter Lippmann, *La Cité libre*).

Les deux premiers chapitres ont présenté le néolibéralisme dans son "champ d'adversité" (Biebricher, 2018, 19), à la fois critique du collectivisme et de la théorie du laissez-faire¹⁸⁷. De ce fait la thèse du néolibéralisme comme proposant un "argument double", à la fois contre les socialistes et les libéraux classiques, est désormais très largement acceptée¹⁸⁸. Nous ne pouvons comprendre l'interventionnisme juridique spécifique au néolibéralisme sans développer ce qui rend ce type d'interventionnisme nécessaire. Le moment de crise du libéralisme incite les néolibéraux à repenser le libéralisme de fond en comble, en commençant par le problème de la coordination sociale – une philosophie sociale et politique – et la nature de la cognition humaine – une anthropologie.

Il existe un lien conceptuel fort entre l'anthropologie néolibérale et la thèse de l'interventionnisme juridique, que je développe dans le chapitre IV, qui est généralement identifiée comme la spécificité du néolibéralisme. Ce lien est au cœur du renouveau du libéralisme dans les années 1930 : comment gouverner une société caractérisée par l'ignorance individuelle, rendant la centralisation impossible, et dans laquelle chaque individu possède une connaissance limitée et lacunaire ? Non seulement personne ne peut se positionner d'un point de vue surplombant sans usurpation, mais les individus ne maîtrisent pas suffisamment leur environnement pour que la coordination socio-économique se produise de manière naturelle. La spécificité du projet politique néolibéral, qui donne une importance particulière au gouvernement par les règles et la configuration de l'environnement social dans lequel sont

¹⁸⁷ Plewhe (Mirowski et Plewhe, 2009, 12) note également que dans le champ d'adversité du néolibéralisme, car présentant également une tentative de "troisième voie", il faut ajouter le libéralisme social, ou le nouveau libéralisme. Ce chapitre s'attachera à marquer quelques différences avec les tendances interventionnistes du libéralisme, que l'on trouve développées notamment chez Keynes.

¹⁸⁸ Dans le champ de l'histoire intellectuelle il me semble que cette thèse est très largement partagée depuis plus de dix ans désormais. Voir par exemple Peck (2010), Audier (2012), Burgin (2012), Davies (2014) et plus récemment de façon exemplaire Beddeleem (2017, chap. 3) et Innset (2017, 102).

situés les individus, est la conséquence de réflexions plus fondamentales sur la nature humaine, les limites de la raison individuelle ainsi que l'impossibilité d'une intelligence collective à même de diriger la société dans son ensemble. J'ai déjà traité de la question de la fragmentation de la connaissance chez Hayek dans le cadre de la critique du calcul socialiste (voir chap. I) ; de même, cet aspect a été relevé pour Lippmann pour sa critique de la démocratie (Latour, 2010 ; Stiegler, 2016, 2019). D'autres travaux ont également relié les premiers néolibéraux autour de questions épistémologiques (Beddeleem, 2017, 2020a), où 'épistémologie' prend le sens de théorie de la science. Le présent chapitre offre un complément à partir non pas des théories de la science des néolibéraux, mais de leurs conceptions de la connaissance humaines et notamment du type et des limites de cette connaissance¹⁸⁹. C'est ce que j'entendrai ici par anthropologie, à savoir une certaine théorie de la nature humaine, et épistémologie, c'est-à-dire une théorie de la nature de la connaissance que les individus sont capables de posséder. Il convient de préciser les conséquences de cette référence à la *nature humaine*. En effet – et en un sens différent de ce que nous avons vu au chapitre II – les néolibéraux n'abandonnent pas toute référence à la nature. Le néolibéralisme peut être défini comme une théorie sociale et politique, mais celle-ci part d'un diagnostic relatif aux limites de la connaissance humaine, qui trouvent leur source dans la nature de l'esprit humain. Cette référence à la *nature humaine* ne conduit cependant pas à une *naturalisation* de type spencérienne du processus économique, puisque la nature humaine n'est jamais comprise comme indépendante d'une existence sociale, mais toujours saisie comme prise dans une interaction constante avec les formes politiques, culturelles et économiques. Une des originalités du néolibéralisme, est de relier systématiquement la défense du marché à une réflexion anthropologique générale, aboutissant à une conception épistémologique relative aux connaissances possédées par les individus en société.

Sur cette articulation entre anthropologie, épistémologie, et théorie politique, Lippmann et Hayek offrent encore une fois d'étonnantes proximités. Les deux auteurs ont produit des textes importants sur l'esprit humain et la nature de la connaissance individuelle, *Public Opinion* pour Lippmann, *L'ordre sensoriel* pour Hayek. Tous les deux tirent de ces textes des conséquences importantes, relativement au gouvernement de la société, qu'il s'agisse de critiques de la démocratie ou du type d'intervention qu'il convient de mener.

¹⁸⁹ Beddeleem (2020b) constitue un travail allant dans la même direction que le présent chapitre.

Dans un premier temps, je développerai l'anthropologie néolibérale que l'on trouve chez Lippmann et Hayek. J'accorde une attention particulière à un texte de Lippmann qui est souvent à peine mentionné dans les études sur le néolibéralisme, à savoir *Public Opinion*, qui constitue le développement le plus important de ce qu'on peut appeler une véritable anthropologie lippmannienne. Je tire également des éléments tirés d'autres textes des années 1910 mais aussi du *Public Fantôme*. Dans cette même partie, je montre que les développements de Hayek dans *L'ordre sensoriel*, publié en 1953, mais issu d'un travail datant des années 1920, sont frappants de similarité au niveau des conséquences à tirer pour la conception de l'individu que l'on trouve chez ces deux auteurs. J'illustre, dans un deuxième temps, les conséquences politiques de ces développements, notamment sur une critique commune à nos deux auteurs, à savoir la critique de la démocratie – considérée comme démocratie populaire, et qui se trouve être un objet de critique tout aussi consensuel au Colloque Lippmann que le mécanisme des prix est objet de louanges. En effet, une certaine conception de la démocratie, c'est-à-dire la démocratie vue comme organe de la souveraineté populaire, est largement critiquée comme contrevenant directement à l'anthropologie et l'épistémologie néolibérale en supposant la possibilité de voir la société comme un tout et de juger les interactions interindividuelles depuis un point de vue extérieur. Ce point de vue extérieur est pour nos auteurs un danger, rendant cette conception de la démocratie autoritaire et potentiellement tyrannique et donc liberticide. Il faut donc aux libéraux une théorie de l'intervention de l'État et du gouvernement qui ne tombe pas dans les mêmes écueils.

1. Les vertiges de la *Great Society*, où l'impossibilité d'un point de vue surplombant

Le thème de la Grande Société est structurant à la fois chez Lippmann et chez Hayek¹⁹⁰. Hérité de Smith et de sa compréhension de la division du travail, ce concept est retravaillé d'un point de vue cognitif. La Grande Société ce n'est pas uniquement la société caractérisée par la

¹⁹⁰ Vernon (1976) et Bohlat (2010) soulignent l'usage de ce concept chez Hayek, néanmoins les deux auteurs choisissent de mener la comparaison avec celui de Société Ouverte de Popper, en indiquant que le modèle scientifique chez Popper n'offrait qu'un parallèle assez lâche vis-à-vis de la division de la connaissance hayékienne. Selon moi il faut plutôt rattacher l'usage hayékien à celui de Lippmann, qui est également au point névralgique de sa théorie.

division du travail, et donc par l'interdépendance grandissante des individus au niveau mondial, mais une conception de l'environnement cognitif des individus. La Grande Société implique la limitation de la connaissance de chaque individu vis-à-vis de ce qui relève de son environnement. La Grande Société, qui a émergé de la révolution industrielle, est devenue un environnement trop complexe pour être appréhendé par une intelligence individuelle. Cet état de fait implique deux conséquences importantes. Tout d'abord, il est devenu impossible de penser une autorité verticale pour organiser la société. Ensuite, la solution libérale d'un auto-gouvernement est également mise à mal du fait de la désadaptation : comment des individus peuvent-ils se gouverner effectivement s'ils ne sont même plus capables de percevoir correctement leur propre environnement ? Deux solutions traditionnelles, celle d'un gouvernement de la société par une autorité centralisée, et celle d'un autogouvernement des individus, représentée par le libéralisme classique, sont rendues caduques.

Les néolibéraux tiennent ensemble et en même temps deux thèses en réponse à ce défi. Ils mettent en avant la nécessité d'un gouvernement décentralisé des affaires humaines, du fait d'une impossibilité de penser un point de vue absolument surplombant ; et ils reconnaissent que ces mêmes affaires humaines ne peuvent être "laissées à elles-mêmes", quoique cette expression puisse réellement signifier, et donc qu'il y a une nécessité à penser une forme d'interventionnisme. Les néolibéraux repensent donc les fondements philosophiques du libéralisme, à savoir la question de la nature humaine et celle du fonctionnement social. Nous verrons que les réflexions sur la nature de la connaissance individuelle, présentes chez Lippmann et Hayek, si elles rendent le collectivisme impossible, entrent également en tension avec le propre du néolibéralisme, à savoir de proposer une théorie institutionnelle de constitution et d'amélioration du fonctionnement du marché.

1.1 La *Great Society* comme fondement du questionnement lippmannien

Comme le note Steel (1980, 28) la conséquence relative aux difficultés de l'administration de ce nouvel ensemble qu'est la Grande Société est très clairement présente chez Lippmann. Lippmann dit ainsi en parlant de Graham Wallas, qui lui a introduit le concept lors de séminaires à Harvard qu'il lui a expliqué les raisons de l'impossibilité d'administrer la Grande Société. Dès le début de sa carrière d'auteur, à commencer par *A Preface to Politics* en 1913,

Lippmann articule sa pensée autour du problème posé par la *Great Society*¹⁹¹. Le contre-modèle est celui de l'homme économique, rationnel et capable de s'extirper de son contexte environnemental. L'*homoeconomicus*, capable d'agir rationnellement et de posséder les informations pertinentes, est rendu impossible par l'existence de la *Great Society*. L'hypothèse de l'*homoeconomicus* suppose exactement l'inverse de ce que la Grande Société implique, à savoir la maîtrise intégrale de toutes les informations circulant dans les sociétés. L'homme de Lippmann n'est pas un *homoeconomicus*. Au contraire il insuffle dans son anthropologie les travaux de Darwin et du pragmatisme, qui défendent que l'individuation sont le fruit d'interactions constantes entre l'individu biologique et son environnement, ainsi que de Freud, qui pense l'action humaine comme guidée non pas par la seule raison mais aussi par des motifs inconscients, et enfin de l'institutionnalisme, dont la thèse est que l'individu humain comme toujours situé dans des institutions sociales qui forment un environnement¹⁹². Il s'agit, pour Lippmann, de prendre acte du caractère obsolète du modèle de l'homme économique, qu'il qualifie d'"imposture intellectuelle" (Lippmann, 1913, 123).

Lippmann formule une position tierce : guider les comportements par les connaissances que les sciences sociales nous apportent, sans pour autant proposer un gouvernement par la rationalité abstraite. Réadapter les individus à leur environnement ce n'est pas proposer un principe collectiviste d'organisation sociale. Il ne s'agit donc pas, pour s'opposer à la Grande Société, de revenir à un modèle antérieur de gouvernement autoritaire par la raison, mais au contraire de fonder un autre mode de gouvernement, un gouvernement qui produit les conditions pour que les individus eux-mêmes interagissent de façon adéquate à leur environnement. On doit ainsi passer d'un "État répressif", l'État policier, qui punit les individus et organise activement les comportements, à un "État productif", qui produit les conditions d'une action adaptée (*Ibid.*, 269). Lippmann est déjà, en 1913 et 1914, sur la voie d'une façon de repenser le problème du gouvernement libéral : "l'autorité centrale, ou quelque mode de gouvernement similaire, est devenue un guide impossible, car aucune autorité n'est suffisamment sage, car le désir de gouvernement de soi est devenu un désir politique pressant"

¹⁹¹ Pour une lecture bien plus complète et exhaustive des textes des années 1910 de Lippmann on pourra lire Milanèse (2020a, partie 1).

¹⁹² L'institutionnalisme de Veblen, que Lippmann commente dans *Drift and Mastery*, est lui aussi fortement influencé de darwinisme. L'influence de Darwin – mais aussi, plus curieusement, de Spencer – a été étudiée par Stiegler (2019) récemment, mais les accointances importantes avec Freud ou les institutionnalistes comme Veblen, Commons et Mitchell, n'ont pas fait l'objet d'études systématiques.

(Lippmann, 1914, 100)¹⁹³. Dans cette citation le modèle autoritaire est désuet, du fait de la diffusion d'un modèle démocratique et libéral (le *selfgovernment*) plutôt que de l'émergence d'un environnement mondialisé complexe. Néanmoins le problème politique auquel se heurte l'idéal de *selfgovernment* demeure celui de la possibilité de ce type de gouvernement dans le cadre de la *Great Society*¹⁹⁴.

Dès *Drift and Mastery*, Lippmann construit son projet théorique et repense les catégories politiques périmées, à partir des modifications historiques qui lui sont contemporaines. Il faut donc dépasser l'opposition entre vieux libéralisme et collectivisme marxiste, ce qui conduit à l'émergence de la nécessité d'une troisième voie :

On peut dire sans crainte de se contredire, qu'ils (Smith et Marx) sont les deux esprits les plus fertiles qui ont affronté les problèmes des sociétés modernes. Mais les économistes orthodoxes et les marxistes orthodoxes sont dépassés par les forces latentes de l'époque contemporaine. Ces deux formes d'orthodoxies se sont révélées stériles.

(Lippmann, 1914, 127)¹⁹⁵.

Lippmann ne renvoie pas pour autant dos à dos les marxistes et les libéraux. Il ne s'agit pas pour lui de réhabiliter une autorité centrale, du fait que la Grande Société implique nécessairement une situation d'impossibilité de totaliser la connaissance, de la centraliser, par son caractère éminemment complexe. Lippmann se situe dans la continuité de la tradition libérale dès 1913 et 1914 puisqu'il s'agit bien d'établir un gouvernement qui gouverne mieux en gouvernant moins¹⁹⁶, et notamment en encourageant le *selfgovernment*. Il faut ici couper court à toutes les lectures discontinuistes sur Lippmann, qui considèrent Lippmann comme un

¹⁹³ L'original dit : "Anything like a central authority to guide us has become impossible *because no authority is wise enough*, because self-government has become a really effective desire". (Ma traduction).

¹⁹⁴ Il faut certainement noter que le concept de *Great Society* connaît une importance croissante dans l'œuvre de Lippmann, en ne devenant un concept de premier ordre qu'en 1922. Je remercie Arnaud Milanèse de m'avoir fait remarquer ce point. Il faut noter que si on interprète Lippmann comme posant la question de la possibilité du gouvernement de soi au sein d'une société complexe, ce dernier a anticipé bien des discussions contemporaines sur le sujet. Voir par exemple Gaus (2019).

¹⁹⁵ L'original dit : "One can say without fear of contradiction that they (Smith et Marx) are the two most fertile minds that have dealt with the modern problem. But the orthodox economists and the orthodox Marxians *are out of touch* with the latent forces of this age; both have proved themselves largely sterile." (Ma traduction).

¹⁹⁶ Lippmann (1913, 266) énonce ainsi qu'il faut concilier deux vérités, celle du XVIIIème siècle selon laquelle le meilleur gouvernement est celui qui gouverne le moins, et celle du XXème siècle selon laquelle le meilleur gouvernement est celui qui produit le plus. Voir ainsi le chapitre 8 : "Il est parfaitement vrai que le gouvernement le meilleur est celui qui gouverne le moins. Il est tout aussi vrai que le gouvernement le meilleur est celui qui fournit le plus. La première vérité appartient au 18e siècle ; la seconde, au 20e."

dirigiste dans ses premières années, après quoi il se serait converti au libéralisme dans les années 1930. Ribet (2011, 15) considère que Lippmann croit alors que "grâce à une sorte de saint-simonisme expurgé de son enveloppe pseudo-religieuse, Lippmann croit alors possible une maîtrise de l'ordre social par l'homme". Cette lecture apparaît erronée : l'ordre social ne peut pas être maîtrisé intégralement par les humains, et cette prise en compte est déjà effective dans les premiers textes de Lippmann. L'expertise permise par les sciences sociales et utilisée par l'État ne vise pas un contrôle de l'ordre social mais une réadaptation des individus en prenant en compte leur épaisseur psychologique et institutionnelle. Le contrôle n'est pas direct et "interventionniste" au sens traditionnel du terme, contrairement à ce que pense Ribet. Si l'image de l'ingénieur est bien présente dans les textes de Lippmann, ce n'est pas pour référer au Saint-Simonisme honnit par Hayek, mais à l'idée d'une science appliquée et expérimentale.

Néanmoins, il est certain que Lippmann, notamment dans *Drift and Mastery*, vise à penser une forme de maîtrise (*Mastery*) de la dérive (*Drift*), qui ne prenne pas la forme d'un contrôle autoritaire et illibéral. L'âge de la dérive est très explicitement celui de l'émancipation et du libéralisme, de la défense des conditions positives d'une liberté effective¹⁹⁷. La dérive c'est donc la dérive vis-à-vis d'un vieux modèle social qu'il faut transformer et renouveler. La dérive étant celle de l'évolution des sociétés, et notamment la Grande Société, il s'agit bien d'établir un programme visant à permettre de s'adapter à cette dérive sans pour autant la refuser et arrêter le processus. De ce fait Lippmann fustige très largement les théories d'un retour jeffersonien à la petite communauté qu'il identifie comme réactionnaires. On ne peut pas retourner à la compétition des petites entreprises, et à la réduction des échelles sociales. Ces fictions sont dépassées et ne sont plus adéquates au nouveau monde (Lippmann, 1914, 80).

1.2 *Public Opinion*, les limites de la connaissance

La question du type de transformation de l'environnement nécessaire demeure en friche pendant la deuxième moitié des années 1910 : la Guerre Mondiale éclate, et Lippmann est engagé dans le service de la propagande puis doit participer aux négociations pour le Traité de Versailles. Il utilise cette expérience dans *Liberty and The News* en 1920, ce qui lui vaut un

¹⁹⁷ Milanèse (2020a, 79-85) traite très largement de l'intérêt de Lippmann pour les luttes sociales dans les années 1920, et particulièrement les mouvements féministes. Voir par exemple Lippmann (1913, 91) : "Le féminisme, qui a émergé d'une crise dans les conditions sexuelles, a libéré des énergies qui sont elles-mêmes motrices de toute réforme."

succès public important. Mais c'est dans *Public Opinion* en 1922 qu'il utilise son expérience et ses connaissances nouvellement acquises pour reposer les problèmes que nous avons rencontrés dans ses premiers ouvrages.

Le livre traite des rapports entre les individus et leur environnement, et fait le constat de la désadaptation est fait dès les premières pages (Lippmann, 1922, 4). Les fictions que les individus produisent ne sont plus adéquates. Le recours à des fictions est nécessaire pour Lippmann, puisqu'il n'existe pas d'accès direct à l'environnement, au contraire les représentations mentales sont produites pour le rendre accessible (*Ibid.*, 15). Le problème ne vient pas des fictions elles-mêmes, car nous sommes contraints psychologiquement à en utiliser parce que nous n'avons pas un accès direct au monde dans son intégralité et sa complexité (*Ibid.*, 16), mais de l'inadaptation de ces fictions¹⁹⁸. Dans la continuité de la psychologie de James et de l'évolutionnisme, Lippmann ne fustige pas naïvement le fait que les individus se représentent le monde, mais indique que les représentations qu'on se fait sont inadaptées et ne produisent donc pas d'effets désirables. L'originalité de Lippmann dans ce texte n'est pas de souligner épistémologiquement ce fait, en indiquant que les meilleures théories scientifiques sont par exemple elles aussi des fictions, mais de poser le problème politique à partir de ce diagnostic. Nous sommes inadaptés à notre nouvel environnement non seulement parce que celui-ci produit un changement d'échelle, mais aussi parce que notre nouvel environnement nous rend inadaptés. Dans ce texte, Lippmann ne se positionne pas vraiment vis-à-vis du libéralisme, contrairement aux textes de 1913 et 1914, mais continue de développer des thématiques centrales qui vont venir nourrir ses positions libérales futures. Cet ouvrage, qui est encore un des plus influents de Lippmann – il y invente le terme de stéréotype et la manufacture du consentement – est important de manière indirecte. Lippmann n'y construit en effet pas une théorie libérale, le terme n'apparaît pas une seule fois dans le livre. En revanche, il élabore dans ce livre les problèmes et les difficultés qui vont structurer sa pensée libérale par la suite. *Public Opinion* est ainsi d'une importance cruciale il revêt cette importance par des chemins détournés.

Toute la première partie de l'ouvrage est consacrée à montrer la façon dont la production de nos fictions est déterminée. Il s'agit d'un discours général portant sur la nature humaine et plus spécifiquement de l'adaptation de celle-ci à son environnement. Deux facteurs entrent en compte pour Lippmann, d'une part les limites relatives à notre nature humaine, d'autre part les

¹⁹⁸ Pour un développement plus spécifique des stéréotypes, voir Milanèse (2020, chap. 3), qui développe la distinction entre *pictures* et *images*. Les *pictures* sont des production humaines qui se pensent dans un rapport à la réalité, contrairement aux *images*, qui, dans une tradition platonicienne à laquelle se réfère Lippmann, renvoient à l'illusion et au mensonge.

effets de notre environnement. Il ne faut pas considérer ces deux facteurs comme exclusifs : l'environnement n'a un effet qu'en fonction d'une nature, et la nature en soi n'existe que dans un environnement. Ces deux facteurs sont nécessairement interactifs, pour autant il est important d'en saisir les pôles.

Lippmann met ainsi en avant son expérience de propagandiste. Pour forger "the picture in our head"¹⁹⁹ nous ne sommes pas autonomes. La fiction dont nous avons besoin pour avoir prise sur notre environnement peut être produite de toute pièce, notamment dans une situation de crise. L'exemple pris par Lippmann est celui de la propagande militaire de l'État-major français. Loin d'être une fiction stérile elle produit des états mentaux chez les individus et les font agir en commun. Ce que remarque Lippmann par cet exemple de la propagande militaire c'est la possibilité de façonner les fictions de la masse des individus de manière efficace. Ce constat est double : s'il est facile de produire des fictions chez les individus cela peut être utilisé à bon ou mauvais escient, comme outil de manipulation ou de réadaptation. Lippmann souligne les limites de l'esprit humain et de sa connaissance. Il n'a aucun moyen d'avoir une emprise sur son environnement général et doit passer par un ensemble de médiations qui façonnent une image dans l'esprit de chacun. Ce qu'il faut prendre en compte pour toute théorie politique possible c'est ce manque anthropologique majeur.

Cette localité et cette fragmentation ne sont pas uniquement le fait de la propagande ou de la manipulation politique par des symboles, mais aussi de limitation sociales et psychologiques. Lippmann met en exergue le rôle des classes sociales, en expliquant que le monde social dans lequel les individus évoluent est restreint, notamment du fait de leurs moyens matériels limités (*Ibid.*, 50). Chacun évolue dans son milieu et ne peut pas avoir de vision d'ensemble de la société, au-delà des frontières de sa classe. Lippmann fait une exception pour les leaders de la Grande Société, qui, du fait de leur situation proéminente, peuvent produire des fictions plus larges, ayant les moyens et la situation le permettant (*Ibid.*, 56). Corollairement, le temps et l'attention sont des ressources limitées, et varient en fonction des classes sociales : peu d'individus ont le temps de s'informer et de lire les journaux de façon régulière. De surcroît, ceux qui possèdent ce temps n'ont pas suffisamment de temps pour avoir des connaissances diversifiées. Même en imaginant que le temps soit octroyé, il n'est pas certain que les individus possèdent l'attention nécessaire pour passer ce temps à s'informer plutôt qu'à profiter de leurs loisirs (*Ibid.*, 60). Non seulement le temps est une ressource rare,

¹⁹⁹ "The world outside and the picture in our head" est le titre du premier chapitre.

mais l'attention est de plus difficile à capter, ce qui a pour conséquence qu'une bonne partie des individus se désintéressent des sujets généraux (*Ibid.*, 70). Lippmann formule une théorie des limites de la connaissance et une critique, en filigrane, du modèle démocratique contemporain du citoyen capable de s'informer de façon éclairée sur tous les sujets. Les limitations cognitives sont nombreuses : la censure, la vie privée, des barrières sociales et psychologiques, mais aussi des problèmes d'attention et de temps, de maîtrise du langage et de formation, en plus des sentiments, des situations etc. (*Ibid.*, 76). Il faut donc prendre en considération les aspects sociaux qui limitent toute connaissance possible, mais aussi les limitations intrinsèques à notre nature, notamment la tendance à fonctionner à l'économie, à savoir en utilisant des stéréotypes, des préconceptions, qui ont tendance à se renforcer avec le temps.

Lippmann explique comment nos stéréotypes, dont on se sert pour structurer notre environnement, sont rétifs au changement : toute attaque de nos stéréotypes est une remise en cause de notre monde (*Ibid.*, 95). Nous nous heurtons à un biais de confirmation permanent, selon lequel nos stéréotypes façonnent notre monde et le monde abonde alors en confirmation. Les éléments qui sortent du cadre sont tout simplement ignorés, car nos yeux et notre esprit ne voient pas ce qu'ils ne sont pas habitués à voir (*Ibid.*, 115). Ces éléments produisent des fictions qui au lieu d'être des moyens de s'adapter à l'environnement deviennent des écrans. On trouve chez Lippmann l'idée que ce qui a été nécessaire pour avoir prise sur le monde devient par après un moyen de le rendre opaque, du fait de sa stabilité.

Les individus sont pris dans leurs fictions qui sont restreintes, locales et fragmentées. De ce fait, ils ne peuvent avoir de vision globale, de l'intérêt commun, et ne peuvent donc pas participer – lorsqu'ils le veulent – de façon efficace à la vie politique, selon le modèle démocratique usuel. Si les fictions des individus étaient plus ou moins adaptées lorsqu'ils vivaient dans des communautés restreintes, la cité grecque, la ville-État, etc. elles se trouvent dans les Grandes Sociétés, ou plutôt la Grande société puisque celle-ci s'étend justement au-delà des États nationaux par le système de coopération mondiale l'économie, totalement obsolètes, décalées et inefficaces. Cette conclusion également valable pour la théorie politique : la théorie politique qui prend pour modèle la petite communauté jeffersonienne, la cité grecque, les petites échelles locales, les petits ensembles de population, est caduque car elle ne rend plus compte de la réalité contemporaine. La condamnation du jeffersonisme, mais aussi du socialisme – Lippmann critique directement le socialisme de la guilde – est plus large que dans les années 1910 en faisant appel directement et explicitement au fait que ces théories sont inadéquates avec (i) l'état des sociétés et leur complexité et (ii) la nature humaine.

Les concepts de stéréotype et de manufacture du consentement introduisent néanmoins une idée fondamentale, qui demeure de premier ordre dans le libéralisme de Lippmann, à savoir que la Grande Société ne vient pas uniquement souligner *des limites*, mais offre également *des opportunités*. La figure du leader ou le concept d'expertise (*expertness*) introduisent une possibilité expérimentale, relative à la recomposition des stéréotypes par le truchement d'une intervention sur l'environnement des individus. Lippmann est sur la voie d'une théorie de l'intervention indirecte, à même de correspondre au diagnostic historique qu'il produit.

1.3 *Le Public Fantôme*, la fragmentation de la connaissance

Le *Public Fantôme*, publié trois ans plus tard, radicalise la critique lippmannienne de l'anthropologie libérale classique, identifiée à l'idée d'une omniscience des individus. L'"appareillage cognitif" (Latour, 2008, 10) des individus apparaît si déficient que c'est l'existence même du public, c'est-à-dire du sujet politique, qu'il faut questionner. Le titre est explicite : bien souvent on considère que la souveraineté doit être remise à un public constitué, acteur majeur de l'action qui est en train de se jouer, mais ce public est fantôme, il n'existe pas. Il faut développer *une théorie politique sans démos*. C'est l'idée même d'un intérêt général, d'une volonté publique, auparavant rendue possible par la propagande de façon manipulatrice ou par les experts de façon positive, qui disparaît : la critique anthropologique de Lippmann bat son plein et l'idée d'un intérêt qui s'étendrait plus loin que la sphère privée est déjà problématique.

La radicalité de la critique anthropologique de Lippmann rompt avec son propre espoir qu'une information libre et organisée puisse modifier et adapter les fictions des individus. Si les individus sont foncièrement incapables de sortir de leur sphère privée, qu'il n'y a plus de gouvernants et d'experts qui puissent donner une voie commune, comment penser le gouvernement censé être l'incarnation du bien commun ? L'anthropologie de Lippmann remet tout à plat²⁰⁰ en interdisant épistémologiquement la possibilité d'un point de vue surplombant

²⁰⁰ "Il y a bien ceux qui savent et ceux qui ne savent pas, mais cette distinction ne recoupe pas celle entre les gouvernés et les gouvernants : nous sommes tous compétents sur notre propre métier, ignorants sur tout le reste." (Latour, 2008, 10).

sur la société depuis un dehors fantasmé, au profit d'une compréhension du fonctionnement social comme étant dirigé par l'auto-organisation.

Lippmann développe une symétrisation des capacités de connaissance permise par l'aplanissement des capacités cognitives des individus : les gouvernants, censés diriger, ne sont pas mieux lotis que le reste des individus, mais, à l'inverse, sont soumis à des illusions plus grandes encore en ce qu'ils croient pouvoir accéder à des connaissances générales sur le fonctionnement de la société. Chacun est compétent dans sa sphère privée, ce qui était déjà une thématique libérale chez Smith, et l'extension de cette compétence au-delà de la sphère privée et locale suppose des capacités cognitives qui dépassent ce qui est possible pour un humain. La symétrie entre le dirigeant et le dirigé, l'observateur et l'observé, est de première importance car elle résulte d'une prise en compte maximale des problèmes de la Grande Société, à savoir la fragmentation de la connaissance. Les problématiques que traite Lippmann en développant sa critique des théories de la démocratie, présentent des homologues importantes avec les développements qu'on retrouve chez Hayek et qui expliquent, plus peut-être qu'uniquement le contexte historique, pourquoi les deux pensées se sont retrouvées à la fin des années 1930.

Fragmentation cognitive indépassable et impossibilité d'un point de vue surplombant sur l'ordre social, l'autogouvernement social.

On attend de l'électeur, du citoyen, des efforts illimités qui ne sont pas réalistes (Lippmann, 1925b, 58). Chacun est ainsi renvoyé à sa sphère particulière, étant donné que ni l'éducation ni l'eugénisme ne sont des solutions acceptables ou pertinentes pour traiter ce problème. Même un individu parfaitement formé ne pourrait rien faire de toute la masse d'information que le monde propose. Cette information ne peut être totalisée dans une connaissance adéquate de la Grande Société. La société est fragmentée dans des intérêts particuliers irréconciliables car non nécessairement commensurables. Il est important de souligner que chez Lippmann deux choses font frontalement problème. D'une part, *la quantité* de connaissances qu'il serait nécessaire de posséder pour maîtriser l'ordre complexe de la Grande Société, qui dépasse très largement ce qu'un humain, même augmenté par une éducation idéale et un code génétique parfait, peut maîtriser ; d'autre part, *la diversité* de ces connaissances, qui rend impossible, à supposer qu'elles puissent être toutes possédées par un individu ou un groupe d'individus, la conciliation de celles-ci par un critère extérieur. Pour illustrer cela Lippmann utilise une analogie :

Le trèfle est fécondé grâce au bourdon : plus il y a de bourdons, plus la prairie regorgera de trèfles l'année suivante. Mais les campagnols, qui raffolent de leurs larves, pillent les nids de bourdons. Plus il y a de campagnols, moins il y aura donc de bourdons et de trèfle. Or, près des villages, les chats viennent chasser les campagnols. Donc, plus il y a de chats, moins il y a de campagnols, plus il y a de bourdons et meilleure sera la récolte de trèfle. Ajoutons à cela que plus il y a de gentilles grand-mères au village, plus il y a de chats. Sauf à être hindou ou végétarien, n'importe quel Occidental mangeur de biftecks applaudira les vieilles dames qui élèvent les chats qui chassent les souris qui détruisent les bourdons grâce à qui le bétail peut se repaître de trèfle. Les chats, eux aussi, soutiendront les vieilles dames. Mais qu'on se place plutôt du point de vue d'un campagnol : quelle différence dans la perception du bien et du mal ! Là, les aimables vieilles dames feront figure de sorcières et leurs matous de tigres ; la Ligue pour la Sécurité des Campagnols y sera secouée de débats hystériques à propos du Péril Vieille Dame.

(*Ibid.*, 63).

Ce récit, repris à Darwin, sur la vieille dame, le chat et le campagnol rappelle, par la comparaison inter-espèce, que les intérêts entre différents membres d'une même société peuvent être largement différents en fonction de leur situation. Cela donne ainsi une idée de la façon dont Lippmann se représente ici la société : un ensemble d'individus avec des intérêts divergents et parfois incommensurables – puisque la norme du jugement varie en fonction de notre situation, si on est campagnol ou humain, et par extension entre les humains – qui constituent la société avec leurs problèmes. La rencontre des intérêts particuliers de chacun constitue un problème étant donné que ces intérêts ne s'arrangent pas spontanément : l'intérêt des hommes c'est que les campagnols meurent, mais ce n'est évidemment pas l'intérêt des campagnols. Ce que l'on retrouve dans cet extrait c'est l'idée d'un *pluralisme profond et insurmontable des intérêts individuels*. Lippmann élargit ce pluralisme en l'appliquant directement aux enjeux interindividuels :

Il faut une bonne dose d'esprit partisan et une grande capacité d'aveuglement pour oser prétendre que les exigences des fermiers soient par définition plus fondées que celles des industriels, celles des patrons que celles des salariés, celles des créanciers que celles des débiteurs – et vice-versa. *Ces conflits d'intérêt représentent des problèmes*. Des problèmes qu'il faut résoudre. Mais *aucune grille morale n'existe qu'il suffirait d'appliquer pour obtenir la solution*.

(*Ibid.*, 64, je souligne).

Dans les situations humaines, il n'existe donc pas un public qui pourrait occuper une position surplombante, celle de l'intérêt général, mais des individus ou groupes d'individus défendant leurs intérêts, construits dans une relation avec un environnement social et économique particulier. Lippmann ajoute que, relativement à cet état de fait, il n'existe aucune norme morale permettant de trancher quant à qui avantager ou désavantager dans une situation donnée. Lippmann formule l'importance d'un pluralisme de fait, mais aussi un relativisme moral : aucune donnée, et plus encore aucun principe objectif, ne permet de trancher ou d'orienter le jugement pour une faction plutôt qu'une autre et il faut avant tout prendre acte de la situation d'une société composée d'individus ayant des intérêts divergents. La situation rencontrée, lorsque plusieurs intérêts tout aussi fondés s'affrontent, est réellement *problématique*²⁰¹ et ne saurait être résolue par un critère externe comme un code moral. La reconnaissance du caractère problématique, c'est-à-dire intrinsèquement et irréductiblement insatisfaisante, des interactions individuelles constitue un point de départ de l'analyse lippmannienne, un pluralisme profond quant aux motifs et intérêts des individus qui composent la société. Ce pluralisme est une conséquence directe de l'anthropologie lippmannienne. Si les individus sont formés dans des environnements différents, et que leurs intérêts sont formés par l'interaction de leur organisme avec cet environnement alors ils ne peuvent que, s'ils ont été formés dans des environnements divergents, produire des intérêts conflictuels. Il y a donc une impossibilité épistémique à se situer en dehors des interactions humaines pour les juger avec une grille conceptuelle surplombante. Il faut prendre acte de cette impossibilité non seulement pour les individus ou les gouvernants *mais aussi depuis la position de théoricien*.

Reste à savoir comment une société ainsi qualifiée s'organise²⁰². On remarque la proximité de la position de Lippmann dans ce passage avec les théoriciens classiques du libéralisme, au premier rang desquels Smith, qui commence la *Richesse des Nations* sur le même constat d'individus ayant des intérêts distincts. Comme Smith, dans le livre IV de son enquête, Lippmann est amené à s'interroger sur le mode de gouvernement adéquat à cet état de

²⁰¹ Lippmann consacre un chapitre entier à la définition de ce qu'est un problème (Lippmann, 1925a, b, chap. 7). Le problème est le résultat d'une évolution à des rythmes différents, lorsque l'évolution modifie les relations entre deux variables dépendantes l'une de l'autre. Le déséquilibre entre offre et demande est typiquement génératrice de problèmes, puisque l'économie s'intéresse à des moyens limités pour des fins incompatibles. La diversité de vue des individus produit sans cesse, du fait de leur évolution, une série de problèmes étant donné que les individus sont liés par des relations de dépendance en participant à la même société.

²⁰² En cela, le *Public Fantôme* ne radicalise pas uniquement les thèses de *Public Opinion*, mais propose aussi une théorie positive de l'organisation des publics, à partir du diagnostic formulé trois ans auparavant.

fait. L'argumentation lippmannienne s'articule ainsi autour du fait qu'il est impossible, et cette impossibilité est radicale et insurmontable, de totaliser toute l'information disponible – les conséquences de toutes les actions, les différents projets qu'il faut articuler, les désirs et intérêts de chacun, etc. : "Personne n'est capable de percevoir ni d'appréhender continûment notre société moderne comme un tout cohérent" (*Ibid.*, 70). On peut identifier deux conséquences politiques majeures à cela. (i) La planification socialiste, le débat est contemporain à l'ouvrage et Lippmann en fait mention en critiquant notamment la doctrine socialiste au chapitre II de son ouvrage, implique précisément que cette totalisation est possible, et est donc impossible. (ii) Dans le grand débat – qui a connu bien des ramifications postérieures – relatif au fait de savoir si le libéralisme peut atteindre un point de vue *neutre* Lippmann répond par la négative. Les fictions cognitives ont nécessairement une dimension axiologique, qu'il s'agisse des fictions des experts ou celles des individus. On ne peut pas s'extirper du monde pour le juger du point de vue de Dieu, chaque individu est prisonnier de sa perspective²⁰³. L'idée d'une totalité qui pourrait être perçue comme telle, ce qui rendrait capable d'exprimer ce qu'est un *intérêt général* ou un *bien commun*, est considérée comme illusoire. Le "gouvernement de la société" est le fruit de l'arrangement cumulatif des actions et décisions individuelles, davantage que de n'importe quel projet planifié :

le mécanicien s'il va prendre le travail qu'on lui propose en Pennsylvanie ou dans l'Erié, s'il va acheter une Ford ou un piano et, au cas où il choisit la Ford, s'il va l'acheter dans le garage d'Elm Street ou chez le concessionnaire qui lui a envoyé un prospectus. Ces décisions font partie de l'éventail relativement réduit de choix qui s'offrent à lui. Son travail, il ne l'aura pas choisi parmi tous ceux qui sont disponibles, ni son épouse parmi toutes les femmes dans le monde. *Mis bout à bout, ces choix qui portent sur des détails finissent pourtant par être bel et bien le gouvernement de la société.*

(*Ibid.*, 72, je souligne).

Ces choix sont décrits ici comme éminemment locaux et particuliers : le choix d'un individu de prendre un travail, d'acheter un bien de consommation, mais aussi du lieu de l'achat. Le caractère local et particulier des actions forme pour Lippmann le gouvernement de la société. La société ce n'est ainsi rien d'autre que le tous des choix que les individus font. Il y a ici une

²⁰³ Voir Milanèse (2020a, 29-30) pour les liens entre Lippmann et Nietzsche, auquel est généralement associé le concept de perspectivisme.

forme d'ontologie sociale minimale : des individus existent, sont pluriels, et c'est la totalité de leurs actions qui forme la société. Lippmann franchit un pas supplémentaire car en un certain sens la société civile, composée de la sphère des intérêts particuliers, est déjà autonome, elle se gouverne elle-même. Pourquoi, s'il y a une dimension ordonnée du spontané, vouloir gouverner ce qui semble bien se gouverner soi-même ? Les informations objectives n'étant pas disponibles, il est impossible d'avoir une connaissance globale. C'est pourquoi le gouvernant n'est pas mieux loti que l'homme du commun : lui non plus, malgré ses moyens techniques, n'a pas la capacité de connaître tous les choix, les préférences, les lieux d'achats etc. qui forment la vie en société. Dans le système complexe que forme la société l'ignorance est partagée, qu'on soit gouvernant ou gouverné. Apparaît ainsi une troisième limite liée au statut de la connaissance, non seulement *quantitativement importante* et marquée par un *pluralisme profond* mais aussi et surtout *qualitativement individuelle et subjective*. L'idée de Lippmann consiste avant tout dans l'impossibilité de gouverner la société consciemment par l'opinion publique, donc par un public souverain (*Ibid.*, 85). Il faut cependant distinguer le *gouvernement intégral* et *l'intervention ponctuelle* par un entité consciente, par exemple un public.

Si les "affaires du monde" ne sont pas dirigées et le processus social est un processus en bonne partie aveugle, la conséquence n'est pas de retomber sur la mystique du laissez-faire. Lippmann ne dit pas dans ce passage que la société se dirige intégralement d'elle-même sans qu'un pouvoir politique n'ait jamais aucun rôle. Extrêmement fréquemment, du fait du pluralisme qui génère un nombre infini de problèmes, le normal devient pathologique, et rend l'intervention nécessaire. Pour autant, il faut bien souligner que l'aveuglement n'est pas le seul fait de l'opinion publique. Aveugles, les dirigeants le sont également : la plus grande partie du développement des sociétés leur échappe. Le propre de la théorie positive de Lippmann est de concilier la nécessité d'un auto-gouvernement avec les limites anthropologiques et épistémologiques, desquels il part. Dans les moments majoritaires, mais les individus se contentent de vaquer à leurs occupations et leurs intérêts, et ce n'est que lorsqu'un événement ou une situation dégénère, les empêchant de poursuivre leurs intérêts particuliers, qu'ils se constituent en "opinion publique" visant à résoudre un problème. Si Lippmann insiste sur la spontanéité de la société civile, il ne tend pas vers une forme d'anomie. Les problèmes émergent dans le corps social lorsque les individus aux intérêts différents se rencontrent. Il faudra donc des instances de régulation. Ces instances de régulation, qui occasionnent la formation d'un public, sont locales. L'organisation sociale est possible à l'échelle d'un problème, mais jamais

à l'échelle de la société tout entière, hormis bien évidemment si le problème est à l'échelle de la société tout entière.

Lippmann, dès 1925, pose les problèmes spécifiquement néolibéraux. La société est un processus spontané, mais laissé à elle-même elle génère un nombre infini de problèmes du fait du pluralisme et des conflits entre individus et groupes. Tout cela explique que l'expression selon laquelle le "libéralisme est la philosophie normale" de la grande société (Lippmann, 1937, 236) est la conséquence logique des éléments développés dans les années 1920. Se posent donc les questions centrales du renouveau libéral : Comment gouverner ce qui se gouverne soi-même sans être autoritaire ? Comment arriver à résoudre le problème de la coordination inter-individuelle sans contraindre ou en minimisant la coercition ? Comment, en somme, intervenir sans tomber dans la critique adressée à l'interventionnisme ? C'est précisément ce type de problèmes qu'affronte le néolibéralisme dans son moment de reconstruction, et qui aboutit à une théorie des règles, permettant la coordination via la structuration d'un champ d'interaction permettant la production d'anticipations compossibles, sans pour autant nécessiter de diriger consciemment chaque comportement individuel (voir chap. IV). Lippmann, en 1925, est déjà sur la voie d'une telle théorie positive de la régulation.

Lippmann, qui pose ces problèmes, dès les années 1920, est armé conceptuellement pour devenir une référence, avant-même le moment de reconstruction institutionnelle du libéralisme. Plus encore que sur les réponses théoriques, Lippmann part d'un *même problème*, celui d'une société complexe, rendant les anciens modèles politiques inadéquats, où l'information locale et singulière ne peut être centralisée par un planificateur, demandant donc *une nouvelle philosophie politique* qui ne conclut pour autant pas à l'inanité du gouvernement politique, ni même d'une certaine forme de gouvernement démocratique, mais qui en nécessite la refondation. Il est flagrant que, dans les années 1920, Hayek, dans le cadre d'un travail en psychologie théorique, parte de réflexions anthropologiques et psychologiques relativement proches de ce qu'on peut trouver chez Lippmann, aboutissant à une situation problématique semblable.

2. *L'Ordre sensoriel*, constituer les subjectivités.

Sensory Order, paru en 1952, est le fruit d'une réflexion datant des années 1920, lorsque Hayek hésitait entre l'économie et la psychologie, est l'objet de recherches relativement récentes – bien

que ponctuelles – dans le champ académique²⁰⁴. Birner (2006), sur la base d'une comparaison de manuscrits, note que les thèses de l'ouvrage ont peu évoluées, si ce n'est l'argumentation sur le réductionnisme physique, et une discussion plus détaillée de la littérature philosophique. Pourtant Hayek écrivait, en 1948, lorsqu'il retravaillait sur le sujet, que ce projet était "la chose la plus importante qu'il ait faite à présent"²⁰⁵. On peut donc considérer que ce travail de psychologie est à la fois antérieur aux réflexions de Hayek sur la planification socialiste, et postérieur à celles-ci. Ce texte offre des clefs pour une interprétation de l'anthropologie et de l'épistémologie hayékienne.

Très longtemps les économistes et les philosophes s'intéressant à Hayek ont considéré que l'auteur Viennois avait, avec cet ouvrage, produit un texte absolument déconnecté du reste de son œuvre. En un sens cette mise à l'écart est symptomatique de la mise à l'écart des enjeux épistémologiques et anthropologiques qui nous intéressent dans ce chapitre. Cet ouvrage est le moins cité et le moins travaillé. De façon significative la littérature se référant à cet ouvrage est essentiellement de l'ordre de la psychologie ou des sciences cognitives (Rosenblatt, 1958 ; Gibson, 1960 ; Haber et Hershenson, 1973 ; Pylyshyn, 1980)²⁰⁶. Ce n'est qu'à partir des années 1980 que le texte commence – discrètement – à intéresser les historiens de la pensée, les économistes et les philosophes, notamment à partir du travail pionnier de Miller (1979). Il faut dire que l'ouvrage est passablement complexe, parfois indigeste, et que les économistes n'ont pas saisi les enjeux de ce que Hayek écrivait à l'époque où il l'a publié²⁰⁷. On peut se demander à juste titre en quoi un ouvrage de psychologie théorique, aux accents parfois humiens ou kantiens²⁰⁸ est important pour un programme de recherche en philosophie et en économie. De plus comme le rappelle Caldwell (2004a, 277) Hayek lui-même n'a jamais établi de liens systématiques entre cet ouvrage et son travail en économie²⁰⁹. Depuis les années 1990 la recherche sur *Sensory Order* a cela dit produit des travaux mettant en avant la valeur de l'ouvrage pour former une théorie des anticipations hayékiennes expliquant l'intégration de

²⁰⁴ "Beiträge zur Theorie der Entwicklung des Bewusstseins" est le titre du travail en psychologie de Hayek.

²⁰⁵ Dans une lettre à John Nef du 6 novembre 1948, cité dans Caldwell (2004b, 239).

²⁰⁶ Voir Jensen (2021) pour un travail explorant la relation des réseaux de neurones issus des travaux de Rosenblatt et *Sensory Order* de Hayek.

²⁰⁷ Caldwell (2004, 261) rapporte une anecdote significative à ce propos. En 1949 Felix Ehrenhaft invita Hayek à un séminaire pour présenter l'ouvrage, et Paul Feyerabend, présent, se souvient que Ehrenhaft a introduit son commentaire sur la présentation de Hayek de la manière suivante : "Dear Professor Hayek. This was a marvellous, an admirable, a most learned lecture. I did not understand a single word...".

²⁰⁸ Par exemple, parmi de nombreux autres passages du début de l'ouvrage, Hayek (1952, 7): "Much that we believe to know about the external world is, in fact, knowledge about ourselves". Le Jallé (2017) montre, néanmoins, que les ressemblances avec la psychologie de Hume sont souvent trompeuses.

²⁰⁹ Butos (2006, conclusion) indique que ce fait peut-être s'expliquer par l'influence de Karl Popper, qui professait alors un anti-psychologisme, que Hayek semble avoir repris.

l'information dans les prix à un niveau micro (Butos et Koppl, 1993 ; De Vries, 1994 ; Butos, 1997 ; Birner, 2006), ou en lien avec sa théorie des institutions plus généralement (Gaus, 2006). Le commentateur le plus important de Hayek, Caldwell (2004b, 261sq), a lui aussi consacré une partie de son ouvrage au livre de 1952²¹⁰.

Dans cette partie je montre, à la suite d'un double aveu de Hayek lui-même (Hayek, 1952, v ; 1979, 199), que cet ouvrage est extrêmement important pour rentrer dans le détail du programme de recherche général de l'auteur autrichien, qui propose une théorie de l'action humaine à partir de la psychologie jusqu'à la théorie des institutions. La théorie de l'esprit qu'on retrouve dans *Sensory order* demande alors une attention toute particulière, puisqu'il va s'agir d'un liant pour Hayek entre l'antirationalisme qu'il professe à la fois contre la planification et l'économie néoclassique, et son libéralisme, notamment en montrant la nature sociale de l'esprit humain, qui ne peut façonner un ordre politique à partir de son ignorance. Dans cet ouvrage, la nature de la connaissance, décrite auparavant comme locale et circonstanciée, est précisée comme tacite, comme un "knowing-how" que Hayek tire de Gilbert Ryle, ou un savoir tacite, selon la conception de Michael Polanyi (Oguz, 2010). Cette évolution du concept de connaissance, nécessairement locale et produite dans la relation avec un environnement spécifique, conduit à la nécessité de refonte de la philosophie libérale.

2.1 La formation de l'ordre sensoriel

Hayek part de la position selon laquelle il existe deux ordres, à savoir un ordre physique et un ordre sensoriel. L'ordre physique est celui qui classe des événements comme différents ou similaires en fonction de leurs effets, l'ordre sensoriel classe les éléments selon leurs propriétés sensorielles pour l'esprit. Si on veut clarifier cette distinction avec des termes plus courants nous dirons qu'il y a un ordre physique et un ordre mental, et que ces ordres n'ont pas de correspondance terme-à-terme, du fait que des choses physiquement différentes peuvent apparaître de même nature et des choses de même nature différentes. Pour reprendre un exemple connu, de l'eau tiède peut tour à tour être sentie comme extrêmement chaude si notre main a été glacée au préalable, et fraîche si nous avons chauffé notre main. Dans les deux cas la chose, l'eau tiède, est demeurée la même, mais a été sentie de deux manières distinctes. En

²¹⁰ Aimar (2019) commence également son ouvrage par la présentation de la psychologie hayékienne. Comme l'indique le titre il faut partir du cerveau (la psychologie, qui donne une vision de la nature humaine) pour retrouver l'économie et la politique par la suite.

développant cette idée d'une non-correspondance entre l'ordre des choses et l'ordre de l'esprit, Hayek s'oppose explicitement à l'atomisme de Mach, qui était une théorie vivace dans la Vienne des années 1920, en ce qu'il ne suppose pas une correspondance terme à terme entre le physique et le sensoriel ou mental. Le problème que pose Hayek au début de son ouvrage (Hayek, 1952, vi) est celui de la façon dont deux ordres différents sont connectés²¹¹. En cela la formulation du problème par Hayek rompt nettement avec le behaviorisme de l'époque, représenté en économie par Mitchell, qui défend l'idée que les hypothèses irréalistes de l'économie doivent être remplacées peu à peu par les hypothèses issues de la psychologie comportementale, pour expliquer le fonctionnement effectif des subjectivités. Pour Hayek, il n'est pas possible de standardiser objectivement une psychologie humaine, puisque chaque subjectivité est produite dans un processus permanent de reconfiguration. On peut interpréter cette théorie de Hayek à la fois comme le résultat des préoccupations sur le calcul socialiste et l'épistémologie des sciences sociales, mais aussi comme le fondement anthropologique de ces prises de position, ce qui explique pourquoi Hayek retourne, à la fin des années 1940, à ce travail commencé dans les années 1920.

La réponse de Hayek au problème de la correspondance entre deux ordres hétérogènes s'articule autour de la mise au jour d'un système de classification qui fait fonction d'intermédiaire, d'outil de traduction des informations physiques à l'ordre sensoriel. Ce qui joue ce rôle est pour Hayek le système nerveux (*Ibid.*, 12). Ce système de classification est auto-organisé par des impressions répétées, qui active une chaîne synaptique particulière et produit de l'association : on reconnaît un phénomène spécifique comme étant d'une classe particulière, parce qu'il active une même partie du système neuronal. Hayek développe une théorie évolutionnaire et auto-organisée de l'âme, qui retravaille son système de classification lui permettant de percevoir le monde. L'esprit humain est donc une variété d'ordre spontané, tout comme le marché en était un²¹². C'est-à-dire que l'esprit humain est la conséquence d'une série d'interactions entre le monde et notre système neuronal, sans qu'aucune des interactions, prises individuellement, n'aient pu déterminer la forme actuelle de notre esprit. Hayek exprime tout cela directement à travers le concept de classification :

²¹¹ Hayek note dans son introduction qu'il s'attaque ici à un problème classique, celui du rapport corps/esprit.

²¹² Je renvoie au chapitre IV, mais surtout au chapitre VI pour davantage d'explicitation sur ce concept typiquement hayékien d'ordre spontané. Dans le présent chapitre une discussion systématique de ce concept nous entraînerait hors de notre propos.

Par 'classification', nous entendons un processus dans lequel chaque fois qu'un certain événement récurrent se produit, il produit le même effet spécifique, et où les effets produits par un type quelconque de ces événements peuvent être soit identiques, soit différents de ceux que tout autre type d'événement produit de manière similaire. (...). Tous les événements différents qui, chaque fois qu'ils se produisent, produisent le même effet, seront considérés comme des événements de la même classe, et le fait que chacun d'entre eux produise le même effet sera le seul critère qui les rendra membres de la même classe.

(*Ibid.*, 48)²¹³.

Les sensations que nous expérimentons sont donc le résultat d'une combinaison de plusieurs systèmes de connexions opérés par le système nerveux, comme système classificatoire. L'esprit est compris comme un vaste réseau de neurones interconnectés permettant la classification et partant la sensation, en construisant un modèle d'évaluation des données (qui sont construites dans le processus). La formation de contenus mentaux est nécessairement relative à un environnement qui produit des stimuli spécifiques, auquel le système nerveux peut réagir en se réorganisant, pour mieux s'adapter. Du stimulus externe à la perception il existe toute une médiation de classifications et de connexions neuronales qui trient les stimuli en types. Nous n'avons jamais alors accès à "la réalité", problème dont Hayek cherche à se démarquer en exprimant qu'il n'a pas de sens – nous avons toujours accès à la réalité dans un ordre particulier –, mais à un phénomène qui constitue notre réalité. Comme chez Lippmann, avec le concept de stéréotype, on trouve un dédoublement du problème de l'adaptation, à savoir que les classifications sont des outils d'adaptation, mais ils doivent aussi eux-mêmes être adaptés. Chaque individu étant constitué dans un environnement nécessairement distinct les sensations de chacun et leur système de classification, donc leur esprit, est constitué de façon différenciée. Hayek, comme Lippmann, introduit l'idée d'un pluralisme des formes de l'esprit humain en fonction des environnements dans lesquels les individus ont été formés. La classification se comprend comme dynamique et évolutive, ainsi qu'infiniment complexe : "Le mot

²¹³ L'original dit : "By 'classification' we shall mean a process in which on each occasion on which a certain recurring event happens it produces the same specific effect, and where the effects produced by any one kind of such events may be either the same or different from those which any other kind of event produces in a similar manner. (...). All the different events which whenever they occur produce the same effect will be said to be events of the same class, and the fact that every one of them produces the same effect will be the sole criterion which makes them members of the same class." (Ma traduction).

classification ne donne pas une idée adéquate de la richesse presque infinie de la variété et de la graduation des discriminations qui peuvent être effectuées par un tel appareil" (*Ibid.*, 71)²¹⁴.

En effet, Hayek exprime qu'on peut posséder plusieurs ordres de classifications, dont des classifications de classifications, par suite des résultats des stimuli. L'ordre sensoriel est complexe et réflexif, car il classifie y compris son propre système de classification, ce qui est pour Hayek, et peut-être très traditionnellement puisqu'il s'agit d'une forme de réflexivité, la source de la pensée rationnelle (Caldwell, 2004a, 266). Cela dit, ces formes peuvent être presque infinies en genre, ce qui a pour conséquence que l'esprit humain peut s'exprimer d'une quasi-infinité de manière. Comme l'indique Butos (1977, 228), on peut considérer le système nerveux central comme un phénomène complexe, c'est-à-dire dont les effets dépassent l'addition des causes du fait de l'interaction de variables qui produisent des effets émergents, auto-régulé du fait qu'il se réarrange en permanence. Aimar (2019) invente le néologisme de "dynamique intropreunariale" pour qualifier cet état de fait, puisque l'agent et sa subjectivité se recompose en permanence en fonction des modifications constantes de son environnement, ce qui correspond aux révisions constantes des anticipations des entrepreneurs sur un marché. Se déploie ainsi une pensée gradualiste avec des principes universels :

[La perception et la sensation] apparaissent toutes deux comme essentiellement similaires et (...) elles ne constituent que des étapes différentes d'une gamme encore plus complète de processus, qui peuvent tous être interprétés comme des actes de classification (ou d'évaluation) effectués par le système nerveux central (...) Le principe utilisé pour expliquer ces phénomènes s'applique également aux processus mentaux dits "supérieurs", tels que la formation de concepts abstraits et la pensée conceptuelle.

(Hayek, 1952, 78)²¹⁵.

L'esprit est un processus en constante recomposition. Plus encore, les différents processus qui classifient les stimuli ne possèdent pas de différences qualitatives, au sens où les "phénomènes

²¹⁴ L'original dit : "The word classification scarcely conveys an adequate idea of the almost infinite wealth of variety and graduation of the discriminations which can be performed by such an apparatus" (Ma traduction).

²¹⁵ L'original dit : "[Perception and sensation] both appear as essentially similar and (...) they constitute merely different stages in an even more comprehensive range of processes, all of which can be interpreted as acts of classification (or evaluation) performed by the central nervous system (...) The principle used to explain these phenomena applies also to the so-called 'higher' mental processes such as the formation of abstract concepts and conceptual thought."

supérieurs" ne sont pas supérieurs en vertu d'une nature différente, par exemple en partie de l'âme qui serait intellectuelle, mais proviennent d'une étape ultérieure du développement de l'esprit. Un ordre supérieur de processus mentaux émerge du fait d'une classification de classification. Le principe psychologique hayékien consiste dans une explication de la formation de l'ordre sensoriel, de l'esprit individuel, à partir de processus permanents de recomposition. L'émergence d'un caractère, par exemple, est compréhensible à partir d'une dynamique. Les stabilités de caractère sont expliquées par le fait qu'une fois que le système nerveux a engrangé un nombre de stimuli important, il tend à se stabiliser en considérant chaque nouvel input comme moins important²¹⁶. L'exemple du caractère permet de faire saisir l'équivalence que propose Hayek dans la citation entre un *acte de classification* et un *acte d'évaluation*. En effet, si classer c'est fondamentalement évaluer, c'est que la classification est produite par un système qui est déjà constitué par sa situation spécifique vis-à-vis d'un environnement donné. Il n'y a donc pas de classifications objectives, ce qui nous entraîne sur le chemin déjà emprunté d'un pluralisme radical.

Dans cet exercice de reconstitution de ce qui fait le propre de l'ordre sensoriel, et de la façon dont il se coordonne avec un ordre physique, on retrouve le problème de la coordination. Il s'agissait bien, dès 1937, de comprendre comment un ordre individuel (les plans individuels) pouvait être compatible avec un ordre social (la compatibilité des différents plans individuels). Hayek repose le même problème de la connexion de deux ordres à un niveau infra-individuel. L'auteur autrichien ne prend pas parti entre une donation innée de la structure de classification (présente dès la naissance pour ordonner les stimuli) ou une construction empirique de celle-ci. Il semble penser un intermédiaire interactionniste dans lequel il y a un donné génétique, et où celui-ci se reconfigure continuellement avec l'expérience et l'environnement, qui façonne des stimuli particuliers (*Ibid.*, 49). Cette psychologie explique les différences entre individus : si la "carte" classificatoire se reconstitue continuellement face à l'environnement alors aucun individu n'a une carte identique et donc, un esprit identique. La conséquence de tout cela c'est que l'esprit humain est éminemment social et intégré à un environnement qui le structure très largement au moins en partie, ce qui explique l'importance, dans la théorie générale de Hayek²¹⁷, du statut des règles, qui vont structurer des types de subjectivités. La connaissance

²¹⁶ On peut établir un parallèle avec le conservatisme des stéréotypes chez Lippmann (1922) sur ce point. Une fois un stéréotype institué il façonne une façon de voir le monde et implique un biais de confirmation.

²¹⁷ Importance qui est croissante à partir des années 1950 chez Hayek. Sur l'importance du statut des règles sociales et leur évolution, voir le chap. VI.

individuelle est donc en grande partie tacite au sens où elle incorporée, structurée par un environnement à force d'interactions répétées²¹⁸.

2.3 Microfonder l'épistémologie

Les commentateurs de Hayek qui traitent de ce texte voient dans celui-ci ou bien un positionnement théorique contre le positivisme logique et sa thèse atomiste (Ebenstein, 2003), le behaviorisme qui est leur théorie psychologique spécifique (Caldwell, 2004) ou comme une amorce du tournant évolutionnaire de Hayek, en suivant la note rétrospective qu'on trouve chez Hayek lui-même (1979, 199-200)²¹⁹. Bien que certainement correctes, ce ne sont pas ces perspectives que nous allons privilégier. Il nous semble plus important de lire ce texte comme une formulation d'une anthropologie générale visant à soutenir la théorie sociale et la philosophie politique qui émerge du projet hayékien à partir des années 1930, ce qui est cohérent avec la chronologie du texte, débuté lors des années 1920. On ne comprend alors l'intérêt de *Sensory Order* qu'en y voyant la continuation et le développement d'une pensée générale sur la nature de la connaissance, venant se fonder dans une théorie spécifique de l'esprit humain. Comme chez Lippmann, les positions néolibérales de Hayek ne sont anti-naturalistes *qu'en un sens anti-spenceriens*. Il s'agit bien, contre une dichotomie nature/société de repenser la théorie libérale à partir d'une conception de la nature humaine ne mobilisant pas une distinction étanche entre ce qui relève de la vie sociale et de la nature individuelle. Chez Hayek la connaissance individuelle est donc produite par un environnement, constitué lui-même de règles, d'institutions et de traditions.

L'articulation la plus évidente allant dans le sens d'une continuité du projet hayékien est donnée par Birner (2006), qui saisit ce texte comme solidaire du projet subjectiviste de Hayek amorcé avec "Economics and Knowledge". Comme on le sait, cet article met l'accent sur la dimension subjective de la connaissance, dispersée parmi les individus, et pose le problème de l'acquisition et de la communication de cette connaissance. Il reste cependant à voir comment les individus forment leurs opinions et préférences individuelles spécifiques en fonction des situations, et notamment leurs anticipations, qui sont le cœur des dynamiques de coordination

²¹⁸ Sur ce point en 1922, Lippmann développe également et très largement le thème de l'interaction entre esprit et environnement. Comme nous l'avons vu, il en tire des conclusions similaires à Hayek. La seule différence marquante est que Lippmann ne traite pas de la base physiologique d'une telle interaction.

²¹⁹ Parmi les commentateurs, peut citer De Vries (1994), Ebenstein (2003, 134-137), Caldwell (2004, 277-278) ou Birner (1999, 2006).

et de concurrence. Les développements psychologiques de *Sensory Order* permettent à Hayek, *au niveau micro*, de développer une anthropologie compatible avec sa critique épistémologique du socialisme – mais aussi de l'économie néoclassique et du modèle de l'homme économique – *au niveau macro*.

La théorie de l'esprit développée dans cet ouvrage est totalement cohérente avec le subjectivisme de Hayek développé depuis 1937 : la connaissance est locale, propre à un environnement qui produit des stimuli, et, par le moyen de médiations classificatoires évolutives, produit une "carte" d'adaptation à l'environnement, qui est spécifique à chaque individu. Cette connaissance incorporée, adaptative, relative à l'environnement situé et local, rentre parfaitement en continuité, si ce n'est en soutien, avec la théorie de la division de la connaissance et l'impossibilité, du fait de la nature de celle-ci, d'être exprimée objectivement et transmise à un planificateur par exemple. La nature tacite de cette connaissance²²⁰ interdit, davantage encore que la quantité de connaissance à centraliser, toute planification par un bureau de type soviétique. Si la coordination sociale est le fruit de connaissances qui ne peuvent par définition qu'être portée par des individus et véhiculées dans leurs actions, du fait d'habitudes, de pratiques réglées et incorporées, alors toute centralisation se condamne à être aveugle sur ce type de connaissance, et donc manquer une partie importante de ce qui permet la coordination socio-économique. On peut ici distinguer la *connaissance*, qui chez Hayek a une dimension pratique, incorporée, individuelle et proprement subjective, et l'*information*, qui est une connaissance objectivée par un mécanisme de coordination, comme le marché, qui est capable d'objectiver les connaissances subjectives des individus en un signal informationnel, à savoir le prix. Le propre d'une institution, chez Hayek, consiste à opérer cette transformation. Nous retrouvons deux critères que nous avons conceptualisé chez Lippmann : non seulement la connaissance chez Hayek est quantitativement importante, cela revient à sa critique lors du calcul socialiste (voir chap. I), mais cela s'accompagne d'une dimension *qualitativement subjective de la connaissance* qui est irréductible à de l'information transmissible.

Une des conséquences importantes du propos hayékien est l'impossibilité de déduire de conditions physiques des conditions mentales. Ce qui est justifié ici c'est l'impossibilité de toute réduction "matérialiste", du type de celle menée par la sociologie de la connaissance de Mannheim, des subjectivités. Birner (1999) décrit cela en disant que Hayek est sur le plan

²²⁰ Sur la connaissance tacite chez Hayek on se référera à Oguz (2010) et plus récemment à Mirowski et Nik-Khah (2018).

théorique un moniste, en ce que le mental doit pouvoir être compris uniquement à partir de choses physiques, par exemple le réseau de neurones et le système nerveux, mais pratiquement un dualiste en ce qu'il refuse la réduction du mental au physique, en pensant une forme d'émergentisme du mental²²¹, de l'ordre sensoriel, sous la forme d'un phénomène complexe. Le "datum" premier c'est la subjectivité des individus, et cela est indépassable. Hayek exprime cela très clairement :

Cela signifie, en particulier, que les dispositifs développés par les sciences naturelles dans le but particulier de remplacer une description du monde en termes sensoriels ou phénoménaux par une description en termes physiques perdent leur raison d'être dans l'étude de l'action humaine intelligible.

(Hayek, 1952, 193)²²².

Pour comprendre les actions humaines, on doit nécessairement partir des intentions individuelles. La perspective hayékienne, à l'instar de celle de Lippmann, interdit tout point de vue depuis une échelle de valeur externe ou réductionnisme à des facteurs non subjectifs. L'approche hayékienne est fondée sur le *subjectivisme*, c'est-à-dire sur la particularité des représentations individuelles et la nécessité de se fonder sur celle-ci comme données premières de la science. Ces données sont donc irréductibles, c'est-à-dire qu'elles ne pourront, si un conflit apparaît entre deux subjectivités, y avoir de critères pertinents pour déterminer quel intérêt il faut favoriser a priori²²³. On retrouve donc une troisième caractéristique de la connaissance que nous avons également chez Lippmann, à savoir la *dimension qualitativement subjective de la connaissance*. Le subjectivisme hayékien est donc tout à la fois une position méthodologique

²²¹ Sur l'émergentisme chez Hayek, on pourra se référer à Lewis (2014) qui développe l'idée d'un émergentisme épistémologique dans toute l'œuvre de Hayek. Il nous semble que cette position est particulièrement adéquate pour décrire le phénomène de spontanéité qui est au cœur de la théorie hayékienne. L'ordre spontané, qui est la conséquence d'une série d'actions individuelles ne visant pas sa réalisation et qui, en retour contraint les comportements individuels par la production de règles par exemple, correspond parfaitement à ce que l'on définit comme émergentisme en philosophie de l'esprit notamment (Sartenaer, 2018).

²²² L'original dit: "It means, in particular, that the devices developed by the natural sciences for the special purpose of replacing a description of the world in sensory or phenomenal terms by one in physical terms lose their raison d'être in the study of intelligible human action." (Ma traduction).

²²³ Hayek pose donc une restriction très nette en termes de compréhension de l'action : si les comportements humains peuvent être expliqués ce n'est pas par l'économie, mais par la psychologie plutôt qu'une autre science humaine. En cela il s'oppose à une détermination sociologique de l'action – bien qu'il reconnaisse une dimension sociale à la connaissance – et s'oppose ainsi à des sociologues comme Mannheim et la sociologie de la connaissance, à savoir la discipline qui vise à déterminer la connaissance individuelle, et notamment du monde social, en raison de facteurs externes. Le travail de Hayek est en continuité avec ses articles sur la méthodologie des sciences humaines, voir par exemple Hayek (1942, 67).

(l'individualisme), ontologique (les institutions comme représentations mentales), morale (relativisme et pluralisme) et politique (support de son libéralisme)²²⁴.

Cette théorie permet alors d'expliquer comment les individus arrivent, au niveau micro, à se coordonner et à former des anticipations. Butos (1997) et, aussi et surtout, Gaus (2006) proposent une systématisation de Hayek à partir de ce point de départ. La théorie de la coordination de Hayek par les prix suppose une théorie sous-jacente des anticipations, qui peut se trouver dans *Sensory Order*. Les textes de Hayek étudiés dans notre chap. I ne montrent pas comment un individu intègre la connaissance et y réagit pour se coordonner avec les autres. On définit généralement les anticipations comme étant formées par les individus en construisant une représentation sur ce que les autres individus peuvent faire dans la situation dans laquelle ils sont. Je peux, par exemple, anticiper un coup aux échecs en sachant que mon adversaire a le choix entre une série de coups dont seuls certains sont viables. Mais cela ne correspond pas exactement à ce qu'on peut tirer de *Sensory Order*. L'institutionnalisme épistémique, à savoir que les institutions ne sont pas uniquement des stocks externalisés d'information, mais aussi et surtout les vecteurs de l'individualisation par des règles incorporées qui façonnent des types de comportements, produit en effet une définition spécifique des anticipations. Les anticipations sont moins des représentations mentales que des dispositions à l'action, c'est-à-dire que les dispositions à l'action sont irréductibles à la connaissance explicite que les agents peuvent avoir, car la formation des individualités par le truchement des règles produit une adéquation des comportements individuels avec les régularités sociales par l'incorporation de la connaissance (et la formation d'un système de classification), ce qu'on nomme généralement chez Hayek par le concept de *connaissance tacite*. Je sais comment agir dans une situation parce que je suis adapté à mon environnement ; en vertu de ma constante réaction à des stimuli qui le caractérise et, dans ce cadre, je n'ai pas besoin de connaître explicitement l'intégralité des variables qui structurent mon environnement. L'anticipation provient donc de l'expérience, qui est précisément définie comme l'interaction constante entre l'organisme et l'environnement, et cette expérience produit de l'habitude ayant pour conséquence que les anticipations sont stables dans le temps, puisque l'environnement, notamment régulé par des institutions dont le but est de réduire la complexité et l'incertitude, est relativement stable. Cela correspond au principe cognitif de Hayek selon lequel l'expérience ne peut pas venir modifier d'un coup l'habitude, car l'expérience passée est stockée par l'organisme (Hayek, 1952, 115). La

²²⁴ À la différence de Lippmann, chez qui le rapport au libéralisme n'est pas évident dans les années 1920, ces développements sont parallèles chez Hayek.

majeure partie des anticipations n'est pas issue d'un processus délibératif, mais, du fait que les règles qui gouvernent la façon dont le stimulus est transformé en perception et donc en connaissance, incorporée et inconsciente, ou plutôt se situent à un niveau infraconscient, pour ne pas reprendre un vocabulaire psychanalytique qui serait malvenu²²⁵.

On trouve donc chez Hayek une conception "dispositionnelle de l'anticipation" (Butos, 1997, 229), fondée sur le fait que les individus forment des anticipations sur la base d'une connaissance tacite. Ces anticipations ont pour but de correspondre le plus possible à un environnement (*to fit the environment*)²²⁶. Elles peuvent être garanties par un processus d'essai et d'erreur durant lequel l'esprit sélectionne les bonnes anticipations en contexte, sans que ce processus soit néanmoins conscient. On retrouve ici une interprétation large chez les commentateurs, constituant à voir dans la connaissance réglée de Hayek une reprise notamment de la primauté de la pratique chez Wittgenstein à la même époque (Oguz, 2010)²²⁷. La connaissance sociale, au sens où les anticipations portent sur ce que font les autres individus et les attentes que l'on peut former, possédée par les individus étant une connaissance pratique, incorporée, par distinction d'avec une connaissance scientifique, formalisée et transmissible, elle implique une impossibilité de se voir véhiculée autrement que par l'action, c'est-à-dire observable *a posteriori*. Une des conséquences de cette position est qu'il est impossible, pour Hayek, de se situer en dehors des actions individuelles pour les organiser, puisque celles-ci sont précisément le fondement de l'ordre social, à savoir le caractère réglé des interactions en société. Si on prend l'exemple de la concurrence, chaque individu forme une anticipation sur

²²⁵ Cela ne signifie pas que chez Hayek les individus ne font pas des choix ni des calculs. Le propre du propos de Hayek n'est pas de dénier la possibilité d'une connaissance explicite au profit d'une expérience intégralement tacite et de processus aveugles. Néanmoins, les phénomènes conscients d'ordre supérieur ne sont possibles que grâce à l'arrière-plan offert par un ensemble de règles de classifications déjà stabilisées et non-conscientes. Un exemple permet d'illustrer néanmoins cette relation entre processus décisionnels conscients et calculés et arrière-plan cognitif infraconscient, à savoir la dynamique entrepreneuriale. La dynamique entrepreneuriale est en effet fondée spécifiquement sur l'idée que certains individus rompent avec le cours normal de l'habitude, pour proposer de nouvelles formes d'organisation, de normes morales, ou de composition de forces de production. Cela n'est rendu possible que parce que la société est caractérisée par une dynamique constante, qui crée des situations de déséquilibres dans lesquelles les dispositions individuelles sont désadaptées. Cela signifie également que dans une grande majorité de cas les individus ne réfléchissent pas consciemment à ce qu'ils font. La condition de possibilité de l'inventivité et de l'entrepreneuriat c'est alors l'habitude et la régularité incorporée des comportements la plupart du temps. Je reviens sur ces questions au chapitre VI, en proposant une explication de la façon dont Hayek peut expliquer l'émergence de comportements rationnels à partir de cette théorie de la connaissance tacite.

²²⁶ On voit donc qu'un problème apparaît pour Hayek ici, relatif au niveau auquel joue l'adaptation (adaptation *par* les classifications/adaptation *de* la classification), car rien ne vient garantir que nos classifications sont elles-mêmes adaptées. Hayek ne répond pas à ce problème dans un premier temps, mais on peut lire son usage de l'évolutionnisme, et notamment son recours à la théorie de la sélection de groupe à partir des années 1960, comme une réponse à ce problème séminal. Je renvoie encore une fois à mon chapitre VI sur ce point.

²²⁷ Hayek écrira d'ailleurs une biographie de son lointain cousin viennois, Wittgenstein, à la mort de ce dernier, en 1951. Ce manuscrit a été publié en 2019, par Christian Erbacher.

un marché en fonction de sa situation, avec d'autres individus qui agissent de la même façon et essaient, dans le processus concurrentiel, de tirer leur épingle du jeu. Le jeu lui-même n'est possible, et la formation d'anticipations stables, que parce que des cadres institutionnels sont disponibles qui réduisent l'incertitude et véhiculent des informations (notamment via le prix). La stabilité institutionnelle permet de produire des anticipations valides – une thèse qu'on retrouve à l'identique chez Lippmann, mais plus largement dans le pragmatisme dans lequel puise Lippmann. La dynamique entrepreneuriale, qui soutient la concurrence et la transmission d'information par le prix, peut être largement éclairée par ce texte qui spécifie les dispositions psychologiques des individus à l'aide d'une psychologie universaliste bien que différenciant des individus dans le processus de formation de l'esprit. On comprend donc pourquoi la théorie des règles, aussi bien juridique que culturelle, découle de cette anthropologie. Ces développements entraînent des conséquences de premier ordre pour la théorie politique.

3. Repenser la démocratie

Chez Lippmann, comme chez Hayek, le libéralisme est reconceptualisé à partir d'une réflexion anthropologique et épistémologique. Chez l'Américain aussi bien que chez l'Autrichien, cette réflexion conduit à un pluralisme profond, et à une conception locale, fragmentée et subjective de la connaissance, qui a pour conséquence la nécessité de refonder profondément nos conceptions politiques. La planification n'est qu'un avatar des tentations collectivistes, qui peuplent le bestiaire de nos concepts politiques. La démocratie devient un objet permanent d'analyse des néolibéraux, et ceci même après le moment de refondation du libéralisme. À Chicago, avec Friedman, Stigler ou Lucas, ou encore en Virginie, avec Tullock et Buchanan, les néolibéraux ne vont avoir de cesse de demander l'encadrement ou la limitation de la démocratie, ou d'en penser la nécessaire redéfinition²²⁸.

Le concept principal qui apparaît transformé, chez Lippmann aussi bien que chez Hayek, dès la première phase du néolibéralisme, est le concept de démocratie. Il y a plusieurs raisons, aussi bien contextuelles que conceptuelles pour cela. Contextuellement la démocratie est perçue comme une des causes de la montée du fascisme et du nazisme et plus largement

²²⁸ Cette phrase anticipe sur le chapitre VII où je développe la critique de la démocratie chez Buchanan et Tullock (1962). Néanmoins l'histoire du néolibéralisme est traversée par les relations ambivalentes avec la démocratie. Pour une introduction panoramique aux enjeux des relations entre néolibéralisme et démocratie, voir Colin-Jaeger et Verlengia (2020) et Zamora (2020).

d'une tendance illibérale sacrifiant la liberté pour l'égalité, ou du moins une certaine conception de celle-ci²²⁹. Conceptuellement la démocratie est perçue comme fondée sur le mythe d'une souveraineté populaire qui est en réalité la dictature de la majorité, extorquant en réalité des rentes à une minorité. La critique des néolibéraux, Lippmann et Hayek en tête, se fonde sur leurs développements anthropologiques et épistémologiques. Le problème de la démocratie perçue comme souveraineté populaire – les néolibéraux vont continuer de se référer positivement à la démocratie et à son idéal d'auto-gouvernement, ce qui sera vrai y compris par la suite, lorsque la critique se fera plus dure, comme chez Buchanan – est qu'elle suppose, comme condition de possibilité, ce que les néolibéraux refusent épistémologiquement, à savoir la considération de l'ensemble de la société comme un tout, dont on pourrait décrire le bien-être indépendamment des choix des individus et de leurs valeurs, comme s'il était possible de fonder l'ordre social dans une moralité objective à même de transcender le pluralisme radical des valeurs. De ce fait, le cas de la démocratie est analogue à celui de la planification. Pour la démocratie comme pour la planification le problème est épistémologique. Lippmann montre que le concept de souveraineté populaire est construit sur des fictions fautive. Hayek insiste sur la dimension collectiviste et potentiellement tyrannique de cette conception de la démocratie.

3.1 Le mirage de la petite société

La façon dont Lippmann pose le problème de la démocratie, à savoir à partir de la question de la limite de la connaissance, rénove totalement la façon de parler de la démocratie et de l'opinion publique. La symétrisation des capacités des individus – gouvernants et gouvernés – implique pour les gouvernants une conséquence néfaste : leur situation ne garantit en aucun cas une supériorité épistémique sur les gouvernés, ou du moins un avantage épistémique décisif : le président Wilson, pas plus que l'homme du commun, ne peuvent tenir l'ensemble de la société dans sa tête. Plus encore, il est fort possible qu'ils en sachent moins que les individus qu'ils gouvernent relativement à ce qui est bon pour eux et aux règles qu'ils doivent suivre. Dans les situations humaines, il n'existe donc pas un public qui pourrait occuper une position surplombante, celle de l'intérêt général, mais des individus ou groupes d'individus défendant

²²⁹ Dans les années 1930 ce point est explicite chez les deux auteurs. Néanmoins la réflexion de Lippmann sur la démocratie s'amorce avant ce contexte, et ce dès les années 1910, ce qui montre une continuité de préoccupation chez cet auteur que je ne peux développer ici. Voir Milanèse (2020a, partie I) pour une lecture suivie de ces thèmes.

leurs intérêts. De plus, il n'existe aucune norme morale permettant de trancher quant à qui avantager ou désavantager dans une situation donnée, les règles morales étant elles-mêmes relatives à des points de vue et des situations d'énonciations. Pluralisme moral et relativisme des valeurs vont de pair : aucune donnée ne permet de trancher pour une faction plutôt qu'une autre, et il faut avant tout prendre acte de la situation d'une société composée d'individus ayant des intérêts divergents. Le "public", ou le "peuple", ne peuvent intervenir souverainement dans les affaires politiques.

La théorie démocratique usuelle, que Lippmann voit dans la théorie des Pères Fondateurs, notamment Thomas Jefferson, celle qui pose des individus compétents et intéressés aux affaires publiques, se référant à un environnement familial et restreint, est caduque²³⁰. On ne peut plus croire que la connaissance nécessaire à la *guidance* des affaires humaines émerge spontanément. Cette théorie idéale est fondée sur une anthropologie tout aussi idéale : on pose une raison pour chacun, avec la capacité de penser, de délibérer, de se mettre d'accord sur des faits. On standardise des capacités de raisonner (Lippmann, 1922, 275), alors que ce qu'une enquête attentive révèle c'est précisément l'hétérogénéité des compétences et des façons de raisonner que rien ne vient permettre *a priori* de rendre compossibles. On s'est ainsi donné une anthropologie idéale dans une situation idéale, le cadre restreint de la petite communauté où la question de la fragmentation de l'information et de la connaissance se pose avec moins d'amplitude (*Ibid.*, 273), et on a cherché à appliquer ce modèle à une situation qui ne lui correspond plus, si la situation a déjà correspondu effectivement. Nos concepts politiques traditionnels ont pensé la société à rebours en partant du modèle de la petite communauté alors que le monde est désormais celui de la Grande Société. Pour Lippmann la défense traditionnelle de la démocratie est fondée sur deux prémisses : (i) le modèle d'un monde clôt et (ii) le mythe du citoyen omni-compétent²³¹. Dès lors, ce sont les assises conceptuelles de la théorie de la démocratie qui sont branlantes. Non seulement la démocratie suppose des communautés de petite taille, mais en plus elle surévalue les compétences des individus. Il faut donc reposer la question de la démocratie à nouveaux frais : Comment peut-on gouverner alors que chaque individu est avant tout défini par sa limite ? Le présupposé de la théorie démocratique standard

²³⁰ Cela se comprend contextuellement puisque la démocratie américaine est traversée par des crises de la démocratie à partir des années 1910, qui suscitent nombre de discussions auxquelles Lippmann prend part. Ces débats touchent aux dysfonctionnements électoraux avec une baisse de la participation, aux études sur l'intelligence des citoyens, etc.

²³¹ Ces deux prémisses correspondent à deux critiques distinctes chez Lippmann, puisque la critique de l'omnicompétence des citoyens est liée à l'époque moderne, alors que le lien de la démocratie à la communauté close renvoie chez Lippmann à l'époque d'Aristote.

c'est que la connaissance nécessaire à la gestion des affaires humaines remonte naturellement au gouvernant. Mais c'est justement ce processus qui est à questionner pour Lippmann, puisqu'il n'est en rien évident que la connaissance locale puisse être transmise à un gouvernement de quelque forme que ce soit (*Ibid.*, 258)²³².

La théorie contre laquelle se positionne Lippmann suppose une situation dans laquelle les individus, par le biais de leurs représentants, pouvaient faire remonter de la connaissance au gouvernant au cours de discussions, par exemple au Congrès. Dans ce cadre, la voix du peuple serait bien la voix de Dieu, celle d'un souverain indiscutable (*vox populi, vox dei*). Supposer le gouvernant comme possédant l'information nécessaire au gouvernement de la société, consiste à masquer tous les processus par lesquels l'information est susceptible d'émerger effectivement. Comment peut-on faire en sorte que le gouvernant possède une connaissance de la société ? Lippmann ne croit pas que le Congrès, lieu de débat où différents intérêts et opinions sont censés s'affronter, soit un espace où ces problèmes sont surmontés : "Un Congrès de représentants n'est qu'un congrès d'hommes aveugles dans un monde vaste et inconnu" (*Ibid.*, 287)²³³.

Le monde est vaste et personne ne peut prétendre le connaître. Les représentants, sénateurs ou députés, sont ainsi aveugles, parce qu'ils ne peuvent pas faire de choix éclairés. Le problème des individus normaux se reconduit ainsi à l'échelle des instances de décision. Il faut noter que ce n'est pas une question de qualité individuelle : aucun individu, aussi bon soit-il, n'a la capacité d'avoir une décision éclairée sur l'ensemble de la société²³⁴. À cet état de fait Lippmann propose deux solutions, qui ne s'opposent pas. La première, dans *Public Opinion*,

²³² De manière incidente Lippmann pose le problème très contemporain des conditions épistémiques du fonctionnement démocratique, et traite donc de toute une série de problèmes qu'on retrouve dans les textes sur la démocratie épistémique aujourd'hui. Voir, exemplairement, Landmore (2012).

²³³ L'original dit : "A Congress of representative is a congress of blind men in a vast and unknown world" (Ma traduction). On se trouve ainsi dans une situation à l'opposé de ce qu'on pouvait trouver chez par exemple John Stuart Mill (1861) ou Madison dans les *Federalist Papers*, chez qui la représentation garantit la circulation d'une connaissance locale, et où les débats à la chambre parlementaire conduisent à l'émergence du bien commun par la confrontation des intérêts situés. Chez Lippmann, les représentants n'ont pas de vision surplombante, sont tout aussi aveugle que les représentés, et n'ont aucune raison de produire des jugements plus éclairés que la masse de laquelle ils sont sensés s'extraire. Dans les catégories contemporaines, Lippmann ne se retrouverait donc ni en défenseur de la démocratie délibérative et/ou participative ni en défenseur de la démocratie représentative. En effet chez Lippmann il y a certes une critique du Congrès et de la représentation, mais la présidence fédérale n'essuie pas les mêmes critiques, de la même façon le gouvernement ne peut être justifié par une totalisation de la connaissance, mais le gouvernement fédéral peut produire de la connaissance à une échelle plus adéquate à l'émergence d'un ordre global.

²³⁴ C'est d'ailleurs dans ce cadre que Lippmann développe sa critique du socialisme de la guilde, de la société fabienne notamment. La critique de Lippmann consiste dans le fait de dire que les socialistes de la guilde ne font finalement que reproduire la vieille image, celle d'une société où tout peut être contrôlé, sous un nouvel habit, une "*old image in a new form*". Or cette image est une fiction néfaste.

insiste sur l'expertise, la seconde, dans le *Public fantôme*, propose une théorie du rôle du public comme réforme graduelle des règles de coordination sociale.

3.2 *Public Opinion*, le rôle de l'expertise

Quelle est la nouvelle image de la société démocratique que nous pouvons construire ? Lippmann met en avant *l'expertise* comme réponse dans *Public Opinion*. Une expertise non pas générale – comme celle qu'on demande au représentant, en cela Lippmann maintient sa critique de l'omnicompétence, il ne l'a pas évacuée pour la réintroduire dans des individus exceptionnels – mais locale, produite par des spécialistes. L'intérêt commun est manqué systématiquement par la masse des individus, qui ne connaissent que leurs affaires particulières. Mais elle peut, sur un problème particulier, être saisie par une classe de spécialistes (*Ibid.*, 310). Quelles sont les ressources de l'expertise ? Avant tout d'être capable de désamorcer des attentes, de comparer différentes images du monde et donc de désactiver les stéréotypes par une forme de pluralisme (*Ibid.*, 115-116). L'expert est celui qui arrive, par un travail scientifique collectif et une méthodologie, à remettre en question certains stéréotypes pour élargir le champ de la connaissance en prenant en compte de nouvelles informations auparavant occultées par l'écran des préconceptions et des stéréotypes. Ou plutôt, comme le stéréotype est une fiction indépassable de la cognition individuelle, l'expert permet non pas de les abolir, mais de les modifier et les réorienter. Il est évident que cette expertise ne peut qu'être locale pour Lippmann, car elle demande du temps et de l'attention, et ne peut émerger que collectivement sur un problème précis, c'est-à-dire sur un moment de crise où une situation rend la coordination entre individus compliquée (Lippmann, 1922, partie VIII). L'expert ne vient donc pas remplacer le représentant, mais proposer une connaissance particulière sur un problème donné. En cela on se trompe lorsqu'on énonce que Lippmann proposerait une théorie technocratique, *un gouvernement par les experts*. Les experts ne sont jamais les décideurs pour Lippmann, mais des conseillers. Les développements de 1925 ne viendront pas nier le rôle des experts, mais l'exemplifier, puisque le public constitué sur une situation de crise problématique devra décider en écoutant des expertises contradictoires sur un sujet. Le rôle de l'expert consiste à animer la vie démocratique, pas à la détruire. Il faut par ailleurs noter que *l'expert* n'est pas uniquement le *spécialiste* reconnu par un titre, mais que l'expertise est produite lorsque l'action produit de la connaissance, ce qui signifie que les représentants ou les agents qui se heurtent à un problème sont *eux aussi* des experts. Si la qualité d'un gouvernement est jugée à sa capacité

à élargir ses vues, et donc à mettre en concurrence différents types d'expertises, ce que défend Lippmann dans les derniers chapitres de *Public Opinion*, alors il est nécessaire de reconnaître que l'expertise peut émerger de différents individus et à différentes échelles. Lippmann reprend donc le concept d'expertise aux partisans de la technocratie, mais ne propose pas lui-même une conception technocratique, puisque l'expertise est diverse, plurielle, et ne se trouve jamais en position de décision.

Le remède est donc dans le mal. Si la Grande Société est devenue un environnement trop vaste pour les individus qui n'y sont pas adaptés c'est à cause de la technique, qui a élargi les échelles et développé la division du travail. C'est par cette même technique que doit passer la compréhension de ce nouvel environnement : il faut se tourner vers le statisticien, le conseiller scientifique, l'ingénieur, le chercheur en sociologie, en économie ou en psychologie, mais aussi les individus ayant une connaissance située comme les leaders syndicaux, les capitaines d'industrie, les juristes et les gouvernants etc. (*Ibid.*, 370). Il faut que les gouvernants s'entourent d'experts, qui ont un pouvoir indirect en donnant les éléments pour la prise de décision. La solution est celle d'un pluralisme : tout le monde est aveugle sur l'ensemble des processus, gouvernants comme experts multiples, mais par l'élargissement des vues et la confrontation des perspectives une connaissance sociale, une maîtrise (*Mastery*) permettant la gestion des affaires humaines dans le but de résoudre les problèmes émergents est possible. Ainsi, Lippmann peut-il proposer une alternative à la théorie politique qui le précède, fondée sur la fiction dépassée des petites entités politiques.

Il y a donc une solution au problème du gouvernement, et celle-ci passe par l'expertise, qui est capable de réduire le fossé entre l'environnement réel et l'environnement conçu, c'est-à-dire à réduire la distance entre l'image que nous nous faisons du monde et le monde lui-même. Ou plutôt que cette formulation, qui suppose une forme de réalisme : comment rendre nos fictions opérationnelles ? Le modèle est le suivant : les stéréotypes des individus, à savoir leur perception du monde, est stable, mais conduit à des situations de crise que sont les problèmes, définis par la désynchronisation des rythmes d'évolution en société (ce que Lippmann développe en 1925) ; dans ces situations l'expérimentation est à même de modifier les stéréotypes en montrant comment certaines visions du monde perdent leur caractère bénéfique et doivent être modifiées pour résoudre les problèmes. L'expérimentation part nécessairement des stéréotypes, mais l'expert est celui qui est capable de faire varier plusieurs positions en vue de faire apparaître leur contingence. En un sens, cette confrontation est le propre du concept d'expérimentation sociale. Cette expertise vise non pas à agir tel un pouvoir souverain sur les

individus, qui se gouvernent eux-mêmes (*self-government*), mais avant tout à rectifier leurs fictions pour les rendre davantage adéquates. Les fictions doivent s'adapter, et l'expérimentation est la seule réponse au problème de l'adaptation des fictions et stéréotypes aux problèmes sociaux qui ne cessent d'apparaître. Il n'existe pas de normes extérieures permettant de juger de l'adéquation des fictions à leur environnement, ce qui conduit Lippmann à se référer à la méthode scientifique comme processus d'essais et d'erreurs, en faisant varier les fictions (la science est aussi en ce sens une fiction) comme meilleur moyen de réaliser ce processus d'adaptation nécessaire. On produit ainsi un savoir sur la société qui permet aux individus de réarranger leurs représentations sur leur environnement. Le rôle de cette expertise ne consiste pas en une invalidation de la position des auteurs fédéralistes, qui soutiennent l'idée libérale d'un gouvernement représentatif ou chaque individu obéit en réalité aux représentants qu'il choisit de façon éclairée et ou ceux-ci, en tant qu'individus compétents, prennent les meilleures décisions. L'expertise dégage cependant les conditions de possibilités réalistes, notamment en soulignant la nécessité d'une expertise permettant d'apporter les éléments pertinents à la construction de bonnes images de la réalité pour prendre des décisions. L'expertise scientifique, en corrigeant les fictions des individus, permet ainsi aux individus de choisir de façon éclairée, sans qu'on ait besoin de les contraindre. Ce que Lippmann propose ainsi ce n'est rien de moins que de refonder l'idéal fédéraliste autour de cette perspective pour éviter les deux écueils mentionnés : la centralisation autoritaire (*imperial centralization*) – devenue impossible dans la Grande Société – et l'anarchie communautaire (*parochial anarchy*) – qui présente les défauts du laissez-faire, à savoir l'idée d'une résolution spontanée des problèmes, souvent associé à une forme de naturalisme (voir chap. II). Cette refonte ne passe pas par une expertise produisant des décisions discrétionnaires pour contraindre les individus, mais plutôt en la constitution d'un cadre d'un "idéal commun". La position lippmannienne consiste dans la promotion d'un cadre de principes généraux, un idéal accepté par tous, qui est celui de la méthode de réalisation des problèmes. L'activité de l'expertise ne se propose donc pas une gestion autoritaire des actions individuelles mais de fixer un cadre dans lequel les individus se gouvernent eux-mêmes. Il faut donc distinguer l'interventionnisme qui contraint de la construction d'un cadre reconnu par tous, notamment politique, visant à faire en sorte que

les instances de décisions soient les plus proches possibles des problèmes réels rencontrés par les individus²³⁵.

L'objectif de Lippmann, dans ce texte, n'est pas éloigné de ce qu'on trouvait dans ses textes précédents : l'expertise ne vient pas contrevenir à la fragmentation de la connaissance, mais vise à permettre le principe fédéral, et ainsi proposer une troisième voie entre libéralisme classique et collectivisme. L'objectif consiste dans le fait de proposer un système libéral qui ne soit pas spontanéiste au sens où les problèmes se résoudraient naturellement par le pur jeu de l'harmonie des intérêts, mais qui prend en compte l'importance de l'expertise scientifique, de l'expérimentation et de l'analyse. En somme, il s'agit de mettre en place une méthode, ou dans un vocabulaire plus contemporain une procédure, de résolution des problèmes, plutôt que de proposer un modèle substantiel substitutif. Je reviens très largement sur cette distinction entre procédure et modèle substantiel au chap. IV.

Il faut ici noter que le thème de la manufacture du consentement (*Ibid.*, 248) a souvent été interprété comme un appel à la production active par des experts et le gouvernement du consentement des individus. Cette interprétation est défectueuse : Lippmann prend acte du fait que la propagande est possible est qu'il est aisé de "manipuler" (*Ibid.*, 248) l'opinion publique, et ceci par des symboles. Il ne fait, cela dit, pas de ce fait de la manufacture du consentement le moteur de sa nouvelle démocratie. Ce fait est pris en compte sans recevoir d'assentiment, il est juste une illustration de la facilité avec laquelle nos fictions peuvent être produites. Il convient ici de distinguer le descriptif du normatif. La finalité, au contraire, de l'expertise n'est pas de produire le consentement, mais de produire des informations fiables relativement à notre environnement pour prendre des décisions éclairées. Il s'agit de prendre acte, dans la démarche réaliste qui est celle de Lippmann, de la réalité de la manipulation des individus, pour intégrer cette donnée à la théorie de la démocratie qu'il essaye de construire, en donnant ainsi une place importante aux experts. Alors que l'expression de manufacture du consentement apparaît dans la partie descriptive montrant comment la volonté commune est produite on voit dans la partie positive et constructive à la fin du livre que Lippmann pense son projet comme une refonte de l'idéal fédéraliste sur de nouvelles bases. On voit que sur ce point il n'y a pas à notre avis de

²³⁵ Lippmann se heurte ici néanmoins à une tension propre à la théorie néolibérale, à savoir : comment est-il possible de maintenir l'impossibilité de tout point de vue surplombant et la nécessité d'établir un cadre libéral propre à constituer une résolution des problèmes d'une société libérale ? En somme comment concilier la dimension nécessairement locale de l'activité des experts avec l'idée d'un cadre général à même de produire une solution aux problèmes de la Grande Société ? Comme ce problème est au cœur du chapitre IV, je n'anticipe pas sur ce point plus avant.

rupture entre *Public Opinion* en 1922 et le *Public Fantôme* en 1925, en ce que la propagande n'est pas mise comme modèle de gouvernement dans les deux cas. Cela peut être souligné également par les propos de Lippmann dès 1920 dans *Liberty and The News* qui prend acte du rôle de la propagande en montrant la nécessité d'une information indépendante, celle des journalistes notamment, pour répondre à ce nouveau défi historique. Lippmann va par la suite faire évoluer sa position en consacrant le *Public Fantôme* intégralement à la question de la démocratie.

3.3 Le *Public Fantôme*, la démocratie évanescence

Notons immédiatement que les positions anthropologiques ne varient pas entre les deux ouvrages, comme le révèle le début du livre : "Les individus vivent dans un mode qu'ils ne comprennent pas, qu'ils ne peuvent voir, et qu'ils sont incapables de diriger" (Lippmann, 1925b, 55). Le but de l'ouvrage est ainsi justement de conjurer : "l'illusion mystique qui fonde la démocratie : la croyance dans la compétence des citoyens qui constituent le peuple" (*Ibid.*, 67). Le public, à savoir ce qui est généralement considéré comme le fondement de la légitimité démocratique, est une fiction, un fantôme. Il n'y a pas un public, mais des publics, effervescents et éphémères. La "volonté populaire" n'intervient pas en continu, mais de façon occasionnelle, sur un problème spécifique, et lorsqu'elle s'exprime ce n'est pas la volonté *du* peuple mais la volonté de *certaines individus concernés* par un problème spécifique (*Ibid.*, 81). Les publics sont donc *changeants* et *multiplés* en fonction des problèmes rencontrés, il n'y a pas un *démos* unifié et caractérisé par une unité culturelle, linguistique ou ethnique, mais une multiplicité de *démos* formés de manière situationnelle, en fonction *des individus affectés par un problème* :

Si l'on parle d'une grève des chemins de fer, le public sera composé des fermiers desservis par la ligne; mais qu'il s'agisse de droits de douane sur les produits agricoles, et voilà que ce public inclura peut-être les cheminots qui bloquaient les voies ... Le public tel que je le vois *n'est pas un ensemble immuable d'individus*. Il se compose des gens concernés par une affaire, et il ne peut avoir une influence qu'en prenant parti pour ou contre les acteurs chargés de cette affaire.

(*Ibid.*, 93, je souligne).

La raison de cette nature éphémère se trouve dans la description de la nature humaine proposée par Lippmann : manque d'attention, de temps, d'intérêt, d'éducation, complexité croissante et évolutive du monde, tout cela concourt à l'inadéquation des publics aux situations et leur nécessaire dissolution. Non seulement les publics sont éphémères, mais ils sont également multiples et divers, relatifs à des points de vue d'humains particuliers, possédant des intérêts différenciés (*Ibid.*, 104). Ce qui est en première lecture une déficience, se révèle être une force, car la diversité et la localité des intérêts est relative à des problèmes spécifiquement considérés, ce qui ouvre la voie à une théorie de la prise de décision décentralisée.

La description que donne Lippmann de l'existence occasionnelle des publics le conduit, normativement, à proposer une théorie de l'action des publics, qui modifie radicalement le concept de démocratie. La démocratie n'est plus le gouvernement du peuple, dirigé par la volonté populaire souveraine, mais une démocratie décentralisée, caractérisée par une méthode de résolution des problèmes et des crises²³⁶. Plus encore, les publics ne sont pas eux-mêmes moteurs de la décision, puisqu'ils se contentent de suivre un individu en vue d'apaiser une crise, et donc d'être des arbitres de dernier recours lorsqu'une règle doit être altérée (*Ibid.*, 87), c'est-à-dire de permettre de sortir d'une situation problématique, caractérisée par le fait que les individus n'arrivent plus à réaliser leurs fins²³⁷. Si par mégarde le public se trouvait lui-même en position d'exercer le pouvoir, il ne serait que l'arme d'un groupe d'intérêt spécifique, dirigé par ceux qui ont le temps et l'intérêt de s'investir. Cela a pour conséquence que le public ne doit donc jamais intervenir directement dans la résolution du problème²³⁸. Lippmann esquisse une critique qui aura une postérité importante chez Hayek, c'est-à-dire la critique de la démocratie comme tyrannie d'une majorité d'individus, exploitant des minorités diverses. La démocratie accomplit donc l'inverse de ce qu'elle est censée être conceptuellement (un auto-gouvernement), pour devenir un instrument de domination :

²³⁶ L'accent de Lippmann est mis sur l'aspect local de la décision, mais si le problème apparaît pour l'ensemble de la société, les instances gouvernementales fédérales peuvent être partie prenante de la décision. Comme une partie des problèmes spécifiques à l'émergence de la Grande Société sont spécifiquement des problèmes d'ordre global on comprend pourquoi Lippmann maintient un présidentielisme constant depuis les années 1910.

²³⁷ "Pour qu'un problème se pose, il faut la présence de deux variables au moins, corrélées mais distinctes : d'une part les besoins, de l'autre les moyens de les satisfaire ; ces deux variables doivent avoir tendance à changer, de telle sorte qu'un équilibre antérieur sera rompu." (Lippmann, 1925b, 102).

²³⁸ Cela constitue même le cœur de l'ouvrage pour Lippmann : "La thèse de ce livre est que les membres du public, spectateurs de l'action, ne peuvent intervenir efficacement sur le fond du débat. Ils jugent de l'extérieur, et ils ne peuvent faire plus que de soutenir un des partis concernés" (*Ibid.*, 108).

Proposer à la démocratie un idéal mensonger ne peut amener que des désillusions et la faire basculer vers une forme tyrannique d'ingérence. Si la démocratie ne peut pas diriger les affaires, une philosophie qui s'attend à ce qu'elle les dirige poussera le peuple à faire ce qui est impossible. Non seulement le peuple échouera, mais en plus *il aura gravement interféré avec la liberté et la productivité des individus.*

(*Ibid.*, 143, je souligne).

La démocratie conçue comme souveraineté populaire est fondée sur des principes épistémologiques fautifs. De plus elle est potentiellement dangereuse, pouvant être amenée à se prononcer sur "la société", comme si celle-ci était dotée d'une "unité organique" que l'on pourrait diriger (*Ibid.*, 143). La démocratie est trop souvent le règne d'un certain point de vue qui a su s'imposer, se mystifiant comme l'incarnation de la voix du peuple : "chaque intérêt particulier, *prétendant incarner la voix du peuple pour l'éternité*, tente d'imposer *ses fins* à tous comme si c'étaient celles de l'humanité" (*Ibid.*, 146, je souligne). On retrouve une critique classique des libéraux, relative à la tyrannie de la majorité. Ce qui est plus original cependant, est que cette critique est retrouvée à partir de prémisses spécifiques à l'anthropologie lippmanniennes, et qu'elle mènera à un développement positif lui aussi particulier, à savoir un gouvernement par les règles. Lippmann entend sauver, par une théorisation alternative de la démocratie, l'idéal démocratique contre lui-même, notamment contre son auto-destruction due à la capture du pouvoir par des intérêts particuliers, eût-elle été rendue possible par des élections à échéance régulière. Cela va passer pour Lippmann par une décentralisation nécessaire²³⁹ de la prise de décision, par les publics locaux comme arbitres de dernier recours, éclairés par une expertise lors de débats organisés. Nous développerons cette position dans la suite de notre propos, puisque cela constitue le cœur de la théorie politique et sociale néolibérale, à savoir la théorie des règles (chap. IV).

3.4 *La Route de la servitude*, la majorité tyrannique

²³⁹ Dans un passage éloquent Lippmann insiste en effet sur les défauts de la centralisation de la prise de décision : "Inutile d'insister : plus il y a de centralisation, moins la population est consultée et moins elle peut donner son accord en connaissance de cause" (*Ibid.*, 161).

Le chapitre V de *La Route de la servitude*, intitulé "Planning and Democracy" constitue une critique de la planification comme étant contradictoire avec la démocratie, perçue comme reconnaissance des droits individuels et limitation du pouvoir coercitif de l'État à des sujets qui ont été au préalable accepté par tous. Hayek défend, contre la planification, une vision spécifique de la démocratie. Pourtant en creux, ce que révèle le chapitre VII, apparaît une critique d'une autre forme de démocratie, la démocratie pensée comme forme de souveraineté populaire. Se joue donc l'opposition entre une démocratie libérale et une démocratie collectiviste. Le bureau central de la planification et la démocratie conçue comme souveraineté populaire sont donc deux engeances d'une même erreur épistémologique pour Hayek, celle d'une surestimation des capacités individuelles :

Le point important est qu'un homme ne peut embrasser plus qu'un terrain limité, ne peut connaître que l'urgence d'un nombre limité de besoins. Que ses intérêts gravitent autour de ses propres besoins physiques, ou qu'il s'intéresse chaleureusement au bien-être de chacun des êtres humains qu'il connaît, il ne peut se soucier *que d'une fraction infinitésimale des besoins de l'humanité*.

(Hayek, 1944, 49, je souligne).

Ce fait anthropologique, cohérent avec *Sensory Order* et le fait que les données mentales des individus sont formées par son milieu particulier, est pour Hayek le fondement de toute philosophie individualiste, en il défend la liberté de chacun de poursuivre ses propres fins. C'est à partir de la limitation de la connaissance qu'il faut poser la reconstruction du libéralisme. On peut donc résumer l'argument rapidement : si la centralisation des décisions, politiques ou économiques, est défectueuse et que les individus sont souverains, au même titre qu'un État²⁴⁰, alors les individus ne peuvent être contraints par une autre entité qu'eux-mêmes sans que cela n'ait été au préalable consenti, sans quoi il y a une contradiction entre la souveraineté individuelle, qui implique les pleins pouvoirs sur soi, et cette contrainte extérieure. Ce que vise

²⁴⁰ La formule de souveraineté individuelle peut apparaître oxymorique, mais Hayek place bien l'État au même niveau que les individus dans ce chapitre : "Lorsque des individus s'associent pour réaliser des fins qui leur sont communes, les organisations qu'ils forment à cet effet, l'État par exemple, reçoivent leur propre système de fins et leurs propres moyens. Mais une organisation ainsi formée reste une 'personne' entre tant d'autres ; quand c'est l'État, elle est beaucoup plus puissante que les autres, il est vrai, mais elle a sa sphère isolée et limitée où ses fins sont toutes-puissantes" (Hayek, 1944, 50). Bien que l'État possède plus de pouvoir que n'importe quel individu il doit être considéré comme un individu parmi les autres. On peut interpréter cette thèse comme une théorie du fractionnement des souverainetés. Chaque individu, l'État, des organisations communes, les individus, sont souverains *dans leur domaine*, et dans leur domaine seulement.

donc particulièrement Hayek ce sont les cas où l'État outrepassé ses droits, au-delà de l'accord volontaire existant entre les individus :

On peut compter sur un accord volontaire pour guider l'action gouvernementale *tant qu'elle se limite aux domaines où l'accord existe*. Mais ce n'est pas seulement lorsque l'État entreprend de *gouverner directement au-delà des limites de ces domaines* que l'État supprime nécessairement la liberté individuelle.

(*Ibid.*, 50, je souligne).

Or cette situation, ce risque de suppression des libertés individuelles au nom d'un but sur lequel il n'y a pas d'unanimité ou d'accord général chez les individus, constitue un risque démocratique, ou plutôt d'une perversion de la démocratie²⁴¹. Cette perversion de la démocratie est perçue comme un changement de dimension de la démocratie. D'un outil fonctionnel pour les individus elle acquiert un contenu substantiel :

À ce stade l'État cesse d'être une machine utilitaire créée pour aider l'homme à l'épanouissement le plus complet de sa personnalité et il devient une institution 'morale'. Nous employons le mot 'moral' nullement par opposition avec immoral, mais pour caractériser *une institution qui impose à ses membres ses opinions concernant toutes les questions d'ordre moral*, que ces opinions soient morales ou hautement immorales. Dans cette acception du terme, l'État nazi ou tout autre État collectiviste est moral, tandis que l'État libéral ne l'est pas.

(*Ibid.*, 61, je souligne).

Ce retournement n'est possible que grâce à une perversion du rôle de l'institution étatique. Les institutions, pour Hayek, objectivent les données subjectives et permettent la coordination en structurant des subjectivités communes par des règles. Ces règles sont censées exprimer les volontés diverses des individus en objectivant leur pluralité. Néanmoins, l'objectivation peut

²⁴¹ La démocratie est, en effet, pour Hayek avant tout une méthode, un moyen de garantir la liberté par la décision commune sur des sujets généraux qui sont voulus par tous, ou encore en garantissant le changement pacifique de gouvernants. Elle ne possède donc pas un contenu substantiel de production d'une communauté (Hayek, 1944, 74). Tout se passe ainsi comme si, alors même que l'anthropologie libérale de Hayek est fondée sur le processus relationnel d'individuation et de production d'individus différenciés, les individus préexistaient à leur vie démocratique, condamnée à servir des buts préalables.

être capturée par des groupes, et imposer certaines perspectives 'objectives' sur les autres, ce qui mène à l'imposition d'un point de vue moral plutôt que le maintien du pluralisme indépassable de la société²⁴². Lorsque l'on cesse de considérer que seuls les buts généraux, qui maximisent généralement les moyens mis à disposition pour qu'eux même arrivent à leur fin, sont à considérer, et qu'on commence à associer aux missions de l'État des fins substantielles, voire morales, comme la fin des inégalités, une meilleure répartition ou la justice sociale, on est amené à introduire des questions conflictuelles qui ne peuvent plus être réglées par unanimité mais qui vont demander un vote nécessairement coercitif pour une classe de la population. En effet sur les questions morales il ne peut y avoir absolument d'accord, puisqu'il n'existe pas d'étalon de mesure commun²⁴³. L'égalité et la répartition ont un coût, qui pèsent sur une partie des individus. De plus, on outrepassé alors une difficulté épistémique, puisque les formules de "bien commun", "d'intérêt général" ou de "but social" sont non définis, flous et non consensuels, c'est-à-dire qu'on pré-suppose un consensus moral et politique, qui est précisément ce qui est impossible à obtenir a priori (*Ibid.*, 47-48).

Les expressions telles que "bien commun" ou "intérêt général" sont suffisamment indéterminées pour qu'elles renvoient à des buts bien différents, que cela soit la planification économique avec socialisation des moyens de production ou mise en place d'une société concurrentielle avec propriété privée. Elles sont une invitation à la capture du pouvoir pour l'imposition de certaines décisions au nom de l'intérêt général. Toute la doctrine de la *rule of law*, du règne de la loi que Hayek développe dans le chapitre VI, vise précisément à encadrer la démocratie pour limiter le risque de tyrannie de la majorité, qui viserait des buts substantiels. Il s'agit de limiter les prérogatives de la législation, quant à la forme que doit prendre la loi (générale, formelle) et quant au contenu des lois, qui ne doivent, de ce fait, pas viser de finalités substantielles (*Ibid.*, 65). Je reviens plus largement sur cette conception de la *rule of law* et de ses caractéristiques au chap. VI.

Dès lors la démocratie est perçue comme dangereuse, car elle produit toute une série d'interventions. Les interventions démocratiques ont des implications économiques et

²⁴² L'État libéral ne peut être "moral" en ce qu'il ne permet donc pas l'unification de la pluralité cognitive des individus. On voit qu'en creux se dessine une théorie positive de la démocratie, à savoir que la démocratie est le champ d'expression de ce pluralisme, et que l'État doit être contraint à respecter ce pluralisme. La décision légitime est donc celle qui permet l'expression de cette diversité, plutôt que celle qui tranche dans une direction ou une autre.

²⁴³ Chose qu'on retrouve clairement chez Lippmann : "Toute notion de valeur implique en effet qu'on évalue une chose par rapport à une autre. Il est aussi impossible d'évaluer l'univers que de le peser : tous les étalons de mesure, qu'il s'agisse de valeur morale ou de poids, sont contenus en lui. Pour jauger l'univers, il faudrait lui être extérieur, comme Dieu - point de vue inaccessible à tout esprit mortel" (Lippmann, 1925b, 103).

perturbent l'ordre de la société. Ces interventions – vers une plus grande répartition, la fixation de salaire minimum etc. – ne peuvent être certaines, car on ne peut en prédire les effets du fait de la trop importante complexité qu'il s'agit de maîtriser. De plus, elle risque de déstabiliser l'ordre en place, du fait d'une perturbation des anticipations individuelles. Enfin ces interventions, ce qui est le plus grave dans le cas de la démocratie, sont politiquement injustes, en ce qu'elles visent des résultats particuliers, et rompent donc avec l'idéal d'un gouvernement par la loi, général²⁴⁴. Cela a deux conséquences importantes. Comme l'intervention ne découle pas de principes fixés a priori ils sont issus d'un marchandage qui conduit à la prolifération des décisions politiques d'intervention, chaque groupe social voulant obtenir son intervention favorable. C'est par ailleurs sur la base de ce même argument que Lippmann critique le *New Deal* de Roosevelt comme un *gradual collectivism* en 1937. Par ailleurs, le politicien devient lui-même soumis à cette demande politique, devant réagir à des attentes des individus, pour qui les interventions sont devenues légitimes et nécessaires (Sicard, 1989). Cela produit donc un ensemble d'incitations néfastes pour le jeu politique, ce dont le *Public Choice* tire les conséquences par la suite (voir chap. VII).

Si Hayek défend donc une certaine conception de la démocratie, il en refuse une autre. Sa conception de la démocratie implique une défense de l'individu, en se fondant notamment sur *son consentement à la contrainte* en vue d'un but commun. Le principe fondateur de cette perspective est la volonté de garantir *l'autonomie individuelle dans l'existence collective*. La conception qu'il critique est fondée sur un principe inverse, celle d'une collectivité qui peut imposer des coûts aux individus qui la compose, notamment si la décision est désirée par une majorité d'individus. C'est pour cette raison que Hayek développe l'idée du gouvernement par la loi. Le gouvernement par la loi c'est précisément l'idée d'un pouvoir politique impersonnel, non-substantiel, se situant au niveau des règles plutôt que des interactions entre individus. La conception de la démocratie de Hayek, comme celle de Lippmann, est largement déflationniste, c'est-à-dire qu'elle vise à réduire considérablement le type de sujets sur lesquels une assemblée délibérative peut se prononcer. Hayek fait fond sur une critique de type conséquentialiste, qui est commune au libéralisme classique, à savoir l'idée que la souveraineté populaire produit pour chaque individu des conséquences néfastes lorsque des coalitions peuvent se former et donc

²⁴⁴ En cela il y a une homologie stricte chez Hayek entre le rôle de la loi et celui du marché. Dans les deux cas nous avons un gouvernement par l'impersonnel et l'abstrait, ne devant pas viser directement une fin particulière. Nous trouverons ce thème développé plus tardivement chez Hayek dans son article "La primauté de l'abstrait" (Hayek, 1967).

que des groupes peuvent imposer à d'autres groupes des vues qui ne sont pas les siennes, ce qui intervient quand l'État devient une entité morale. Sur ce point, comme chez Lippmann, la critique de Hayek est une réactualisation des critiques libérales classiques. Mais, ce qui est plus intéressant pour notre propos, il réarticule également la critique de la démocratie avec une critique de fond relative à son épistémologie et son anthropologie. En effet, c'est parce qu'il y a pluralisme radical des individus et particularité de leurs préoccupations qu'il est impossible de donner un rôle substantiel au gouvernement politique. Par définition, l'unanimité est presque impossible à atteindre dans une société pluraliste composée d'individus extrêmement différenciés. Plus le thème de la décision est particulier, moins l'accord est donc susceptible d'être obtenu. La *rule of law* comme règne impersonnel de la loi consiste dans l'interventionnisme cohérent avec cet état de fait, puisque la loi ne fixe pas des fins spécifiques, mais met en place *les conditions de possibilité des activités individuelles différenciées*. La conséquence d'un tel raccrochement du politique à l'anthropologique et à l'épistémologique est également une mise en crise des concepts traditionnels de *consentement* et d'*accord volontaire*. Hayek peut bien s'y référer, car la philosophie politique traditionnelle fonde la légitimité du gouvernement sur ces concepts, mais le consentement et l'accord explicite se marient mal avec ses concepts de connaissance tacite et sa définition non-représentationnelle des anticipations. L'accord démocratique ne peut qu'être minimal, et constituer avant tout en des décisions négatives, visant à limiter la coercition, plutôt qu'à produire des conceptions substantielles et morales. Le marché doit être favorisé, par corollaire, car les échanges volontaires entre individus sont le lieu de la réalisation de la liberté individuelle davantage que le jeu politique, qui doit se contenter de fournir un cadre adéquat au bon fonctionnement du marché. Cela ouvre ainsi à toute une série de dialogues conceptuels entre les conceptions du marché et de la démocratie²⁴⁵.

Conclusion

²⁴⁵ Sur ce point on retrouve les problématiques contemporaines propres à la démocratie épistémique et à la raison publique. Le marché se trouve être un modèle d'agrégation des préférences individuelles propice à fournir une norme politique, lorsque la confiance dans la délibération démocratique est minée. Pour un tel appel au concept de marché au sein de cette littérature, voir exemplairement Gaus et Vallier (2009). Plus largement le travail de Gerald Gaus (2011) puise très largement dans ces intuitions hayékiennes pour informer sa théorie du raisonnement public à partir d'un ordre moral sous-jacent.

Les conceptions anthropologiques et épistémologiques des néolibéraux, développées ici par Lippmann et Hayek, impliquent toutes une reconfiguration, ou un redéveloppement, du libéralisme. Les conceptions de l'individu qui émergent de ces théories redéfinissent le cœur du libéralisme comme philosophie fondée sur la liberté individuelle. Cela interdit ainsi tout autant la planification que la prise de décision démocratique motivée par un point de vue moral, mais aussi la spontanéité de la coordination. Les individus n'étant pas des *homoeconomici*, ils ne peuvent anticiper les comportements des autres à l'instar d'individus rationnels²⁴⁶.

Cette nouvelle anthropologie et épistémologie reconfigure largement le libéralisme en plaçant l'accent sur la question des limites de la connaissance, de l'ignorance et de la complexité, plutôt que sur la compatibilité et la complémentarité des plans individuelles. Par conséquent, les concepts d'information et de connaissance jouent un rôle central dans les théories néolibérales. Le gouvernement libéral doit prendre en considération des conséquences de ces éléments fondateurs et repenser ses concepts politiques. La démocratie doit être repensée, au profit d'une décentralisation de la gestion des problèmes chez Lippmann, ou de règles générales et abstraites pour Hayek²⁴⁷. Ces conceptions traditionnelles, la *rule of law* n'est pas une nouveauté hayékienne, sont cependant justifiées à nouveau frais par une argumentation portant sur le gouvernement adapté à une société complexe et pluraliste.

L'interdiction épistémologique de tout point de vue synoptique, que l'on retrouve chez Hayek et Lippmann, mais aussi chez les autres auteurs néolibéraux, est également un défi théorique. En effet, comment penser l'interventionnisme étatique au sein du néolibéralisme si l'interventionnisme suppose lui-même une connaissance relative aux bienfaits de cette intervention ? Comment les néolibéraux peuvent-ils à la fois interdire tout point de vue

²⁴⁶ Si je sais par exemple qu'un autre individu a intérêt à coopérer avec moi je peux anticiper qu'il choisisse une action spécifique et donc coordonner mon comportement avec le sien, c'est le cas par exemple si nous sommes deux sur une route, sans code de la route, et que nous nous faisons face. Si j'indique avec ma main ou un drapeau, pour être visible de loin, que je reste à droite de la route, il est probable que l'autre individu roule alors à gauche pour ne pas créer de collision. Prenons le même cas mais désormais avec cinq conducteurs sur un rond-point, et on peut déjà voir que la situation de coordination est bien plus complexe, il faudrait en effet que chaque individu produise non seulement des anticipations sur les quatre autres conducteurs, mais encore sur les anticipations que les autres conducteurs produisent sur la conduite de chacun des autres conducteurs. Dans la pratique, cela conduit à une forte probabilité d'accident, au vu de la densité d'information à mobiliser pour chaque individu (informations qui doivent être actualisées par chaque action que les autres conducteurs font). Notons, par ailleurs, que dans le cas où il existe, pour reprendre la terminologie de la théorie des jeux contemporaine, des situations à équilibres multiples (c'est-à-dire pour lesquelles il est possible de se coordonner sur plusieurs stratégies sans que l'une d'entre elle soit particulièrement saillante, ce qui ne signifie qu'aucune d'entre elle ne présente de trait suffisamment distinctif pour que nous puissions anticiper rationnellement que les autres la choisissent), ce qui constitue la majorité des cas des jeux de coordination qui représentent la vie sociale, le choix rationnel lui-même est incapable de produire des résultats satisfaisants.

²⁴⁷ À noter que Hayek défend également très largement le fédéralisme politique, tout comme, par exemple Buchanan après lui. Voir notamment Hayek (1939), ou le dernier chapitre de Hayek (1944).

surplombante et défendre la nécessité d'une édicition de règles favorisant le marché ? Plus encore, il est évident que le fait d'ériger un cadre, ou des règles générales, constitue en soi une intervention car *toute régulation est une intervention* visant à produire des effets. Si Lippmann a montré que le statu quo supposait une intervention continue de l'État pour maintenir un ensemble de droits, les néolibéraux sont bien sur la voie d'une théorie de l'interventionnisme libéral justifié. Quelle forme d'intervention peut donc être justifiée, et à partir de quels principes ? Si tout point de vue surplombant et extra social est interdit, et si le recours aux concepts traditionnels de la théorie politique sont mis en crise, quel type de justification permet de défendre les règles construisant une société authentiquement libérale ?

Chapitre IV. De la théorie sociale à l'intervention par les règles du jeu : la théorie politique du néolibéralisme et ses tensions.

C'est la mission inachevée du libéralisme : découvrir les principes capables de guider la réadaptation révolutionnaire de l'humanité.

(Lippmann, *La Cité libre*).

Pour comprendre nos développements dans ce chapitre il est important de saisir ce qui constitue la problématique générale du néolibéralisme. Celle-ci a été présentée par Thomas Biebricher dans *The Political Theory of Neoliberalism*. Il décrit ce qu'il appelle, comme nous le ferons par la suite, la "problématique néolibérale" (Biebricher, 2018, 2) non pas comme un ensemble bien déterminé de thèses ou de doctrines, mais comme le questionnement sur les "préconditions de marchés fonctionnant effectivement" (*Ibid.*). Il est important de restituer ces développements qui vont constituer l'arrière-plan conceptuel de notre propre apport. En effet, cette position, qui montre que le néolibéralisme n'est pas une théorie de l'auto-organisation de la société par l'ordre marchand, mais une interrogation sur les principes et les normes extra-économiques venant rendre le marché possible et bénéfique est le point de départ de notre propre problématisation. En cela, il faut rompre avec plusieurs préconceptions courantes. Le néolibéralisme n'équivaut ni à un retrait de l'État, ni à la théorie économique néoclassique, ni à une réduction à l'*homoeconomicus*.

Si le néolibéralisme défend bien le marché comme premier principe, il n'est pas un "fondamentalisme de marché" (*Ibid.* 25-26), car l'idée de marchés auto-régulés nécessite, dans la sphère politique, des principes, des conditions extra-économiques. La critique dévastatrice de Spencer par Lippmann, mais aussi dans la démarcation vis-à-vis de l'atomisme anthropologique proposée par Hayek, montrent déjà cela. La nécessité d'une troisième voie, ce qui explique le "néo" de néolibéralisme, apparaît comme quasi-consensuelle dans les années 1930 et 1940. Le système des prix doit être conservé, mais également être constitué et amélioré. La planification qui intervient à un niveau non-économique, celui de l'ordre général de la société, au sein duquel le processus économique prend place, est de ce fait un élément central du néolibéralisme. L'expression de *planification libérale* n'est donc pas un oxymore. Cette

planification n'est libérale qu'à condition de mettre en place le principe d'une coordination par le marché, qui a le double avantage d'être cognitivement efficace et de proposer un mécanisme de décentralisation permanente du pouvoir par la concurrence (voir chap. I). Le néolibéralisme est alors compris comme *une politique de l'ordre concurrentiel*. L'expression sonne très ordolibérale (*Ordnungspolitik*), mais correspond à ce que nous retrouvons chez Hayek et Lippmann également, et qu'ils développent à partir des voies parallèles, et, pour Lippmann, au moins depuis les années 1920.

La problématique néolibérale est donc celle du questionnement sur les conditions de fonctionnement du marché. Quel type de règles, de normes, de substrat culturel et traditionnel, sont nécessaires pour l'existence et l'efficacité du marché ? Cette approche problématique a l'avantage de se situer au niveau du problème partagé par les théories néolibérales, et donc de laisser la place à une hétérogénéité de réponses possibles (voir chap. V). Néanmoins, elle conserve ce qui fait aussi, par-delà les différences théoriques effectives et évidentes, une certaine unité du néolibéralisme²⁴⁸.

C'est ainsi, paradoxalement par rapport à l'intuition commune, la partie non économique de l'œuvre des néolibéraux qui a été la plus dynamique théoriquement. La conception du marché des néolibéraux est certes de première importance, mais la défense du marché est bien installée dès les années 1930. La perspective hayékienne s'étendra d'ailleurs même à l'économie mainstream (Mirowski et Nik-Khah, 2018)²⁴⁹. En revanche, la réflexion portant sur la justification des règles du jeu, et notamment des *bonnes règles* à mettre en place, ainsi que la façon de les déterminer, constitue une constante de la réflexion néolibérale, qui va osciller entre une perspective résolument constructiviste de ces règles, fondées rationnellement d'après une expertise scientifique, et une perspective évolutionniste, se fondant elle sur l'évolution graduelle des règles et des coutumes, adaptées au processus socio-économique (voir chap. V).

²⁴⁸ Ou, pour reprendre les propos de Biebricher (2018, 26): "this strikes the right balance between the Scylla of overly parsimonious definitions of neoliberalism as the doctrine of x, y, or z and the Charybdis of dissolving it into a constantly shape-shifting multiplicity of loosely related neoliberalisms."

²⁴⁹ Même si Boettke et O'Donnel (2013) notent que l'import de la théorie hayékienne par le mainstream a été sélective, notamment relativement aux éléments qualitatifs de l'épistémologie hayékienne difficilement traitable via un calcul de probabilité et plus largement la formalisation qui ne peut prendre en considération que des éléments quantifiables alors que l'épistémologie hayékienne met en avant des différences qualitatives. Pour néanmoins une critique partielle de ce point de vue, montrant que les différences méthodologiques sont certes importantes, mais qu'au-delà de celles-ci un certain accord théorique demeure, voir notre travail, Colin-Jaeger et Delcey (2020).

Sous un autre rapport, néanmoins, le marché demeure toujours l'entité qu'il s'agit de mettre en place et de garantir, si bien que la conception du marché exerce son hégémonie sur les autres champs sociaux, y compris les théories visant à justifier l'ordre social. Il faut donc saisir le néolibéralisme non pas comme une théorie économique, mais comme une économie politique et une philosophie politique, qui ne cesse de penser les conditions d'institution du marché comme opérateur de coordination sociale. Cet aspect politique, portant sur les conditions de possibilité du marché, est à notre avis le cœur théorique du développement du néolibéralisme. Celui-ci a été bien identifié en ce qui concerne les différents corpus néolibéraux²⁵⁰. Par ailleurs ceci rejoint l'intuition foucaldienne (Foucault, 1979, cours du 31 janvier) selon laquelle la norme du marché concurrentiel s'exporte en dehors du champ économique pour devenir, surtout, la norme qui rend le marché réel possible²⁵¹.

L'État se voit certes attribué un rôle important mais il n'est pas la seule institution à prendre en compte. Les traditions et les structures sociales enracinant des individus dans un environnement stable dans lequel ils peuvent produire des anticipations pertinentes, sont également nécessaires à l'épanouissement d'une société de marché. L'État a le rôle de garantir les "règles du jeu", dont l'illustration canonique est le code de la route (voir chap. II), c'est-à-dire de construire le cadre institutionnel stabilisant les anticipations des individus. Cette théorie de l'État comme arbitre impartial établissant des règles du jeu est partagée par les ordolibéraux (Eucken, Röpke et Rüstow²⁵²), la première école de Chicago (Simons, mais aussi possiblement Knight²⁵³) et Hayek (voir Köhler et Kolev, 2011, 2019). À cette liste on peut bien entendu ajouter Lippmann, d'où vient l'expression de règles du jeu. D'une part, l'État se voit reconnaître un rôle important, voire illimité *dans son domaine* ; d'autre part l'État voit son champ d'action réduit, en étant restreint dans ses interventions possibles par le type d'intervention que les

²⁵⁰ Par exemple, Raphaël Fèvre (2017) parle d'économie politique du pouvoir pour définir l'ordolibéralisme ; sur Hayek Erwin Dekker (2016) montre l'importance du problème civilisationnel et politique comme condition de compréhension du rôle du marché chez les Autrichiens ; Biebricher (2018, 27) interprète la trajectoire de Buchanan, de l'économie à la philosophie politique, comme explicitant ce problème.

²⁵¹ Milanèse (2020a, 304) traite de cela plus spécifiquement pour Lippmann. Nous verrons, au chap. IX, comment cette intuition foucaldienne s'avère fort pertinente, notamment pour étudier les interactions entre droit et économie.

²⁵² Sur la nécessité d'un État fort chez les ordolibéraux on peut se référer au développement introductif et concis que l'on trouve chez Commun et Fèvre (2019). Bien sur le texte séminal est celui de Rustöw en 1932, "Freie Wirtschaft—starker Staat. Die staatspolitischen Voraussetzungen des wirtschaftlichen Liberalismus".

²⁵³ A lire le compte-rendu de lecture de *The Good Society* publié en décembre 1938 dans le *Journal of Political Economy*, qui marque un accord substantiel avec les thèses lippmanniennes sur ce sujet (voir Knight, 1938).

néolibéraux préconisent. La rationalité gouvernementale qui émerge est donc autant une reconnaissance qu'une limite du pouvoir étatique en en redéfinissant le rôle²⁵⁴.

On peut ainsi définir le néolibéralisme comme *une modification dans la rationalité gouvernementale*. La problématique néolibérale peut être spécifiée, non seulement comme la question des conditions d'existence et d'efficience de l'ordre marchand, mais comme *l'entreprise de légitimation d'un critère normatif d'établissement des règles permettant au marché d'exister*. Le passage de l'existence à l'efficience nécessite ici un commentaire. D'une part, le concept d'efficience est plurivoque (voir chap. IX), d'autre part, on ne peut pas normalement inférer de l'existence de quelque chose son efficience vis-à-vis de tous les possibles. La réponse ici est double. La mise en place des conditions de marché suppose un ensemble de règles, du fait que le marché n'est pas un *natural kind*. Ensuite, la mise en place de ces règles présuppose que le marché est un ordre désirable, notamment vis-à-vis d'arrangements institutionnels concurrents, ce que la querelle sur le calcul socialiste a montré. Enfin, dans un monde complexe et pluriel, le marché est l'institution par excellence qui permet le fonctionnement social en préservant la liberté et la diversité des individus, car les échanges sur le marché sont volontaires et non-coercitifs. Si la reconnaissance de la nouveauté du néolibéralisme comme troisième voie est reconnue, ce problème du fondement extra-économique de l'ordre concurrentiel économique, demandant lui-même une justification, a été sous-évalué, alors qu'il permet de comprendre la multiplicité des théorisations des néolibéraux²⁵⁵. La problématique que nous voulons explorer dans ce chapitre est celle de la tension entre deux particularités du néolibéralisme, d'une part sa théorie anthropologique et épistémologique des limites de la raison et d'autre part la reconnaissance de la nécessité d'un interventionnisme juridique par l'État, ce qui constitue la tension rencontrée à la fin du chapitre précédent. L'enjeu est de savoir comment les néolibéraux peuvent concilier d'un côté une thèse épistémologico-anthropologique radicale scandant la limitation de toute connaissance et l'impossibilité de tout point de vue neutre sur la société, et d'autre part la nécessité d'établir un cadre institutionnel dans lequel les interactions marchandes produisent les plus grands bénéfices. La question normative qui apparaît alors est celle d'une *justification du critère*

²⁵⁴ Les conditions de fonctionnement du marché peuvent également être externes au rôle de l'État, par exemple la bonne santé sociale et culturelle d'un pays, ce que Röpke développe par exemple extensivement dans la *Crise de notre temps* en 1942.

²⁵⁵ Ce problème est relevé chez les ordolibéraux par Wörsdörfer (2014), relativement à la genèse des normes. Wörsdörfer souligne par exemple la dimension d'expertise et d'élitisme présente chez les ordolibéraux pour justifier la formation de l'ordre juridique.

permettant de déterminer les règles, puisque l'intervention est revendiquée lors du Colloque Lippmann²⁵⁶, qui ne rentrerait pas en contradiction avec l'interdit, lui aussi libéral, d'un point de vue socio-économique surplombant.

Dans un premier temps, je développerai la théorie sociale qu'on trouve chez Hayek et Lippmann, fondée sur une théorie des règles sociales et culturelles permettant la coordination. À ce stade, les règles sont avant tout pensées d'un point de vue descriptif, comme des points de repère informationnels permettant la production de bonnes anticipations. Hayek comme Lippmann sont intéressés à la nature des règles sociales de coordination, relatives aux croyances des individus, allant jusqu'à proposer une ontologie des règles, et plus largement une théorie de l'organisation en société. Je souligne la dimension extra-économique du néolibéralisme et un sens spécifique du concept de règle, qui est implicite et façonne un arrière-plan socio-culturel commun, permettant la compréhension mutuelle des individus et l'émergence de règles explicites. Dans un second temps, je montre que le néolibéralisme propose aussi et surtout une théorie normative des règles, prenant la forme de "règles du jeu", pour reprendre une expression partagée chez les néolibéraux, sous la forme de règles juridiques. Enfin, je montre comment l'interventionnisme néolibéral se comprend dans une philosophie plus générale des ordres et des règles, combinant une verticalité interventionniste et une décentralisation des actions. Si Hayek, Lippmann et les ordolibéraux défendent l'idée de la nécessité d'un cadre formel et juridique pour le marché, permettant de l'instituer et de le réguler, la norme gouvernant l'énonciation de ces règles demeure problématique. J'interprète cette difficulté comme le résultat d'une tension analytique entre l'anthropologie et l'épistémologie néolibérale d'un côté et de l'autre l'interventionnisme de l'État. En effet, l'ignorance est revendiquée contre la centralisation d'une part, et d'autre part pour ériger des règles de fonctionnement pour une société de marché il faut précisément ne pas se situer du point de vue de l'ignorance quant aux processus collectifs.

1. La tradition contre le constructivisme

²⁵⁶ L'interventionnisme juridique est revendiqué ainsi par Louis Rougier (Rougier, dans Audier, 2008, 415), par Rustow (*ibid*, 470). On peut défendre que ce soit également le cas de Hayek (Kolev, 2010). Nous montrerons pour ce dernier dans quelle mesure.

Le concept de règle apparaît ainsi comme un concept fondamental du nouveau libéral, d'un point de vue descriptif avant même d'être normatif. Contrairement au libéralisme du laissez-faire, les néolibéraux défendent la nécessité de l'existence de règles pour le fonctionnement du marché et plus largement pour l'existence d'un ordre social stable. Avant même de saisir le néolibéralisme comme théorie normative de l'institution de bonnes règles, il faut voir que les néolibéraux proposent une théorie sociale générale articulée autour du concept de règle. D'un point de vue descriptif, on peut remarquer que le concept de règle est nécessaire pour pallier le déficit cognitif des individus. La coordination sociale ne peut être effective que si les individus peuvent anticiper les comportements des autres à partir de signaux extérieurs, que sont les institutions, les règles juridiques ou encore les traditions. De ce fait, les néolibéraux ne se contentent pas de réduire la question de la coordination à celle du marché, bien que celui-ci soit l'exemple paradigmatique du fonctionnement institutionnel, mais proposent une théorie extra-économique du fonctionnement social et politique. Les règles sont pensées comme implicites, non nécessairement formulées, consistant en des préconditions de l'action individuelle. Ce concept structure une véritable théorie de l'action chez les néolibéraux, que j'ai développé en partie au chap. III.

Le concept de règle recouvre différents domaines, mais répond toujours au problème de la coordination d'individus aux capacités cognitives relativement limitées. Il ne s'agit pas uniquement des règles juridiques, par exemple la théorie des contrats ou des droits de propriété, mais aussi plus largement des coutumes, traditions et institutions. Très largement, on peut définir une règle comme ce qui permet de la coordination entre individus en structurant un champ d'interactions. La particularité de la conceptualisation néolibérale des règles, qu'on retrouve aussi bien chez Simons, Lippmann, Hayek que les ordolibéraux²⁵⁷, est de considérer que les règles sociales s'opposent aux décrets discrétionnaires. Contrairement aux décrets discrétionnaires, les règles sociales forment un cadre général, valables pour tous, et ne prédisant pas exactement le résultat des interactions individuelles. Le propre du concept de règle, qui se développe aussi bien dans le domaine de l'ontologie sociale, de la théorie politique que de la théorie du droit, se veut à la fois positif et normatif, en opposition avec d'autres compréhensions du concept de règle, notamment du constructivisme issu d'un libéralisme rationaliste et de l'héritage de la Révolution française, qui suppose la possibilité d'ordonner rationnellement et

²⁵⁷ Partage qui est montré pour le trio Hayek, Eucken et Simons par Kohler et Kolev (2011, 2018) et par la correspondance de Lippmann avec Simons pour ces derniers (Goodwin, 2014).

intégralement la société dans son ensemble. La grande critique néolibérale de ce constructivisme est cohérente avec l'anthropologie de Lippmann et de Hayek, puisqu'il s'agit de montrer que cette forme de rationalisme, qui prétend gouverner l'ordre social, s'arroge le droit de se situer d'un point de vue qui est épistémologiquement impossible en vertu de la connaissance qui serait supposée être possédée par le dirigeant ou le législateur dans cette position.

1.1 La critique du rationalisme constructiviste

Pour saisir la théorie sociale des néolibéraux, c'est-à-dire la théorie positive que l'on peut trouver dans leurs textes théoriques, il faut partir de leur critique de l'idéologie planificatrice, et plus particulièrement du constructivisme. Le constructivisme ne renvoie ici pas à l'idée que les normes sociales sont des *constructions sociales*, comme on dirait aujourd'hui, c'est-à-dire le fait de souligner le caractère non naturel des normes et des traditions. En un sens, Hayek se trouve en accord avec cette position, lui qui propose une ontologie sociale allant dans cette direction. De la même façon, il ne s'agit pas du constructivisme kantien, selon lequel nos représentations mentales ne sont pas les images du monde extérieur, mais produites par notre entendement. Là encore, Hayek n'est pas en opposition avec une telle vue, lui qui défend une position semblable dans *Sensory Order*. Le constructivisme qui se trouve opposé est avant tout une position politique, selon laquelle il est possible de reconstruire l'ordre social et ses règles en proposant une *tabula rasa*. Le constructivisme est associé à une forme de rationalisme considérant qu'il est possible pour toute tradition, règle ou énoncé, de remonter à ses conditions de possibilité déterminées, et d'en modifier la structure. Le constructivisme est donc une théorie du social associée à une croyance dans la possibilité de transformer radicalement les choses. Dès le début des années 1940, Hayek focalise son attention sur l'association entre rationalisme perversi et ingénierie sociale, y trouvant là les origines de la planification et du totalitarisme. Citant la *Crise de notre temps* de Röpke, sa critique du rationalisme est d'abord adressée au socialisme, coupable d'ériger une utopie fondée sur la croyance dans le contrôle conscient des phénomènes complexes, ceux-là mêmes qui, par définition, échappent à l'intelligence pratique des individus :

Le refus de céder aux forces que nous ne comprenons pas et ne reconnaissons pas comme résultant des décisions d'êtres intelligents, est le produit d'un rationalisme incomplet et partant erroné.

(Hayek, 1944, 148, je souligne).

Le rejet des conventions sociales existantes sous prétexte qu'elles ne peuvent être déduites de règles explicites revient à abolir la coordination sociale produite par sédimentation des bonnes pratiques, qui permettent aux individus de forger des anticipations adéquates. Cette position conduit, pour Hayek, à se tromper sur ce qui est possible épistémologiquement, à savoir se positionner au-dessus des intérêts pour édicter des règles. Le danger est celui d'un certain type de rationalisme, qui croit que l'on peut fixer ce qui est bon pour des individus qui ont des intérêts particuliers, et donc d'organiser délibérément la société vers un but social déterminé (*Ibid.*, 59). On croit non seulement qu'on pourrait connaître les bonnes règles sociales, mais aussi qu'il est possible de déterminer ce qui est bon au-delà de la pluralité des intérêts individuels, en pensant la société comme un tout. Le constructivisme est une condition du collectivisme²⁵⁸. En 1946, dans un article intitulé "Individualism True and False", Hayek relie explicitement l'origine de ce rationalisme erroné à la Révolution française où s'illustre le "faux individualisme" :

Il serait intéressant de suivre le développement ultérieur de cet individualisme de contrat social ou des *théories constructivistes*, de Descartes à ce qui est encore l'attitude caractéristique des ingénieurs vis-à-vis des questions sociales, en passant par Rousseau et la Révolution française. Une telle esquisse montrerait comment le rationalisme à la Descartes s'est constamment *révélé un obstacle majeur à la compréhension des phénomènes historiques* et prouverait qu'il est largement responsable de la croyance dans les lois du développement historique et du fatalisme moderne qu'elle entraîne.

(Hayek, 1946, 10, je souligne)²⁵⁹.

L'ennemi est donc le constructivisme, qui est aux antipodes de l'anthropologie néolibérale. Le principe du constructivisme consiste dans le fait de pouvoir occuper le point de vue surplombant qu'interdit la théorie de la connaissance néolibérale, limitée quantitativement, qualitativement subjective et essentiellement pluraliste. Cette conception provient pour Hayek

²⁵⁸ On retrouve cette association entre constructivisme, collectivisme, et même totalitarisme, dans le chapitre 5 de *La route de la servitude*. Hayek conduit trois lignes critiques en même temps. Une critique politique et économique de la planification, une critique épistémologique du rationalisme constructiviste et une critique ontologique de la conception de la société dans ces théories.

²⁵⁹ Je reprends la traduction, effectuée avec Martin Beddeleem, qu'on peut trouver dans Beddeleem et Colin-Jaeger (2020).

d'une influence pernicieuse du modèle des sciences naturelles sur les sciences sociales. Or, cette application d'un mode de pensée scientifique, souvent issu de la physique ou des mathématiques – Hayek critique très largement Comte qui veut établir une physique sociale, mais aussi Condorcet et sa pensée mathématique, ou encore l'ingénierie de Saint-Simon – a pour Hayek été irrémédiablement désastreuse (Hayek, 1942, 58).

La raison de ce caractère désastreux est aisément compréhensible vis-à-vis de nos développements du chapitre III. En effet, la méthode des sciences dites dures se confronte à des objets qui ne sont pas eux-mêmes porteurs de sens et qui sont, pour la plupart inertes. Appliquer cette méthodologie aux sciences sociales c'est rompre avec le principe même de la théorie hayékienne, à savoir le subjectivisme et la primauté des représentations individuelles, elles-mêmes irréductibles. En somme, Hayek introduit une rupture dans les méthodologies du fait d'une ontologie des objets sociaux, distincte de l'ontologie des objets inertes des sciences naturelles. Le propre des objets sociaux est en effet d'être eux-mêmes actifs et vecteurs de significations, et ainsi de devoir être pris comme fondement de l'analyse plutôt que comme des données à expliquer. Le constructivisme est donc solidaire d'une épistémologie particulière qui est généralement, pour Hayek, holiste, dont Auguste Comte est la figure première (*Ibid.*, 69).

Le tout de la société n'est accessible pour Hayek qu'au prix d'une erreur épistémologique et ontologique grave. L'erreur ontologique consiste dans le fait de ne pas reconnaître de spécificité aux individus et de considérer, *a contrario*, la société comme un individu ; l'erreur épistémologique consiste dans le fait de croire qu'il est possible de se situer du point de vue du tout de manière légitime.

Cette opposition au constructiviste n'est pas propre à Hayek, mais se retrouve également chez les ordolibéraux. Dans sa critique du rationalisme libéral, Röpke insiste particulièrement sur les aspects juridiques et sociologiques du concept d'ordre économique, pour se distinguer notamment du libéralisme du laissez-faire. D'une part, celui-ci est constitué par des règles juridiques sur la propriété privée, le droit contractuel et plus largement la multitude d'institutions que doit prendre en charge l'État pour que les échanges puissent produire leurs effets vertueux. D'autre part, le bon fonctionnement de la société n'est pas uniquement dû à des éléments juridiques et économiques mais aussi à une bonne santé sociale, permise par la durabilité d'institutions et de structures sociales qui garantissent un environnement stable aux individus. Tout changement brutal est de ce fait proscrit car il vient bouleverser l'ordre social qui est essentiel pour le fonctionnement de la société dans son ensemble. La Révolution

Française, ayant libéré les individus d'une oppression monarchique, les a alors condamnés à "l'anarchie" (Röpke, 1942, 42). La croyance en la reconstruction *ex nihilo* de l'ordre social va ainsi de pair avec l'idée d'un gouvernement autoritaire de la société. L'exemple typique est celui de la Révolution française, qui a produit une désintégration et une collectivisation spirituelle, ayant mené à l'avènement de Napoléon (*Ibid.*, 43).

L'erreur rationaliste consiste dans le fait de concevoir les institutions comme le pur produit de la raison humaine, alors qu'elles ne représentent souvent que des conséquences inattendues d'une multitude d'actions individuelles, y compris lorsque le résultat peut effectivement être jugé rationnel. En somme, les normes et règles sociales sont bien en un sens des inventions sociales, mais elles ne sont jamais, ou presque jamais, instituées de manières pleinement conscientes, et ne *peuvent* pas l'être. Le constructivisme ne reconnaît pas le caractère spontané des ordres humains, susceptibles de s'auto-organiser en produisant des résultats bénéfiques²⁶⁰. Le holisme n'est alors scientifique qu'en apparence, une duperie scientifique qu'il est nécessaire de corriger.

1.2 Les règles traditionnelles comme dispositif de coordination

Chez Lippmann, le problème de la coordination apparaît clairement à partir de 1925. Comment des individus caractérisés par une fragmentation cognitive et une connaissance locale peuvent-ils se coordonner efficacement ? Lorsque les publics se forment pour réagir à un problème, à une crise pour reprendre le vocabulaire lippmannien, c'est précisément parce qu'une règle est défectueuse. Cette règle ne remplit plus son rôle, c'est-à-dire qu'elle ne permet plus la coordination des comportements entre différents groupes d'individus aux intérêts divergents. Lorsque la situation a évolué, pour une raison endogène, par exemple des actions individuelles, une évolution des rapports de force, ou pour une raison exogène, par exemple l'arrivée de nouvelles personnes concernées par la règle de coordination, la règle peut se trouver inadaptée à la situation et se produisent alors des situations de crise, caractérisées par le non-respect de la règle et donc des conflits entre individus ou groupes d'individus.

²⁶⁰ À ce stade, le marché est un exemple de cette spontanéité qui produit de meilleurs résultats en termes de coordination que les théories concurrentes (voir chap. I). Par la suite, dans le Postface de *La Constitution de la liberté* en 1960, Hayek définira le libéral, par contraste avec le conservateur, comme celui qui a confiance dans les résultats des ordres spontanés. Pour une systématisation conceptuelle sur le concept d'ordre, voir la fin de ce chapitre.

De la même façon Hayek pose très clairement cette question dès "Economics and Knowledge" en 1937, si bien que le problème de la coordination entre des individus ayant une information limitée, pris dans une incertitude vis-à-vis du futur et caractérisés par leur situation locale va être qualifié du "problème de Hayek" par les commentateurs (Van Zijp, 1990 ; Birner et Van Zijp, 1994). Hayek élabore par la suite très largement une théorie complète des règles, d'un point de vue épistémologique et même ontologique, lui permettant de développer une théorie générale de la société, dont les premières briques sont posées dans la période que nous étudions dans cette partie. Nous reviendrons extensivement sur cette théorie au chap. VI.

La théorie lippmannienne des règles dans Le Public Fantôme

L'importance du concept de règle dans le propos de Lippmann est indiscutable : si les individus ont des connaissances limitées, locales et fragmentées, et si les gouvernants ne sont pas mieux lotis, comment les individus coordonnent-ils leur action ? La réponse de Lippmann dès 1925 peut être interprétée de deux façons. On pourrait considérer que la reconnaissance d'une autonomie de la société civile, dans la lignée du libéralisme écossais, suffit à donner une réponse au problème de coordination. Mais il découle de la théorie lippmannienne que les anticipations²⁶¹ sont locales, formées par un environnement particulier, et donc il peut y avoir des incommensurabilités entre des anticipations formées dans des environnements distincts. Cette difficulté est exprimée explicitement par Lippmann : "Car on ne reconnaît pour juste qu'un ordre répondant à nos espoirs et nos habitudes. Il n'y a rien d'universel, d'éternel ni d'immuable dans nos anticipations." (Lippmann, 1925b, 63). Un ordre ne peut être établi que sur des bases communes, or ces bases communes manquent précisément du fait qu'il n'y a pas de point de vue possiblement synthétique capable d'unifier, du dehors, les différents intérêts individuels. Ils peuvent se trouver absolument désadapté si leur environnement varie de façon telle que leurs habitudes ne produisent plus les résultats escomptés. Comment faire en sorte que des données environnementales restent stables malgré la diversité des expériences humaines ?

²⁶¹ L'édition française traduit "expectation" par "attentes", je préfère traduire par "anticipations". Je traduis systématiquement attentes par anticipations dans le reste des citations. Deux raisons à ce choix : le terme d'anticipation est devenu classique dans la littérature économique pour traduire l'anglais expectations, on peut ainsi parler d'une doctrine des anticipations raisonnables chez Hayek en distinction des anticipations rationnelles qu'on trouve chez Robert Lucas à partir des années 1970 ; d'autre part il me semble que le terme d'anticipation dénote davantage l'activité des individus, l'anticipation implique une prévision, alors que l'attente dénote la passivité d'un individu. Il me semble que chez Lippmann comme chez Hayek les individus sont actifs et produisent plutôt des anticipations quant aux conséquences de leurs actions plutôt qu'ils ne nourrissent des attentes.

Si l'autonomie du "gouvernement de la société", considéré comme composé d'une multitude de choix locaux et individuels, est reconnue par Lippmann, il faut la comprendre comme découlant d'une condition de possibilité qu'est la règle. Les choix individuels s'ordonnent et se coordonnent du fait d'une stabilité permettant des anticipations communes, une sphère d'intelligibilité du comportement d'autrui. Sans cet élément commun qu'est la règle il serait impossible pour un agent de comprendre l'action des autres. C'est lorsque l'élément commun, la règle, pose un problème que la "crise" intervient, et que le public doit se constituer pour régler la situation. Le seul rôle du public dans la théorie de la démocratie lippmannienne consiste en la création, l'ajustement et la modification des règles. Le concept de règle en question chez Lippmann est ainsi à la fois implicite (il faut des règles pour que la coordination ait lieu, c'est-à-dire qu'elles sont les préconditions d'actions individuelles ordonnées, ce qui peut renvoyer à des règles implicites) et explicite (la situation de crise c'est précisément la situation dans laquelle le problème de la règle apparaît, car celle-ci est inadaptée). Lippmann reconnaît donc la possibilité, par un processus d'essais et d'erreurs, d'améliorer les règles volontairement²⁶².

Pour que les individus puissent s'accorder sur des actions il est nécessaire que des règles bien établies permettent des anticipations individuelles. Comment anticiper le bon ajustement des conditions d'anticipations pertinentes ? Les règles fonctionnent comme des points de repères informationnels permettant de combler aux déficiences cognitives des individus. En fixant un élément stable et impersonnel, on est capable d'anticiper ce que les autres individus feront en réaction à notre action, et de prévoir les conséquences de celle-ci, au moins à court-terme, sans quoi toute action ne peut participer à un ensemble ordonné. Ce qui importe ainsi avant tout c'est qu'il y ait une règle permettant les anticipations individuelles sur une base commune. L'existence de la règle importe donc plus que le contenu de celle-ci. Pour le public, ce qui est important c'est qu'une règle existe, ce qui suppose une conception non-substantielle des règles²⁶³, que l'on retrouve chez Hayek, visant à permettre la coordination entre des individus qui sinon sont amenés à s'affronter dans des conflits incessants :

²⁶² En cela, Lippmann est, en 1925, en possession d'une théorie de l'évolution des règles largement "en avance", c'est-à-dire conceptuellement plus élaborée, sur les autres néolibéraux.

²⁶³ Du point de vue de la coordination une mauvaise règle est souvent plus satisfaisante qu'une absence de règles. Mais cela ne signifie pas que, du point de vue des agents ou du gouvernement, la substance de la règle n'importe pas. Pour les agents et le gouvernement c'est toujours, bien au contraire, le contenu de la règle qui est débattu ! C'est par ailleurs sur le contenu que portent les expertises et les débats contradictoires lorsqu'une règle est en crise.

L'intérêt du public ne réside pas dans la substance des règles, des contrats et des coutumes, mais dans le maintien d'un régime de règles, de contrats et de coutumes. Ce qui lui importe est la loi – non les lois ; la méthode de la loi – non son contenu ; l'inviolabilité du contrat - non sa spécificité ; la bonne intelligence permise par l'habitude - non la teneur desdites habitudes. (...) Tout ce qui l'intéresse est en effet qu'il existe une règle efficace capable de définir la conduite des gens, de la rendre prévisible, de telle sorte qu'ils puissent s'ajuster entre eux.

(Ibid., 108-109, je souligne).

Nous avons dans cet extrait le cœur de la théorie des règles de Lippmann. Ce qui importe c'est que la règle, quelle qu'elle soit, soit connue, ce qui implique la prévisibilité des comportements. Le rôle du public n'est pas de se décider sur le contenu de la règle, car Lippmann exprime bien qu'il en est incapable et devient irrémédiablement soumis à un intérêt particulier lorsqu'il essaye (*Ibid.*, 109), mais d'identifier un agent en situation qui est le plus à même de l'améliorer une fois la règle reconnue comme défectueuse (*Ibid.*, 111). Nous pouvons reformuler plusieurs critères pour définir ce que sont les règles chez Lippmann : elles sont *stables*, permettent la *prédiction du comportement des autres*, et ainsi autoriser *un comportement réglé par habitude*. Le principe de symétrie que j'ai relevé au chapitre précédent joue ici son rôle à plein : la substance des règles n'intéresse que les participants à l'action réglée, mais pas les observateurs qui ne sont pas compétents. Le privilège de la localité a pour conséquence que les rôles peuvent s'invertir en fonction du problème considéré, si bien qu'aucun individu ne se trouve dans une situation d'acteur permanent, ce qui entraînerait nécessairement par ailleurs des conflits d'intérêts : "chaque intérêt particulier, prétendant incarner la voix du peuple pour l'éternité, tente d'imposer ses fins à tous comme si c'étaient celles de l'humanité" (*Ibid.*, 146). On doit pouvoir donc en permanence renverser les situations, en privilégiant le point de vue local qui lui peut se prononcer sur la substance des règles :

L'individu dont le comportement est tenu par une règle est intéressé par la substance de cette règle. Mais dès lors qu'il n'est pas directement concerné, tout ce qu'il demande est qu'il existe des règles efficaces. Les membres du public n'ont donc pas de rôles préétablis. Tout dépend des questions traitées : tel, acteur dans un domaine, est spectateur dans l'autre.

(Ibid., 113, je souligne).

Toute la théorie de la démocratie qu'on trouve chez Lippmann est donc repensée en vue de garantir le maintien ou l'amélioration – toujours d'un point de vue local, ou du moins à l'échelle où se pose le problème – des règles pour permettre la coordination des actions individuelles et favoriser un gouvernement de la société par elle-même, qui, sous la forme du laissez-faire, aboutit nécessairement à des impasses et des conflits. La règle a donc le rôle de pallier les déficiences, si ce n'est à l'inexistence, de l'intelligence humaine collective : "une règle doit contenir en elle-même les éléments nécessaires à sa propre clarification, afin que toute infraction soit patente. C'est la seule façon de prendre en compte l'expérience qui échappe à toute prévision de l'intelligence humaine" (*Ibid.*, 131)²⁶⁴. Si l'intelligence collective doit pouvoir s'exercer, elle doit prendre cette forme chez Lippmann. L'expérience, c'est-à-dire un ensemble de cas pratiques qui sont corrélatifs de l'existence de la règle, est imprévisible pour un esprit humain, pour les limitations que nous avons déjà plusieurs fois rappelé. Le principe de la règle est d'être suffisamment claire pour que ces cas non prévus puissent néanmoins être tranchés. Non seulement cette règle est un signal informationnel, mais elle est également un outil de prédiction, voire de *stockage d'information*.

1.3 Les règles : intelligibilité et coordination

Contre le constructivisme, Hayek réactive très largement des arguments burkéens²⁶⁵. Les arguments de Burke dans ses *Réflexions sur la Révolution de France*, publié en 1790, peuvent être résumés de la manière suivante : la Révolution française est vouée à l'échec car, contrairement à la *Glorious Revolution* de 1688, elle rompt la continuité des institutions et du droit. La révolution anglaise n'a pas aboli la monarchie mais l'a conservée sans bouleverser l'ordre social. Le *Bill of Rights* de 1689, c'est-à-dire la Déclaration des Droits des citoyens

²⁶⁴ Ce point n'est pas développé chez Lippmann mais remarquons ici qu'il pose un problème. Si une règle peut posséder, à son énonciation, tous les éléments nécessaires à sa propre clarification vis-à-vis d'événements qui interviennent et qui pourraient la subvertir, cela signifie qu'on peut prédire exactement l'ensemble des cas problématiques possibles, ce qui est contradictoire avec la propre position épistémologique de Lippmann, ou bien que la loi est suffisamment générale pour être interprétée (clarifiée) et donc modifiée dans la pratique par un législateur. Nous penchons bien évidemment pour la deuxième option, qui constitue un élément fondamental pour la compréhension de la théorie de la common law lippmannienne (voir chap. V).

²⁶⁵ La référence à Burke est omniprésente chez les premiers néolibéraux. Je renvoie sur ce point précis à notre article Beddeleem et Colin-Jaeger (2020). On retrouve une référence à Burke, dans l'optique de défendre l'ajustement continu des règles, chez Lippmann (1934), également.

anglais n'est pas une déclaration universelle des droits de l'Homme mais un gain progressif qui se situe dans la continuité de l'histoire juridique anglaise depuis la *Magna Carta*. *A contrario* de la *Glorious Revolution*, la Révolution française est, elle, fondée sur des principes abstraits et anhistoriques, un héritage direct des Lumières françaises et notamment de la pensée mathématique de Condorcet appliquée au politique. Pour Burke, l'anthropologie politique de la table rase contrarie le fonctionnement de la nature humaine et de la rationalité limitée des individus, guidée par des préjugés sociaux. Ces préjugés ne sont pas pensés comme des déficiences mais, bien au contraire, comme les conditions cognitives nécessaires de toute action. Les traditions rendent donc la rationalité possible en la formant. Contrairement à la révolution anglaise, la Révolution française a cherché à s'affranchir des conventions du passé ainsi que des préjugés des citoyens pourtant utiles à l'organisation sociale. Burke défend donc les institutions en place, comme la structure hiérarchique qui organise la société, et les positions d'autorité traditionnelles, comme consubstantielles du bon fonctionnement de l'ensemble de l'ordre social²⁶⁶.

La fonction épistémologique des traditions est explicite chez Hayek²⁶⁷, chez qui la question de la coordination sociale acquiert un rôle extrêmement important à partir de 1937 et de son article 'Economics and Knowledge'. Dans son article de 1945 "The Use of Knowledge in Society", Hayek développe l'idée du prix concurrentiel comme pourvoyeur d'information permettant de répondre à la 'division de la connaissance', qui caractérise la société moderne. De manière schématique, les traditions jouent pour la société un rôle analogue à celui des prix sur le marché : elles permettent de véhiculer de l'information aux individus pour coordonner leurs attentes et comportements. Nous ne reviendrons pas ici sur ces deux articles (voir chap. I). Néanmoins, il faut noter que, contrairement au prix de marché qui fonctionne comme un signal externe, la tradition est le plus souvent internalisée par les individus. Ce rôle épistémologique des traditions est ainsi exprimé clairement dès 1946 :

Il est un aspect du fonctionnement d'une société individualiste qui a tout autant d'importance. Ce sont les traditions et les conventions qui évoluent dans le cadre d'une société libre et qui, sans être

²⁶⁶ Voir Lock (2009) pour une lecture plus spécifique et étendue des arguments de Burke.

²⁶⁷ Et a fait l'objet de plusieurs commentaires, en langue anglaise et en langue française. Pour une présentation et discussion de ces différents commentaires avant les années 2000, voir de Salle (2003).

imposées, établissent *des règles souples mais communément observées qui rendent le comportement des autres personnes hautement prévisible.*

(Hayek, 1946, 24, nous soulignons).

Les traditions, c'est-à-dire des règles d'action implicites, non nécessairement codifiées, servent principalement à la production d'anticipations par les individus. Souples, elles permettent une grande variété de comportements conformes. Elles transforment un monde caractérisé par l'ignorance, du fait d'une rationalité limitée des individus, en un univers relativement prévisible. Elles représentent la continuité d'un ensemble intangible de connaissances ou des maximes générales dont nous faisons quotidiennement usage sans même nous en rendre compte, ce qui permet une coopération spontanée entre individus sans que des règles prescriptives soient nécessaires. Hayek parle ici de tradition ou de convention, c'est-à-dire tous les éléments qui se situent en arrière-plan de l'interaction et qui permettent une connaissance commune sur ce qu'il convient de faire. Se comporter d'une certaine façon en fonction de sa situation sociale, de son genre ou encore de son âge, tout cela constitue pour Hayek un arrière-plan cognitif permettant à l'ordre social de fonctionner. Le monde humain est donc peuplé d'une culture qui est condition de possibilité de l'existence individuelle.

Hayek, tout comme Lippmann, questionne directement la nature des règles de coordination. Hayek, dans un article de 1942, "The Fact of Social Science", propose ainsi une étude ontologique des règles sociales et traditionnelles. Hayek défend une spécificité ontologique des faits sociaux pour distinguer la méthodologie des sciences naturelles et sociales et donc son approche du rationalisme constructiviste. Les faits sociaux sont ce que les agents pensent d'eux (Hayek, 1942, 60) alors que les faits naturels ont une réalité propre – ou plutôt, pour ne pas verser dans une définition tendant à dire que les faits sociaux n'ont pas de réalité : la nature des faits sociaux est d'être de l'ordre de la représentation du monde par les agents. Une phrase n'est une phrase que parce qu'elle est comprise par un individu, elle n'a pas de réalité physique qui puisse expliquer comment elle est comprise dans la communication. Cela ne vaut pas que pour le langage mais également pour les positions sociales, les liens hiérarchiques, les croyances qui structurent une communauté etc. Hayek est alors amené à poser une spécificité ontologique du comportement humain : celui-ci n'est pas déterminé par des composantes physiques mais irréductibles à celles-ci. Nous devons interpréter le comportement humain avec des données subjectives, notamment les intentions ou opinions de l'individu. Le social c'est donc ce qui est irréductible à la physicalité. La connaissance

subjective se fait en fonction d'un environnement : nous n'avons une image du monde que de ce qui correspond en premier lieu à notre action tournée vers une fin qui nous est propre, ce qui nous permet de comprendre les individus placés dans le même environnement que nous. Mais si l'environnement varie trop cette compréhension permettant des anticipations immédiates par une compréhension commune disparaît :

Un point intéressant à cet égard est que, lorsque nous passons de l'interprétation des actions d'hommes qui nous ressemblent beaucoup, à celle d'hommes qui vivent dans un environnement très différent, ce sont les concepts les plus concrets qui perdent d'abord leur utilité pour interpréter les actions des gens, alors que les plus généraux ou abstraits qui restent utiles le plus longtemps. Ma connaissance des choses quotidiennes qui m'entourent, des manières particulières dont nous exprimons les idées ou les émotions, ne me sera guère utile pour interpréter le comportement des habitants de la Terre de Feu.

(*Ibid.*, 66)²⁶⁸.

La connaissance de chacun, subjective, est celle d'une relation à un environnement duquel nous avons une expérience continue. En cela l'expérience n'est que fragmentée, elle ne représente pas le monde dans son ensemble mais une certaine "image" de celui-ci, adaptée à nos actions et à nos fins. Nous faisons conséquemment un usage instrumental de notre compréhension vis-à-vis de l'environnement. Les règles sociales, acquises par expérience et héritées du passé, sont des règles qui permettent *la compréhension commune du monde*. Le langage est l'exemple le plus flagrant de tels usages non nécessairement officiels, permettant une représentation partagée de son environnement. Plus encore que le langage, Hayek parle ici de *catégories mentales* qui permettent d'interpréter le comportement des autres. On peut alors penser que ces règles sont plus fondamentales même que le fonctionnement du marché, puisqu'elles autorisent à interpréter jusqu'aux comportements de marché. En effet sans ce type de règles les individus ne peuvent même pas interpréter ce que signifie *un prix de marché*. L'information véhiculée

²⁶⁸ L'original dit : "An interesting point in this connection is that, as we go from interpreting the actions of men very much like ourselves to men who live in a very different environment, it is the most concrete concepts which first lose their usefulness for interpreting the people's actions and the most general or abstract which remain helpful longest. My knowledge of the everyday things around me, of the particular ways in which we express ideas or emotions, will be of little use in interpreting the behavior of the inhabitants of Tierra del Fuego" (Ma traduction).

par le prix n'est une information que pour un individu constitué dans un environnement qui rend ce signal compréhensible. Un aspect central du néolibéralisme consiste dans le fait d'aller au-delà de la théorie économique, pour proposer une théorie sociale et politique, permettant de ressaisir l'économie comme un aspect particulier de cette théorie plus générale. Les néolibéraux renouent en un sens avec la théorie d'Adam Smith, chez qui l'économie n'est qu'une partie d'une théorie plus générale de la société. La conception des règles qui apparaît est souple, allant de règles inconscientes, constituant les subjectivités, comme des catégories mentales produites par un certain type de société aux règles conscientes et non codifiées, comme les coutumes, les traditions, les conventions sociales et, en dernière instance, les règles délibérées et codifiées.

Hayek tire ces conclusions de son travail en psychologie. On remarque, en effet, que la fin de *Sensory Order* porte sur les données premières des sciences sociales, qui doivent être les données subjectives des individus, données psychologiques. Cela possède une importance pour l'ontologie des règles que développe Hayek. Les règles sociales, traditionnelles et conventionnelles, sont analogues au chemin de randonnée dans la forêt que personne n'a voulu et qui pourtant, du fait d'une répétition de mouvement, se trouve réalisé. Le programme de recherche est fixé : un programme individualiste expliquant comment les phénomènes sociaux sont composés par une multitude de fins individuelles. Caldwell (2004, 247) indique que Hayek reprend cette perspective à Menger, même si Hayek clarifie considérablement la perspective autrichienne qui le précède en s'attaquant frontalement et ouvertement à la question de la formation des institutions²⁶⁹. Celles-ci s'avèrent être des conditions de possibilité de toute existence sociale, politique, juridique et économique :

De même que l'existence d'une structure de pensée commune est la condition de la possibilité de communiquer entre nous, de comprendre ce que je dis, elle est aussi la base sur laquelle nous interprétons tous des structures sociales aussi compliquées que celles que nous trouvons dans la vie économique ou le droit, dans la langue et dans les coutumes.

(*Ibid.*, 76)²⁷⁰.

²⁶⁹ De ce fait, cette perspective, consistant à considérer les institutions comme des créations spontanées et informelles dans le cadre d'un individualisme méthodologique, demeure vivace dans la littérature contemporaine, par exemple sur les normes sociales (Shotter, 1981 ; Sugden, 1983 ; Bicchieri, 2005 ; Guala, 2016). Tous se réfèrent, à un endroit ou un autre, à Hayek.

²⁷⁰ L'original dit : "Just as the existence of a common structure of thought is the condition of the possibility of our communicating with one another, of your understand what I say, so it is also the basis on which we all interpret such complicated social structures as those which we find in economic life or law, in language, and in customs" (Ma traduction).

Dans ce passage, Hayek exprime directement le rôle conceptuel de ces règles sociales et culturelles dans sa théorie générale. Non seulement les règles produisent une structure commune de l'esprit, c'est-à-dire qu'elles ne permettent pas uniquement, *de l'extérieur*, la coordination avec un signal informationnel, mais modèlent, *de l'intérieur* les esprits humains. Cela se comprend aisément si on intègre ce type de règles dans l'environnement dans lequel émerge l'individu²⁷¹. Toute la vie sociale, caractérisée par des structures sociales complexes comme le langage, le droit, la vie économique et d'autres éléments semblables, découle de cette structuration commune des esprits par des règles. Pour le dire autrement, on peut dire que la théorie de l'action développée par Hayek est une théorie du suivi de la règle, cohérente avec ses développements en psychologie. Nous nous comprenons et arrivons à interpréter des signaux informationnels de la même façon car nous avons été modelés dans un environnement adossé à des règles culturelles identiques. Il y a donc une interdépendance forte entre plusieurs niveaux de règles, que l'on peut systématiser en une interdépendance entre plusieurs ordres (voir la fin de ce chapitre).

Ce propos dépasse donc largement le champ strictement économique. Hayek explique le fonctionnement social comme se fondant sur des anticipations individuelles du fait d'une constance de l'environnement et d'une similarité psychologique des individus, visant leurs fins particulières. Néanmoins, les néolibéraux n'en restent pas à une théorie philosophique et descriptive de la nature (fondée sur les perceptions individuelles) et de la fonction (la coordination sociale) des institutions et règles, mais développent une théorie normative de la *génération* et de *l'altération* des règles.

2. Définir les règles du jeu

Le propre du néolibéralisme ne consiste ni en une simple théorie du marché, ni en une théorie sociale descriptive. Les auteurs néolibéraux n'ont eu de cesse, particulièrement lors du moment de refondation du libéralisme, de repenser les conditions de fonctionnement effectif du marché,

²⁷¹ Le concept de règles chez Hayek est donc plus large que chez Lippmann où la règle en crise est une règle juridique. Chez Hayek le concept de règle intègre ce que Lippmann nomme par le nom de stéréotype car les règles juridiques explicites ne sont que les instanciations conscientes des règles qui peuplent notre vie mentale et sociale sans être pour autant articulées.

et ce d'un point de vue normatif. Les conditions de possibilité du marché impliquent la mise en avant de règles sociales, culturelles et traditionnelles qui expliquent la coordination sociale, mais aussi, dans un second temps, les règles juridiques, qui constituent le cœur de l'interventionnisme libéral. Ces règles sont particulières à deux niveaux : (i) étant *explicites* elles constituent un champ d'intervention possible, par opposition aux normes et habitudes sociales incorporées qu'il est extrêmement difficile de modifier intentionnellement, (ii) ces règles constituent les conditions de possibilité du marché, qui ne peut avoir d'existence sans une reconnaissance initiale des droits ou une définition des modalités de l'échange. Les formules de "libéralisme constructeur", "d'interventionnisme juridique", ou encore de "politique de la concurrence", qu'on retrouve lors du Colloque Lippmann, sont des expressions de cette particularité néolibérale. Qu'il s'agisse de la construction, de l'interventionnisme ou de la dimension politique du néolibéralisme, tous ces termes renvoient à un rôle de l'État, qui a pour fonction d'instaurer les bonnes règles pour permettre l'éclosion et le succès du marché. On ne doit pas donc penser le rôle de l'État au sein de l'alternative binaire du plus ou du moins d'intervention, mais de la *qualité de l'intervention* (Biebricher, 2018, 33-34), conforme ou non au fonctionnement du marché. Cette partie s'attache à montrer les implications de ces thèses.

Les néolibéraux, Hayek et Lippmann en tête, ne récusent pas toute forme d'interventionnisme, puisque le marché n'a pas une existence naturelle qu'il s'agirait de préserver d'interférences sociales, mais qu'il est lui-même le produit d'un ensemble de règles et d'usages qui déterminent sa réalisation concrète. Le marché est compris comme une *réalisation sociale* et non comme *un idéal naturel*. Pour autant j'indique que le marché est une *réalisation* et non une *construction* car à proprement parler *personne n'a inventé le marché*²⁷². De ce fait le néolibéralisme réintroduit de l'historicité et une dimension sociale dans le libéralisme.

Les règles dont il est question ici ne sont plus les règles non codifiées ou inconscientes issues de la culture, bien qu'elles en dépendent en un sens, mais sont juridiques. Le juridique comme tel se définit par l'ensemble des processus et des institutions qui assurent l'ajustement

²⁷² Cela est particulièrement explicite chez Lippmann (1937, 209) : "À présent, les hommes peuvent réformer l'ordre social en changeant les lois. Mais par des moyens politiques, ils ne peuvent révolutionner le mode de production. Tant qu'une invention, qui, pour le moment, ne relève même pas des possibilités spéculatives, ne crée pas une méthode de production des richesses plus efficace et radicalement différente, l'humanité est liée à la division du travail dans une économie de marché." Le mode de production caractérisé par le rôle donné aux marchés concurrentiels n'est pas naturel, mais il n'est pas non plus arbitraire. Voir également la première version dans le *Statement of Aims* de la Société du Mont-Pèlerin, le point 1: "Individual freedom can be preserved only in a society in which an effective competitive market is the main agency for the direction of economic activity. Only the decentralization of control through private property in the means of production can prevent those concentrations of power which threaten individual freedom" (cité dans Innset, 2017, 236).

et l'optimisation d'un dispositif régulateur toujours déjà présent de manière inarticulée. Elles constituent des "règles du jeu", selon l'expression omniprésente chez les néolibéraux, c'est-à-dire des règles générales de conduite, permettant l'émergence d'une sphère d'interaction inter-individuelle tout en fixant des limites à ces interactions. Il est utile à ce stade de creuser cette métaphore omniprésente. La règle d'un jeu définit le jeu qui est joué. On définit généralement un jeu J par $J = \{R_1, R_2, R_3, \dots R_n\}$, où R est une règle qui définit le jeu. Typiquement, au basketball un panier tiré derrière la ligne à six mètres est un trois points, faire plusieurs pas sans dribbler est un marcher, pour marquer des points il faut que la balle rentre dans le panier etc. Sans ces règles, si par exemple un joueur court sans dribbler et joue avec les pieds, il n'y a pas de jeu de basketball. Jouer à J signifie donc jouer dans le respect des règles de J et gagner J signifie réussir dans le cadre de l'activité pratiquée en accord avec les règles formelles de J . Les règles sont donc constitutives en ce qu'elles sont *la condition de possibilité* de l'activité pratiquée²⁷³. Nous avons donc une relation hiérarchique logique entre l'ordre des interactions, notons par exemple $A_1, A_2, \dots A_n$, qui sont les actions prises par des individus au sein d'un jeu J , et les règles $R_1, R_2, \dots R_n$, qui non seulement sont nécessaires pour que les actions existent,

²⁷³ Pour le jeu de basket on peut aussi noter des *règles régulatrices*. Par exemple dans les années 1990 le "handcheck" était autorisé, c'est-à-dire la possibilité pour le défenseur d'avoir une main en contact avec le corps de l'attaquant, et donc potentiellement d'orienter la direction de son dribble. On peut argumenter qu'avec ou sans *handcheck* le basket existe, puisqu'on a bien une continuité historique d'un sport, qui est reconnu comme tel par le public et les joueurs. En cela certaines règles seraient constitutives, permettant le jeu, et d'autres régulatrices, modifiant, au cours de l'histoire d'un jeu, comme l'histoire de chaque sport le montrerait, certaines interactions au sein du jeu. On aurait donc $J = \{Rc_1, Rc_2, \dots Rc_n\}$, où Rc est une règle constitutive nécessaire pour que J existe, à quoi il faut rajouter $Rr_1, Rr_2, \dots Rr_n$, un ensemble de règles régulatrices, qui prennent place au sein d'un jeu déjà existant et qui viennent organiser des interactions déjà constituées. Ces règles ne sont pas nécessaires pour que le jeu existe mais déterminent la forme spécifique que prend le jeu à un moment donné. Les règles constitutives se situent à un niveau normatif supérieur.

Il n'est pas certain que cette distinction soit toujours claire. D'une part, parce qu'aucun critère a priori, une métarègle, ne permet de définir ce que sont les règles intouchables; d'autre part, parce qu'il n'est pas certain qu'on joue, avec un changement de règle, *au même sport*. Le cas du *handcheck* est un exemple parlant. Si $J = \{R_1, R_2, \dots R_n\}$, et que dans l'ensemble des règles il y a celle du *handcheck* (qu'on appelle bien une règle), alors J (le jeu de basket) = $-J$ (le jeu de basket sans le *handcheck*), ce qui est une contradiction manifeste. Je laisse néanmoins de côté ce problème d'ontologie des règles, qui renvoie également aux difficultés à départager la règle constitutive et la règle régulatrice sur l'efficace de leur pouvoir déontique (Guala et Hindriks, 2016). De plus d'Agostino (1981) a bien montré que les règles formelles d'un jeu étaient insuffisantes pour un décrire la pratique, car bien souvent, dans les jeux les règles sont soumises à *des conventions de jugement et d'interprétation*, qu'il appelle l'éthos du jeu. Si l'on reprend l'exemple du basketball cela est évident lors d'une fin de match serrée. La convention est que, si deux équipes sont proches au score, l'arbitre ne doit utiliser qu'avec parcimonie son sifflet, notamment pour préserver le spectacle et ne pas prendre le risque d'une erreur d'arbitrage lourde. On peut donc accepter qu'une des règles R du jeu J ne soit pas respectée dans ces conditions. De la même façon, si LeBron James part au dunk en contre-attaque on acceptera qu'il puisse marcher si son action est impressionnante. On accepte ici que dans J il existe un R qui ne soit pas respecté sans que J lui-même soit remis en cause. Dans le cadre des théories néolibérales, il faut prendre compte qu'entre les règles et la pratique, il faut un ensemble de conventions de coordination d'arrière-plan, provenant de l'histoire du jeu où plus largement de l'environnement culturel d'une société donnée. Nous reviendrons plus tard sur le problème de l'interprétation du droit, notamment chez Hayek et Posner (voir sur ce point Ferey, 2008). Plus largement, philosophiquement ce problème renvoie à l'impossibilité de définir un jeu par l'ensemble de ses règles formelles chez Wittgenstein (1953).

mais aussi pour que les actions aient un sens (il faut que la règle selon laquelle un panier tiré derrière la ligne des six mètres existe pour que le lancer de balle depuis cette ligne soit intelligible). On peut ainsi noter dans un métalangage L_0 les règles constitutives, permettant l'intelligibilité, dans un langage strictement subordonné, des interactions en L_I ²⁷⁴, où les actions de L_I n'existent que si et seulement s'il existe des règles définies en L_0 . On peut donc trouver une théorie normative des règles, puisqu'il s'agit de déterminer le contenu des règles en L_0 , qui vont hiérarchiquement déterminer les actions possibles en L_I . Notons immédiatement que la détermination des règles sur les actions n'est pas stricte, dans le sens où chaque règle nécessite une action spécifique, mais qu'elle est structurelle, c'est-à-dire qu'elle délimite un champ d'actions possibles. Les néolibéraux appellent ainsi les actions possibles en L_I un ordre socio-économique, c'est-à-dire un ensemble d'actions dans le jeu, qui sont compréhensibles individuellement à partir des règles édictées en L_0 , mais qui ne sont pas prévisibles à partir de ces dernières. Les règles du basketball ne nous apprennent pas qui gagnera demain entre les Lakers et les Celtics. De la même façon, connaître les règles de l'échange économique ne nous apprend pas quelles seront les innovations de demain et quelles sont les opportunités pour être en avance sur la dynamique économique, ou plus généralement qui seront les gagnants et les perdants futurs des échanges. La seule façon de connaître la fin du jeu c'est de jouer le jeu.

Le domaine juridique est le domaine sur lequel les néolibéraux fondent leur interventionnisme. Gouverner, comme dans le libéralisme classique²⁷⁵, c'est avant tout gouverner par des règles, et particulièrement des règles juridiques. Cela s'entend particulièrement si on garde à l'esprit la critique de la démocratie qu'on trouve chez les néolibéraux, comme aboutissant à une potentielle tyrannie de la majorité et à des dysfonctionnements importants. En un sens, le domaine politique est réduit au juridique. La politique néolibérale s'exprime donc par un chemin spécifiquement juridique, qui définit, dans le jeu socio-économique et politique, les règles du jeu. L'intervention juridique produit des règles qui suscitent des *incitations* à jouer le jeu. Une bonne intervention est une intervention qui produit des règles qui *incitent* les joueurs à jouer le jeu de façon harmonieuse. Le concept d'incitation marque la distinction que les néolibéraux veulent établir entre une action qui contraint directement et une intervention qui oriente par l'environnement juridique.

²⁷⁴ Il est évident, au moins au moment du premier néolibéralisme, que les néolibéraux n'explicitent pas leurs positions de cette manière. Il nous semble pourtant important de clarifier le statut de l'expression de "règles du jeu", qui demeure sinon partiellement indéterminé dans les écrits de ces auteurs mais aussi dans plusieurs textes de littérature secondaire.

²⁷⁵ Le gouvernement par la loi n'est pas quelque chose de nouveau dans le libéralisme, on trouve bien sûr ce thème chez Locke (Nemo, 2013, 305-335).

Les néolibéraux ne se contentent pas de produire une *théorie descriptive des règles*, répondant à la question des conditions de possibilité de la coordination sociale, mais également une *théorie normative des règles*, qui est non seulement le centre névralgique de leur position, leur originalité, mais aussi le moment d'élaboration théorique qui conduit à des tensions conceptuelles importantes. Le nexus problématique du néolibéralisme s'articule donc autour de cette théorie des règles, qui est exprimée explicitement lors de la première réunion de la Société du Mont-Pèlerin²⁷⁶ :

La préservation d'un ordre concurrentiel efficace repose sur un cadre juridique et institutionnel adéquat. Le cadre doit être *considérablement modifié* pour rendre le fonctionnement de la concurrence plus efficace et bénéfique. La nature précise du cadre juridique et institutionnel au sein duquel la concurrence fonctionnera le plus efficacement et qui complètera le fonctionnement de la concurrence est un problème urgent nécessitant un échange continu d'opinions.

("Draft Statement of Aims" de la Société du Mont-Pèlerin, 7 avril 1947, je souligne, cité dans Innset, 2017, 236-237)²⁷⁷.

Non seulement les néolibéraux pointent la nécessité d'un cadre juridique, qui doit être modifié très largement pour permettre l'ordre concurrentiel libéral²⁷⁸, qui garantit l'efficacité du marché comme institution de coordination, mais fixe comme un horizon problématique la discussion normative quant aux critères qui permettent de définir quelles sont les bonnes règles ("la nature précise du cadre juridique et institutionnel"), à savoir celles qui conduisent à un ordre concurrentiel effectif. Il ne s'agit plus seulement de pointer une nécessité très bien établie dans la littérature, à savoir de se démarquer aussi bien du laisser-faire que du collectivisme, mais de développer une théorie normative de la génération et de l'altération des règles, en prenant en considération que la possibilité de cette théorie, qui nécessite un critère permettant de dire

²⁷⁶ Je ne peux pas dans ce le cadre de cette thèse proposer une histoire intellectuelle ou institutionnelle de la formation de la Société du Mont-Pèlerin. Néanmoins Bruce Caldwell (2020) a proposé récemment une telle histoire par le prisme de Hayek. On trouve également des éléments importants chez Audier (2012) et Innset (2017).

²⁷⁷ L'original dit: "The preservation of an effective competitive order depends upon a proper legal and institutional framework. The existing frameworks must be considerably modified to make the operation of competition more efficient and beneficial. The precise character of the legal and institutional framework within which competition will work most effectively and which will supplement the working of competition is an urgent problem on which continued exchange of views is required" (Ma traduction). Innset indique que le *Statement of Aims* reflète l'influence de Hayek. À mon avis les positions tenues sont proches de Hayek dans la mesure où Hayek présente une position relativement consensuelle au sein des néolibéraux.

²⁷⁸ Ambition qui se retrouve chez Simons également: "The proper function of the state [...] is largely not that of providing services but that of providing the framework within which business, local-public and private, may effectively be conducted" (Simons, 1945, 18).

quelles sont les bonnes règles, est mise en péril par les positions anthropologiques et épistémologiques des néolibéraux eux-mêmes.

En introduisant la possibilité d'une forme d'interventionnisme légitime, qui est caractérisé par la sauvegarde du mécanisme des prix et du régime de concurrence, les néolibéraux doivent ainsi répondre à la question des critères permettant de distinguer les *bonnes* des *mauvaises interventions*, ce qui nécessite une évaluation théorique. Ce problème est un des moteurs théoriques de l'évolution du néolibéralisme, ainsi qu'un principe de dispersion, aussi bien diachronique que synchronique. Deux questions sont intriquées. Premièrement, la question de ce qui permet de distinguer les bonnes interventions des mauvaises, ce à quoi nous avons déjà une réponse avec le chapitre I, à savoir la conformité au mécanisme des prix formés sur un marché concurrentiel ; Deuxièmement, et surtout, la question de savoir quelle est la finalité de l'intervention et son ampleur. Dans ce cadre, la concurrence joue un rôle ambigu, puisqu'elle est à la fois ce qu'il faut instituer, ce qu'il faut maintenir, le critère normatif permettant de juger les interventions et la méthode d'ajustement des règles. Comment justifier normativement un type d'intervention, qui plus est au niveau des règles, c'est-à-dire à un niveau constitutif hiérarchiquement supérieur aux interactions socio-économiques, dans le cadre d'une anthropologie et d'une épistémologie qui semble interdire un point de vue synoptique ?

2.1 Instaurer les règles du jeu

Le diagnostic de l'insuffisance du marché et de l'idéal des économistes libéraux classique est explicite chez Lippmann, qui pose le problème de la réalisation de l'idéal libéral par des réformes non-strictement économiques. Le journaliste américain défend très largement un "agenda positif" du libéralisme, visant à réaliser politiquement les conditions sociales et plus largement environnementales pour le bon fonctionnement du marché :

La science des économistes décrivait donc, non pas le monde tel qu'il est, *mais le monde tel qu'il faut le refaire*. Ils avaient imaginé une société dans laquelle les problèmes sociaux nés de la division du travail seraient résolus. C'est ainsi que par hasard, incidemment, alors qu'ils essayaient de simplifier les faits pour mieux les comprendre, ils avaient découvert le critérium permettant de donner une définition exacte de ces problèmes sociaux, et d'indiquer des solutions exactes. Au moyen de certaines hypothèses, ils avaient décrit une société juste basée sur la division du travail. Il s'ensuivrait que dans le monde réel, plein d'injustices et d'erreurs, leurs hypothèses représentaient

un but pratique à atteindre. *Ce qu'ils oublièrent, c'est que pour imaginer comment la division du travail pourrait fonctionner en toute justice, il leur avait fallu supposer une société réformée composée d'individus réformés.* Il aurait fallu en conclure que pour obtenir ce résultat dans la pratique, *il était nécessaire de réaliser les réformes dans la pratique.*

(Lippmann, 1937, 255, je souligne).

Ce texte de la *Cité libre*, dans une partie critique des théories du laissez-faire, insiste sur la nécessité de la réforme à mener dans une société libérale. La théorie économique libérale a décrit l'idéal qu'il s'agit de réaliser, la réalisation de celui-ci demande une activité positive de l'État, et non seulement une activité de préservation de la propriété et de protection des personnes. L'État ne doit pas seulement protéger, mais aussi produire. Cette demande de réforme chez Lippmann n'est donc pas mineure, mais développe une multitude d'actions possibles pour l'État, visant à transformer le cadre social dans lequel les individus s'inscrivent (*Ibid.*, 286)²⁷⁹. Le libéralisme lippmannien est une mise en pratique des conditions de possibilités du libéralisme idéal. Pour mener ces réformes il faut se fonder sur une anthropologie non plus atomiste mais relationnelle²⁸⁰. La mise en pratique du libéralisme nécessite donc de prendre acte des deux erreurs majeures du libéralisme du laissez-faire, à savoir l'atomisme anthropologique et le naturalisme des relations économiques (voir chap. II) : "Les hommes n'ont pas la capacité d'adaptation qu'exige un marché en fluctuation constante. *Ils ne sont pas des unités abstraites*, mais des créatures qui ont des habitudes et sont profondément attachées à leur genre de vie" (*Ibid.*, 226, je souligne).

Pour réaliser la fiction des économistes, il ne faut pas laisser faire le marché, mais au contraire produire juridiquement et institutionnellement les conditions de son émergence. Contrairement à ce que postule la théorie néoclassique, les individus ne sont pas sans attaches, mais sont caractérisés par une inertie sociale, des habitudes, des comportements normés. Il faut donc plier la réalité aux thèses libérales, passer d'une réalité empirique imparfaite à un devoir-être plus satisfaisant. La réalisation pratique de l'utopie libérale demande des outils

²⁷⁹ Stiegler (2019) insiste sur le fait qu'il faille adapter les individus à un environnement qu'est le capitalisme, celui-ci étant considéré comme relativement stable. Chez Lippmann, la modification du cadre social par les règles juridiques implique une double transformation, à la fois de l'environnement (et donc du capitalisme) et, partant, des individus. Dans une anthropologie relationnelle on ne peut jamais toucher un des pôles sans modifier l'autre également. Si les principes généraux d'une société de marché organisée par des marchés concurrentiels demeure stable, les agencements institutionnels spécifiques peuvent varier.

²⁸⁰ De même chez Rustow (dans Audier, 2008, 468) : "l'homme est un être naturellement social", et ce serait une erreur de le considérer comme étant semblable à ce que produisent les modèles réducteurs de la science économique.

d'intervention prenant en compte la nature des individus. Les économistes classiques ont dit, descriptivement, la vérité sur le nouveau mode d'organisation social, mais il faut, normativement, l'améliorer, en prenant en compte ces nouvelles données anthropologiques et sociales. Lippmann propose de ce fait un domaine de légitimité de l'intervention étatique en régime libéral. Le caractère utopique du libéralisme doit apparaître pour se donner les conditions d'une réalisation pratique :

Mais les partisans utopistes du laissez-faire ont supposé que les marchés parfaits s'organiseraient en quelque sorte d'eux-mêmes, ou tout au moins que les marchés sont aussi parfaits qu'ils peuvent l'être. Ce n'est pas vrai. Dans une société libérale, *l'amélioration des marchés doit faire l'objet d'une étude incessante.*

(*Ibid.*, 275, je souligne).

Le véritable libéralisme défendu par les néolibéraux est réformateur, bien loin d'une apologie du *statu quo*. Lippmann pense les conditions de l'amélioration des marchés, ce qui suppose une théorie idéale du fonctionnement du marché, ainsi qu'une théorie des conditions de perfectionnement du marché, et donc un critère depuis lequel on peut parler d'une amélioration, c'est-à-dire qu'on trouve chez Lippmann une théorie normative de l'amélioration des règles. Le fonctionnement marchand s'améliore lorsque des règles font disparaître les problèmes qui parasitent la coordination entre certains individus. On pourrait croire que Lippmann allie une pensée régulatrice du marché avec un interventionnisme institutionnel, mais il pense bien les conditions de fonctionnement du marché, notamment juridiques, comme des conditions constitutives. Pour que le marché existe il faut des conditions juridiques particulières, les droits de propriétés garantis par l'État, le droit des contrats, de la responsabilité individuelle, des institutions comme la monnaie, la banque etc., qui déterminent la forme que prend le marché : "Toute propriété, tout contrat, toute société n'existent que parce qu'il existe des droits et des garanties dont l'application peut être assurée, *lorsqu'ils sont sanctionnés par la loi*, en faisant appel au pouvoir de coercition de l'État" (*Ibid.*, 223, je souligne).

Il existe une différence qui apparaît entre *le marché empiriquement existant*, et *le marché idéal*, bien que les deux soient conditionnés par un environnement social, juridique et institutionnel. Lippmann cherche à défendre *l'idéal de la concurrence* contre ses perversions

empiriques, notamment une certaine forme de capitalisme produisant des monopoles dus à une mauvaise structuration juridique de la société :

L'effet de ces réformes serait en effet avant tout de réduire considérablement les possibilités d'enrichissement par l'exploitation et par l'exercice de privilèges légaux. Ces réformes s'attaquent à la source des gros revenus provenant des divers genres de monopoles, des *mauvais marchés* sur lesquels les ignorants et les faibles sont désavantagés. Au point de vue de l'économie d'échange, les revenus provenant de ces inégalités naturelles et juridiques ne sont pas *légitimement* gagnés. Ils sont parasitaires, adventices, et *si le monde réel était conforme à la théorie des économistes classiques*, ces revenus *illégitimes* n'existeraient pas. Ils ne représentent ni la rétribution du travail ou de la gestion, ni un intérêt du capital, ni les profits d'une entreprise, tels que les déterminent des marchés libres et équilibrés. Ce sont des tributs levés sur les salaires, les intérêts et les profits en *dénaturant* ou en manipulant le prix du marché.

(*Ibid.*, 279, je souligne).

Ce texte est une clef de compréhension importante du néolibéralisme développé par Lippmann. Tout d'abord, les situations problématiques sont le fait de mauvaises règles, qui produisent des conséquences néfastes. Lippmann se veut réformateur, ce qui entraîne des conséquences importantes, par exemple une autre répartition des revenus²⁸¹. Ensuite, le diagnostic libéral cible avant tout des inégalités juridiques, des gains provenant de situations de rentes et de lobbying, d'une manipulation de l'information, de situations de monopole, qui sont jugées "illégitimes", dans le sens où elles sont fondées sur de mauvaises règles. Le contenu normatif de la théorie lippmannienne apparaît clairement ("mauvais marchés", "légitimement", "illégitimes", "dénaturant"). Il s'agit de juger la réalité contemporaine vis-à-vis de l'idéal libéral, qui nécessite, pour s'effectuer, non pas uniquement la destruction des obstacles mais la production de bonnes conditions. L'interventionnisme libéral vise à produire ces conditions par l'édiction de *bonnes* règles du jeu, notamment la structure juridique qui met en place une situation de concurrence, mais aussi le système des prix, qui ne doit pas être dupé. Deux

²⁸¹ Je n'insiste pas ici sur le volet social du libéralisme de Lippmann. Pour autant chez Audier (2012, 80-85) on trouve développés les éléments de l'agenda positif du libéralisme lippmannien, notamment le volet relatif à la réforme sociale. Cela est également discuté lors du Colloque Lippmann après la présentation de Rueff (dans Audier, 2008, 460-461), où Lippmann demande si le mécanisme des prix est compatible avec des impôts sur les sociétés excédentaires, ce à quoi Rueff répond que c'est une solution possible, même si les impôts et les systèmes assurantiels sont défectueux, à partir du moment où le budget est à l'équilibre.

critères, profondément reliés, sont donc mis en avant : l'instauration d'une concurrence non faussée, et l'intégrité du mécanisme des prix.

L'État se met au service du fonctionnement économique, ou plutôt il crée les conditions du bon fonctionnement économique, en instituant non seulement les conditions d'existence du marché, ce qui relève d'une théorie descriptive de l'existence du marché, mais aussi et surtout *les bonnes conditions* pour son épanouissement. Lippmann ne se propose rien de moins que de réorganiser les marchés pour les faire fonctionner de manière adéquate, sans conglomérats, fraude sur l'information ou inégalités juridiques, bref de réaliser la perfection de l'ordre marchand par une institution étatique. Cependant, le cadre de ces réformes et de ces interventions doit être fixé à l'avance, sans quoi il est condamné à être arbitraire. En effet, aucun gouvernant ne pourrait réformer l'ordre marchand en le remplaçant intégralement, puisque personne ne possède le savoir lui permettant cela. L'égalisation des revenus, par exemple, ne doit pas être menée par une redistribution active (*Ibid.*, 281), qui obéirait à des critères moraux vagues et nécessairement discutables, mais par une taxe sur les profits injustifiés des marchés imparfaits, notamment les monopoles, permettant de modifier la structuration de la concurrence en substituant des agents économiques efficaces à des monopoles inefficaces, des marchés parfaits à des marchés imparfaits. À strictement parler, Lippmann défend moins une égalisation des revenus qu'une légitimation des revenus. L'important est de s'opposer aux revenus illégitimement gagnés, non aux inégalités de revenus. L'intervention de l'État sur le marché doit se faire d'un point de vue juridique, en fixant de nouvelles règles interdisant la fraude – qui contrevient aux contrats –, le délit d'initié – qui fausse la concurrence en mettant des individus en situation de *price makers* –, les différenciations de réglementations entre entreprises – qui avantagent certains agents économiques, bénéficiant par exemple de dégrèvements fiscaux, ou encore les hausses de salaires obtenues en faisant grèves ou en construisant un monopole syndical. Il faut non pas intervenir directement sur les rémunérations au sein de la société, mais mettre en place les conditions économiques d'un décentrement du pouvoir économique qui conduit à une répartition *par les marchés*. Le marché n'est pas uniquement pensé comme l'instance de production des biens à laquelle il faudrait pallier par une législation exogène, mais est, si la législation et la régulation est efficace, le médium de la distribution et le processus permettant l'allocation *légitime* des richesses.

Le propos de Lippmann est éminemment normatif, ce qui est relevé par les termes utilisés, qui supposent qu'il existe un modèle permettant de juger les déviations empiriques.

Cette norme est celle d'une concurrence parfaite et idéale²⁸². Pour opérer le passage de la réalité empirique à l'idéal du marché il faut donc de bonnes règles du jeu. D'après les exemples que nous venons de donner, on pourrait penser qu'il s'agit avant tout d'une intervention juridique consistant dans le fait d'empêcher les avantages légaux des monopoles de leur octroyer une place préminente sur le marché ou d'empêcher les fraudes, c'est-à-dire d'éliminer les obstacles au marché. Mais cela serait retomber dans le laissez-faire, en considérant que le fonctionnement du marché existe, *sous le développement économique effectif*, et qu'il suffirait de libérer les forces déjà préexistantes du marché pour réaliser l'utopie libérale. Cela est loin d'épuiser l'interventionnisme que Lippmann a à l'esprit.

Le propre de l'agenda libéral de Lippmann est de proposer toute une série d'interventions adéquates qui consistent dans le fait de transformer le milieu dans lequel sont situés les individus pour modifier leurs comportements. Un exemple est donné explicitement par Lippmann : "Les taxes levées sur les riches doivent être consacrées non pas à faire l'aumône aux pauvres mais à *réformer la situation* qui crée des pauvres" (*Ibid.*, 281, je souligne)²⁸³. L'action gouvernemental agit sur la situation dans laquelle les individus sont insérés. Elle consiste non pas en une substitution de la bienveillance, mais dans la réforme de l'environnement social. Il s'agit donc de proposer des opportunités éducatives, assurantielles ou sanitaire, pour permettre aux individus d'agir adéquatement vis-à-vis de leur environnement. L'État doit donc produire des incitations permettant à chaque individu de devenir autonome, bref *produire des hommes économiques*. Barbara Stiegler (2016, 2019) parle sur ce point d'une véritable "biopolitique néolibérale", fondée sur l'adaptation des individus à leur environnement²⁸⁴. Le "milieu" néolibéral est peuplé de deux ensembles de choses différentes. D'une part, des règles au sens large que nous avons défini en introduction, c'est-à-dire non seulement des lois mais aussi des normes, des institutions ou encore des traditions ; d'autre part, le milieu marchand, c'est-à-dire la concurrence et le marché. Ces deux éléments sont

²⁸² Il semble que Lippmann a à l'esprit la concurrence pure et parfaite des économistes. Cette divergence vis-à-vis du modèle idéal ne l'empêche pas d'avoir une épistémologie des agents proche de celle de Hayek. Notons, d'ailleurs, que la théorie de la concurrence de Hayek, si elle diffère, comme nous l'avons noté, de celle des néoclassiques, le fait d'un point de vue plus *descriptif* que *normatif*. La théorie dynamique de la concurrence entrepreneuriale de Hayek explique le processus de formation des prix, et notamment de situations d'équilibres, alors que la théorie néoclassique se situe du point de vue du résultat. La conception hayékienne est cinématique, alors que celle de l'économie néoclassique est photographique. D'un point de vue normatif, néanmoins, il convient dans les deux cas de réaliser les conditions d'un fonctionnement concurrentiel et Hayek insiste également sur la nécessité pour l'État de développer les canaux d'information pour que le marché réalise son rôle double, à savoir transmettre l'information et produire de nouvelles connaissances pour les agents économiques.

²⁸³ Lippmann se réapproprie ici un crédo socialiste du XIXème siècle : ne pas pallier les effets de la pauvreté, mais réformer les conditions sociales de possibilité de la pauvreté.

²⁸⁴ Cela renvoie au concept de mésopolitique, la politique par le milieu, un concept de Ferhat (2018).

indissociables puisque la forme de la concurrence dépend des règles qui définissent le fonctionnement de celle-ci. Ainsi, le gouvernement par la concurrence des néolibéraux implique définitionnellement un gouvernement par certaines règles. On ne peut pas étudier un aspect, l'aspect juridique par exemple, sans prendre en compte l'aspect économique, étant donné que ces deux aspects sont indissociables conceptuellement²⁸⁵. Cela implique toujours qu'on ne peut pas penser l'ajustement des individus à leur milieu sans penser l'ajustement du milieu lui-même.

Le modèle de la "règle du jeu" incarne le mode de gouvernement que souhaite Lippmann²⁸⁶ : un gouvernement qui constitue des actions plutôt qu'il ne gouverne activement. Il faut non pas un pouvoir juridique contraignant, sur le modèle du décret royal, mais fixer des "règles du jeu" efficaces et donc ajustables (*Ibid.*, 321). L'exemple lippmannien qui fera date et qui explicite cette position, est celui du code de la route :

Les fonctionnaires peuvent, par exemple, régler la circulation sur les routes : ils peuvent veiller à ce que les conducteurs maladroits ou imprudents ne dérangent pas les autres. En *perfectionnant peu à peu* leurs règlements, ils peuvent de mieux en mieux permettre aux conducteurs d'arriver à leurs destinations avec le maximum de sécurité et de commodité permis par les circonstances. Mais si, au lieu de *définir les droits* de tous les conducteurs, les fonctionnaires essaient de prescrire à chacun sa destination, de lui dire quand il doit partir, par quelle route il doit passer, et l'heure à laquelle il doit arriver, il y en aura quelques-uns qui, ayant l'oreille des autorités, pourront aller où ils veulent plus vite et plus agréablement que si les droits de tous étaient égaux. Quant aux autres ils seront forcés d'aller là où ils ne veulent pas aller, et ils auront nécessairement l'ambition de chasser les fonctionnaires en place et d'en installer d'autres qui dirigeront la circulation à leur avantage.

(*Ibid.*, 338, je souligne).

Le perfectionnement des règles permet une meilleure coordination générale, au lieu de diriger individuellement les automobilistes, et définir les droits des individus. Remarquons immédiatement que les deux aspects sont en réalité identiques : en modifiant les règles on modifie aussi la structure des droits individuels. En effet, la définition des droits est constitutive de la conduite (il ne peut y avoir circulation organisée, et d'interactions non anomiques, que si

²⁸⁵ Voir Commun et Fèvre (2019, introduction), pour une démonstration de cet aspect chez les ordolibéraux.

²⁸⁶ L'utilisation de l'expression de "règles du jeu" est néanmoins constante, chez Simons, les ordolibéraux, Hayek, et par la suite chez Buchanan.

certaines droits sont définis), le perfectionnement est régulateur et évolutionnaire, améliorant les interactions déjà existantes, en modifiant par exemple certains panneaux de signalisation, modifiant la vitesse autorisée pour éviter les accidents, ou interdisant certains types de comportements comme l'ivresse au volant. L'expression de "règles du jeu", qui n'est pas présente dans ce texte, mais qui le rend intelligible, charrie avec elle un ensemble de caractéristiques importantes. Si l'État possède pour rôle d'instaurer des règles du jeu son rôle en négatif ne consiste donc pas dans le fait de jouer le jeu. Le gouvernement doit être un juge impartial, garant de l'ordre concurrentiel, si besoin en exerçant son autorité légale, sans quoi le jeu socio-économique se délite jusqu'à l'anomie.

Cela signifie que l'activité gouvernementale est procédurale : à partir du moment où les règles sont respectées, l'issue du jeu, par exemple la répartition des revenus, est en dehors de l'activité gouvernementale, au moins du point de vue des règles qu'on a pu identifier comme constitutive. Si vous jouez au basketball le résultat d'un match, la défaite ou la victoire d'une équipe, dépend bien sûr en partie des règles, mais on ne peut rendre le créateur des règles responsables de la défaite, car ce sont les joueurs qui ont perdu ou gagné le match. Si le créateur des règles changeait en revanche celles-ci au milieu du match pour avantager une équipe nous nous trouverions dans la situation que cherche à proscrire Lippmann²⁸⁷. Pour autant, nous avons vu que l'État doit aussi perfectionner les règles, et donc vérifier que les règles créées ne conduisent pas à des situations où la coordination est rendue difficile. Par exemple, si les contrats ont été pensés pour un certain type de biens, des biens manufacturiers non reproductibles, et qu'un autre type de biens apparaît sur le marché, par exemple des productions intellectuelles reproductibles, alors des modifications sont nécessaires. Deux problèmes importants apparaissent :

- (i) Le changement dans les règles du jeu produit donc une multitude d'effets, qui ont eux-mêmes des répercussions. Savoir si la modification de la règle constitue donc une amélioration est alors *en soi problématique*, car cela suppose que le législateur, le juge, ou le public, sont capables de déterminer les effets produits par la modification de la règle dans un monde complexe. La théorie libérale

²⁸⁷ Bien sûr, Lippmann pense une instance de transformation des règles et un rôle du public, de même sa reprise de la théorie de la *common law* vise à produire cet espace d'inter-jeu dans lequel le changement de règles est possible. Néanmoins, contrairement au basketball la distinction nette entre joueur et arbitre est moins évidente dans le monde social, car ceux qui édictent sont souvent les mêmes que ceux qui les subissent. Cela ouvre la voie à la possibilité d'une captation du pouvoir législatif en vue d'obtenir des avantages économiques. Cet état de fait n'est explicitement et systématiquement pris en compte qu'avec la théorie du *Public Choice* (voir chap. VII et VIII).

court deux risques importants ici, à savoir un *risque épistémique*, qui suppose que le juge possède par exemple une position privilégiée pour déterminer les résultats d'un changement de règle, ce qui entre en tension avec la critique même de Lippmann relative aux limites de la connaissance; et un *risque politique*, qui rapproche la théorie positive du libéralisme du constructivisme, puisqu'il serait possible d'isoler des règles produisant un certain type d'effets désirables pour modifier la structure sociale.

- (ii) La modification des règles constitutives instituant les droits de propriété, le droit des contrats, ou encore le droit de la concurrence, implique une répercussion sur le système des prix. Modifier les droits des individus c'est en effet modifier leur possibilité de payer et donc modifier la structure de la concurrence et la distribution finale qui en est issue. En somme, la thèse d'une intervention conforme si et seulement si elle n'interagit pas avec le mécanisme des prix est mise en péril et c'est la distinction même entre intervention conforme et non conforme qui devient douteuse. Toute intervention a une implication sur les prix. Comment justifier certaines interventions plutôt que d'autres, si on ne peut conserver l'influence sur les prix comme critère ?

2.2 Comment planifier sans tomber dans l'hybris rationaliste ?

Hayek développe une théorie du droit visant à répondre à ces problèmes en déterminant la forme que doit prendre le droit dans le but de ne pas prêter le flanc au constructivisme ou à une détermination arbitraire des résultats sociaux. Cette préoccupation ne date pas des années 1940 mais apparaît bien avant chez l'auteur autrichien. Comme l'a montré Gilles Christoph (2012, 227), dès 1933 Hayek formule l'idée d'une nécessaire rénovation du libéralisme et notamment de la question des règles. Néanmoins, c'est dans les années 1940, et notamment dans *La Route de la servitude*, que Hayek reprend des éléments lippmanniens plus explicitement²⁸⁸. Hayek défend l'idée d'une nécessité de l'existence des règles non substantielles, notamment dans son

²⁸⁸ Hayek cite en effet Lippmann dans *La Route de la servitude* (Hayek, 1944, 28-29, 248). On peut souligner qu'une des citations est même dans le corps du texte, alors que Hayek ne mentionne que peu d'auteurs nommément dans cet ouvrage. Pour une démonstration plus ample de la trajectoire commune, on pourra lire Colin-Jaeger (2021).

insistance sur la *rule of law*²⁸⁹, à savoir le règne de la loi. Il développe une théorie normative en ce qu'il théorise avec ce concept la forme que doivent prendre les règles édictées par l'État. La doctrine de la *rule of law* est une réponse au problème de l'action de l'État dans le libéralisme, sachant que chaque État doit bien sûr agir et que chaque intervention est une intervention qui a un effet important (Hayek, 1944, 84). Plus largement, l'idée d'un gouvernement par des règles générales est partagée chez les néolibéraux²⁹⁰.

C'est dans le chapitre 6, "Planning and the rule of law" qu'on trouve les éléments d'une théorie hayékienne de l'intervention de l'État et de la planification libérale²⁹¹. Hayek utilise le terme de planification pour décrire cette activité de l'État, qui consiste, comme dans le code de la route lippmannien, à édicter des règles générales structurant les interactions interindividuelles²⁹². Le néolibéralisme assume un certain type de planification. L'auteur autrichien définit de la manière suivante le concept de *rule of law* :

Dépourillé de tous les détails techniques, cela signifie que le gouvernement, dans toutes ses actions, est lié par des règles fixées et annoncées à l'avance. Ces règles permettent de prévoir avec une certitude raisonnable comment l'autorité utilisera ses pouvoirs de coercition dans des circonstances données, et de planifier ses affaires individuelles sur la base de cette connaissance.

(*Ibid.*, 75)²⁹³.

²⁸⁹ Il est difficile de traduire cette expression anglaise, on peut traduire cette expression par "Le gouvernement du Droit" ou "le règne de la loi". Le thème de la *rule of law* est un thème ancien dans la tradition politique et juridique anglaise. John Locke dans *Le Second Traité du Gouvernement Civil* développe par exemple la thèse d'une liberté des individus sous le règne de la loi plutôt que sous l'autorité d'un gouvernement absolu. Sur ce point on peut se référer à Nemo (2013, 305-335).

²⁹⁰ Comme le dit Simons: "it is only in terms of general rules or principles that democracy, which is government by free, intelligent discussion, can function tolerably or endure" (Simons, 1944, 123).

²⁹¹ Notons que la traduction française traduit *planning* par planisme, ce qui introduit un contre-sens éventuel, car Hayek ne défend pas l'absence de planification, mais une planification compatible avec le libéralisme. Plus généralement, je n'utiliserai pas la traduction française de ce texte de Hayek, qui, comme le montre la citation suivante, est très largement améliorable.

²⁹² Pour une utilisation du concept de planification pour le cadre juridique procuré par l'État voir, par exemple, Hayek (1944, 79).

²⁹³ L'original dit : "Stripped of all technicalities this means that government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand, rules which make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances, and to plan one's individual affairs on the basis of this knowledge." (Ma traduction). Le texte a été traduit aux Presses universitaires de France, mais la traduction de plusieurs passages est très largement défectueuse, en forçant plusieurs thèses, on peut lire par exemple, pour ce passage : "Si l'on fait abstraction de tous les détails de procédure, cela signifie que le gouvernement est lié dans tous ses actes par des règles immuables et préétablies, règles qui permettent de prévoir avec certitude que, dans des circonstances déterminées, l'autorité exécutive s'exercera d'une façon déterminée" (Hayek, 1944b, 58). Or, la fixité n'est pas l'immutabilité, la certitude raisonnable n'est pas la certitude exacte, et la question de la planification de l'action disparaît.

La référence à la *rule of law* n'est pas une particularité de Hayek, mais l'héritage de l'époque libérale (*Ibid.*, 85). La liberté individuelle n'est, en effet, pas uniquement limitée dans le cadre de la *rule of law*, mais permise, car, selon la formule kantienne que cite Hayek : "l'homme n'est libre que lorsqu'il ne doit obéir à personne d'autre que la loi" (*Ibid.*).

Hayek, tout comme le Lippmann de 1925, insiste donc sur l'aspect cognitif des règles, mais accomplit un pas supplémentaire en produisant une théorie de la limitation du gouvernement *aux* règles, qui devient une théorie du gouvernement *par* les règles. La doctrine de la *rule of law* interprétée par Hayek est une doctrine des règles stables (*fixed*) et connues de tous (*announced beforehand*), qui rendent la coordination possible par un cadre d'intelligibilité commun. Hayek associe explicitement cette théorie avec l'idée de "règles du jeu" (*Ibid.*, 76). La règle générale connue de tous est ce qui permet aux individus de connaître les limites de leurs actions et donc de savoir quel jeu est joué, et ainsi quelle stratégie élaborer en pouvant anticiper à la fois le comportement potentiel des autres individus mais aussi et surtout les limites à ne pas outrepasser. L'État ne peut utiliser sa puissance de coercition, la police et la justice punitive par exemple, que lorsque le jeu n'est pas respecté. On retrouve la même figure du gouvernement comme arbitre impartial qui rend possible des activités, en même temps qu'il les limite. La nouveauté pour Hayek ici est qu'il ne développe pas l'idée de manière descriptive, comme il le faisait avec le langage ou les cadres cognitifs pour saisir ce que disent les autres ou comprendre des comportements, mais normative, en assignant une limite au type de règles que doit fixer l'État, c'est-à-dire des règles qui ne visent pas un résultat particulier. L'État se trouve défini dans ce passage. Son rôle consiste dans le fait d'édicter des règles générales et de les faire respecter. La conséquence est que son pouvoir se trouve extrêmement limité en amplitude, puisqu'il est soumis aux règles qu'il a établies. En effet, si le jeu change de règles en permanence les individus cessent d'avoir confiance dans le garant des règles et cessent de jouer le jeu, ce qui produit des conflits et un chaos social. En suivant la doctrine de la *rule of law*, Hayek ne propose pas uniquement une théorie de la limitation de l'État, mais des modalités de la planification libérale et donc de la forme que doit prendre la régulation étatique. Traditionnellement, la *rule of law* possède un rôle négatif, visant à réduire la possibilité de coercition exercée par le pouvoir central sur les individus. Tout en maintenant cette thèse traditionnelle, Hayek ajoute une inflexion positive au concept en en faisant également une théorie de la régulation sociale.

La théorie proposée par Hayek vise à rendre possible les interactions économiques et sociales, tout en définissant la nature de l'intervention. La doctrine de la *rule of law* est une illustration d'une réponse au problème du type d'intervention nécessaire pour le fonctionnement du marché. Ce que vise Hayek avec la *rule of law* c'est à garantir l'impartialité du gouvernement, puisque ce qui caractérise la tradition de la *rule of law* c'est le fait que le gouvernement lui-même n'est pas conscient des conséquences détaillées des règles qu'il édicte. En somme, l'ignorance des conséquences permet de répondre au second problème identifié plus haut. Cela favorise pour Hayek le développement de la liberté :

Les règles générales et véritables, par opposition aux ordres spécifiques, doivent donc être destinées à réguler des circonstances qui ne peuvent être prévues dans le détail, et, par conséquent, leur effet sur des fins particulières ou des personnes particulières ne peut être connu à l'avance. C'est en ce sens seulement qu'il est possible au législateur d'être impartial.

(*Ibid.*, 79-80)²⁹⁴.

L'impartialité est une condition de la liberté individuelle en ce que l'énonciation de règles générales et abstraites empêche le gouvernement de frustrer un comportement spécifique. L'impartialité est définie chez Hayek par l'ignorance et l'incapacité à répondre à des questions spécifiques. Hayek prend au sérieux un des problèmes possibles de l'interventionnisme néolibéral, à savoir que la modification des règles modifie l'ordre économique qui en dépend logiquement. L'ignorance insurmontable devient ici une alliée puisqu'elle garantit le fait que la modification des règles ne permette pas de favoriser certains individus ou certaines classes d'individus. Pour autant, il est possible de maintenir qu'il s'agit ici d'une modification consistant en une amélioration. Toute loi réduit, en effet, la liberté individuelle, en ce qu'elle fixe des limites, mais elle la permet également en ce qu'elle permet un espace de prévisibilité. Contrairement à une décision spécifique les règles générales et abstraites ne conduisent pas à la fixation particulière de fins à des individus, et respecte donc leur autonomie. *L'ignorance du*

²⁹⁴ L'original dit : "General rules, genuine laws as distinguished from specific orders, must therefore be intended to operate in circumstances which cannot be foreseen in detail, and, therefore, their effect on particular ends or particular people cannot be known beforehand. It is in this sense alone that it is at all possible for the legislator to be impartial" (Ma traduction). La traduction Puf dit : "Dans ce cas, nous devons concevoir des règles générales, des lois authentiques, – nettement différentes des ordres empiriques – qui peuvent être maniées dans des circonstances inconnues d'avance ; en conséquence leurs effets sur des desseins particuliers, sur des groupes déterminés restent imprévisibles. Seul le législateur animé de cet esprit peut être impartial" (Hayek, 1944b, 61). La traduction, ici encore, est loin du texte.

gouvernement est une condition de la liberté des individus. C'est parce que nous ne connaissons pas les conséquences des règles générales que le système de la *rule of law* à un système où les règles sont édictées en vue de fins particulières. La théorie de la *rule of law* consiste donc en une réponse cohérente avec son épistémologie des limites de la rationalité humaine. Si on accepte l'anthropologie néolibérale, le gouvernement par la loi devient l'option la plus rationnelle, puisqu'elle laisse les individus maîtres de leurs décisions, ce qui est plus efficace qu'une planification centralisée, donc le cas n'est qu'un exemple spécifique de l'opposition, plus large pour Hayek, entre gouvernement par la généralité et l'abstraction et gouvernement par l'édition de buts spécifiques et substantiels, qui est équivalent selon lui au gouvernement "arbitraire" (*Ibid.*, 76). Les règles sont nécessaires à la coordination, mais pour être libérales il faut que les règles choisies soient aveugles aux conséquences empiriques. On retrouve l'indifférence au contenu que nous trouvons déjà chez Lippmann en 1925 pour le public, mais avec l'idée supplémentaire d'une positivité de l'ignorance, alors que chez Lippmann la possibilité d'anticiper les résultats des règles est toujours une qualité octroyée à certains leaders.

Deux arguments sont avancés par Hayek pour justifier cette conception. Le premier est économique et renvoie à sa critique de la planification socialiste. Le gouvernement qui fixe des buts spécifiques s'arroge une position épistémologique fautive, notamment en pensant pouvoir centraliser une connaissance subjective intotalisable (voir chap. I). Mais c'est le second argument, politique et moral, qui nous intéresse ici. En effet, dès que l'on connaît les effets d'une règle, on ne peut plus être impartial et la loi se transforme, non plus en juge impartial, mais en instrument pour favoriser certains buts spécifiques. Si on sait qu'une de nos règles avantage un certain type de population, alors notre législation est prise en connaissance du fait qu'elle est en un certain sens injuste, c'est-à-dire inéquitable. Dans l'hypothèse d'une connaissance parfaite l'impartialité est donc impossible, car chaque loi possède effectivement des conséquences empiriques spécifiques. L'ignorance du législateur ne doit pas être combattue, mais au contraire acceptée, car elle est une condition de possibilité de l'impartialité. Le risque d'un gouvernement qui détiendrait cette vérité sur le monde social est celui d'un gouvernement totalitaire – car la connaissance parfaite détenue par le bureau central ne peut qu'être une fiction dangereuse. Hayek résout un problème en faisant appel au caractère général et abstrait de la loi, mais le critère de l'amélioration demeure flou. On peut certes dire que l'amélioration vient du fait que ces règles générales maintiennent un espace de liberté, mais comment penser l'amélioration au sein de règles qui partagent cette caractéristique et cette

intention ? Comment penser donc l'amélioration de la régulation au sein d'une société libérale ?

Comment, surtout, Hayek peut-il répondre à ces questions sans réintroduire un point de vue moral ? Comment ne pas retomber dans la difficulté actualisée par les régimes fascistes, qui imposent certains buts "moraux" à tous les individus. En effet, l'intervention utilise des moyens rares à usage alternatif, de l'argent qui peut aussi bien servir les enfants malades ou les démunis que les riches (*Ibid.*, 81). L'intervention économique fait intervenir un complet système de valeurs, qui, à son tour, détruit la *rule of law*, et donc le libéralisme. Cela se comprend lorsque l'on considère que ces interventions rompent un critère important du libéralisme, à savoir l'égalité devant la loi. Ce n'est pas uniquement économiquement que l'intervention est nuisible, mais aussi politiquement, en introduisant dans la législation des concepts parasites, relevant de ce qui est "légitime" et "juste", mais sur lesquels aucun accord ne peut réellement être trouvé. On ne peut donc accepter à la fois l'intervention morale de l'État et vouloir son impartialité. Or, l'interventionnisme fondé sur des valeurs morales non partagées laisse ouvertes les possibilités de conquête du pouvoir par *n'importe quelle conception*. En somme, ceux qui militent pour la justice sociale sont, sur cette question, en accord avec les fascistes, en considérant que l'État peut mener des actions fondées sur des principes moraux. L'intervention de principes moraux dans la politique est donc ce qu'il faut éviter, étant donné que l'introduction de ces principes est ce qui a détruit la *rule of law* et, partant, l'État de droit et le libéralisme (*Ibid.*).

Les concepts moraux, impliquant un contenu substantiel, tels que l'égalité des chances, ou encore la solidarité, sont, certes, éloquents et séduisants, mais d'un point de vue juridique entraînent la rupture avec l'esprit de la *rule of law*, qui édicte l'égalité de tous *devant la loi*. Cette égalité formelle, critiquée par Marx, n'est pas un défaut mais une grande qualité, en ce qu'elle fixe des limites à l'activité dangereuse de l'État. Les chances ne sont pas réellement réparties, et la doctrine de la *rule of law* produit des inégalités²⁹⁵, mais cet état de fait n'est pas rédhibitoire pour Hayek car cette inégalité n'est pas la conséquence d'une intention et est donc compatible avec l'impartialité du gouvernement, sinon rendue impossible par la contamination conceptuelle venue des idéaux socialistes. Toute recherche de l'égalité substantielle est proscrite, pour des raisons politiques (*Ibid.* 82). Hayek n'aura de cesse de défendre l'idée qu'il

²⁹⁵ Chose que Hayek reconnaît explicitement. L'absence de connaissance des conséquences n'est pas l'absence de conséquences inégalitaires, mais l'argumentation de Hayek ne vise pas à faire valoir ce fait dans l'absolu, mais surtout à le faire valoir comparativement à des systèmes alternatifs, qui se trouvent être encore moins satisfaisants. Je reviens très largement sur ces questions au chap. VI.

est plus appréciable d'être un rouage dans une machine que soumis à la volonté arbitraire d'un autre individu.

En creux, la *rule of law* a un contenu normatif : cette doctrine interdit un certain type d'intervention, celles qui instaurent une intervention de l'État dans le processus économique, et elle fixe un modèle pour la règle de droit : celle-ci doit être *universelle*, c'est-à-dire s'appliquer à tous les individus, *générale*, c'est-à-dire ne pas fixer des buts spécifiques à des individus ou groupes d'individus particuliers, *impersonnelles*, c'est-à-dire ne pas diriger consciemment les comportements d'individus particuliers et bien sûr *connues de tous*, pour que le jeu puisse prendre place. Ces différents réquisits sont cohérents avec les positions épistémologiques hayékiennes puisqu'elles ne fondent pas l'action gouvernementale sur une exception épistémique d'un gouvernement qui pourrait diriger l'ordre socio-économique dans son intervention, mais permet au contraire l'usage, par chaque individu, de sa connaissance située et spécifique. Après avoir critiqué la planification socialiste, Hayek développe donc une théorie de l'action gouvernementale par le droit. Chaque règle formulée par le législateur, qui devient l'objet politique de Hayek, doit donc passer trois tests, celui de l'universalité, de la généralité et de l'égalité. Par exemple, la taxation progressive sur les revenus ne passera pas le test d'égalité car elle n'est pas compatible avec le fait que la loi doit agir sur tous de la même façon, indépendamment de leur statut social ou de leur richesse. Une loi raciste n'est pas cohérente avec la doctrine de la *rule of law*, en ce qu'elle défavorise explicitement une classe entière de la population²⁹⁶.

Cette théorie de la *rule of law* est valorisée substantiellement comme une tradition libérale à laquelle il faut retourner en ce qu'elle minimise la coercition étatique, c'est-à-dire la soumission à la volonté arbitraire. Elle maximise la liberté individuelle, c'est-à-dire la possibilité pour chacun de suivre ses propres fins en choisissant lui-même les moyens qu'il a sa disposition, demeure lacunaire²⁹⁷. En effet, lorsqu'il écrit en 1944, Hayek octroie à cette théorie un statut essentiellement négatif. Pour être compossible avec le libéralisme il faut que les règles promulguées par l'État ne promeuvent pas de fins particulières ou d'idéal moral particulier, pour que chaque individu demeure libre de poursuivre ses propres fins. Cependant,

²⁹⁶ Pour une discussion critique relative à la pertinence de ces tests pour évaluer effectivement certains types de règles, voir Westmoreland (1998). Il n'est pas certain que ces différents tests interdisent une grande variété d'interventions étatiques qui ont des effets économiques. Je reviens sur cette thèse de la généralité et de l'imprévisibilité des règles, qui constituent un *leitmotiv* néolibéral, dans les chapitres VI, VII et VIII.

²⁹⁷ L'idée de *maximisation* de la liberté est explicite également dans le *Statement of Aims* de la Société du Mont-Pèlerin lorsque sont mentionnés le rôle de la concurrence et de la *rule of law*, voir Innset (2017, 236-237).

cette conception empêche de proposer des développements particuliers sur ce que doit être le contenu des règles permettant la coordination sociale et économique. De plus, il ne donne pas la solution pour penser, s'il n'est pas capable d'en penser le contenu, l'émergence de telles règles. Comment l'interventionnisme libéral, fondé sur la reconnaissance et l'importance de règles pour le fonctionnement du marché et plus largement de la coordination sociale, peut-il déterminer précisément les réquisits pour ce fonctionnement ? La théorie de la *rule of law* proposée par Hayek ne propose qu'une réponse négative, en ce qu'on ne donne pas de critères d'améliorations de la règle impartiale. La condition d'impartialité, fondée sur l'ignorance à long terme des conséquences empiriques de la règle, interdit toute vérification de la relation entre les règles et l'amélioration du fonctionnement du marché. Si la règle cohérente avec le libéralisme hayékien est une règle aveugle, alors il est impossible de savoir si celle-ci favorise effectivement le fonctionnement marchand. Répondre à cette question consisterait à se situer en dehors du processus juridico-économique pour en juger, ce qui serait une rupture avec les limites épistémologiques qui fondent, en première instance, le libéralisme hayékien. *Négativement* la théorie de la *rule of law* propose une théorie des règles conforme aux limitations cognitives des individus et des gouvernants ; *normativement*, et du fait de la cohérence de cette théorie avec l'anthropologie précédente, cette théorie est incapable de déterminer le contenu du cadre légal et formel qui constitue la condition de possibilité du marché et plus largement de l'existence sociale. Si Hayek développe davantage que Lippmann un versant du problème de l'intervention par les règles, à savoir la relation entre règles impartiales ajustées et impossibilité de la prédiction, le problème structurant demeure le même, à savoir la question de la modalité de résolution de la question de l'ajustement constant d'un système de règles à un ordre complexe.

La doctrine de la *rule of law* n'est pas, en 1944, capable de répondre à la question, posée à la Société du Mont-Pèlerin, de la nature précise du cadre institutionnel et juridique devant permettre l'économie concurrentielle. Il est impossible de développer le contenu substantiel d'une théorie visant un but pratique, à savoir l'instauration de la concurrence, sans violer les raisons même de l'existence de la *rule of law*. La défense du libéralisme chez Hayek reposerait donc en dernière analyse davantage sur une appréciation normative de la tradition libérale que sur une justification analytique de l'interventionnisme juridique. Pourtant, les néolibéraux sont allés plus loin sur la voie d'un interventionnisme. Lippmann critique le libéralisme classique pour son incapacité à surmonter le problème de la détermination de la bonne intervention : "Il est devenu impossible, pour les libéraux actuels, *de poser la question* (encore moins d'y répondre) *de savoir si le droit tel qu'il existe est bon et comment il pourrait être réformé*. C'est

pour cela qu'ils ont perdu le leadership intellectuel des nations progressistes, et que le mouvement progressiste a tourné le dos au libéralisme" (Lippmann, 1937, 192, je souligne).

Pour mener cette tâche à bien et surmonter le problème de l'interventionnisme les néolibéraux justifient l'institution du marché par les bienfaits du marché, ce qui revient à améliorer les marchés réels à l'aide du concept de marché. Le marché cesse d'être une réalité empirique que l'on peut comparer à d'autres agencements institutionnels, pour être un idéal normatif justifiant les critères extra-économiques instituant le marché réel²⁹⁸. Cela signifie que le rôle de la politique et du juridique est principalement de s'ajuster à ce que demande une norme extra juridique ou politique, si bien que la norme des marchés concurrentiels devient la norme de gouvernement elle-même. Le marché est non seulement une réalité à améliorer, mais aussi la méthode de l'amélioration, puisqu'il est ce qui garantit l'espace d'autonomie des individus.

Récapitulons. Pour Lippmann et Hayek la coordination sociale n'est possible qu'avec l'existence de règles communes – institutions, habitudes, normes, traditions – et leurs textes développent une théorie descriptive du rôle des règles sociales, en insistant souvent sur la dimension incorporée et implicite de ces règles. À ce stade se pose un problème important, qui est celui de la connexion de cette théorie sociale descriptive, fondée sur les positions épistémologiques et anthropologiques que nous avons développées auparavant, avec une défense du libéralisme. Les règles existent certes, mais sommes-nous condamnés à les préserver sur le mode du conservatisme burkéen ? En somme, existe-t-il une théorie néolibérale de la génération, de la modification et de l'amélioration des règles sociales ? La réponse à cette question est positive, car les néolibéraux développent bien une théorie normative, principalement centrée sur les règles juridiques, qui sont les règles explicites sur lesquelles il est possible d'agir. La nécessité de penser les conditions d'un interventionnisme ou d'une planification libérale est ainsi constante, tout particulièrement pour poser le cadre permettant au marché d'opérer et à la concurrence de déployer ses bienfaits. Il faut donc poser des règles pour qu'un ordre libéral bénéfique puisse émerger. Le second problème d'importance qui apparaît est un redoublement de la critique épistémologique des libéraux eux-mêmes :

²⁹⁸ Une telle difficulté est pointée chez Lippmann par Milanèse (2020a, 304-305) : "Mais l'idée d'une norme du marché concurrentiel est également problématique, chez Lippmann, du point de vue même des positions qu'il tient à partir de 1934 : comment cette norme peut-elle prendre un statut quasi-naturel, qui explique son jugement positif sur les économistes classiques, et en même temps référer à une réalité qui n'existe qu'une fois instituée politiquement ?" L'auteur pointe ici le double statut de la concurrence et du marché, à la fois comme norme idéale et comme réalité empirique.

Comment légitimement déterminer les bonnes règles, qui structurent une concurrence bénéfique, étant donné que "la concurrence" en soi peut prendre diverses formes ? Cela pose un *problème épistémique* – depuis quel point de vue peut-on édicter ces règles ? La planification libérale n'est-elle finalement pas aussi constructiviste que ce que les libéraux critiquent par ailleurs ? Mais aussi un *problème normatif* – quels arguments peuvent développer les néolibéraux pour justifier qu'un ordre concurrentiel particulier doit être instauré, puisque la concurrence peut prendre plusieurs formes en fonction des règles qui sont édictées. Pour répondre au premier problème, Hayek développe une *théorie formelle* des règles, et pour répondre au second Lippmann propose une théorie démocratique du changement de règle. Le problème propre à la théorie de Hayek, qui met l'accent sur le caractère général, abstrait, public et impersonnel des règles, est qu'il ne permet pas de donner de directions quant à la modification des règles une fois ces réquisits mis en place ; le problème de la théorie de Lippmann est que rien ne vient garantir que les changements de règles mises en place par les individus seront effectivement libéraux. Les différents aspects de l'intervention par les règles sont donc en tension. La théorie des public décentralisés est peut-être pertinente pour les débats contemporains entre démocratie délibérative et théories épistocratiques, mais elle ne permet pas de maintenir a priori le principe de la souveraineté des marchés concurrentiels. Le problème est donc celui de la détermination des règles qui viennent fixer la forme de la concurrence. Louis Rougier, avec son esprit synthétique caractéristique, exprime ce problème (et ses difficultés) dans une lettre à Lippmann de 1938 :

Le libéralisme politique tient pour un postulat essentiel que le régime juridique [qui détermine la formation des prix et la forme de la concurrence] doit être décidé en vertu *d'une procédure préétablie* (...). Les solutions appliquées à des cas particuliers doivent résulter *de normes générales*, elles-mêmes préalablement établies.

(Lettre de Rougier à Lippmann, le 29 août 1938, je souligne).

Le cadre juridique doit être constitué de règles générales, et il faut préférer la procédure à la substance, mais en tant que tel, Rougier ne dit rien sur le contenu des règles déterminant la forme de la concurrence. Les néolibéraux doivent non seulement proposer une théorie empirique et comparative de l'ordre concurrentiel, en montrant que les sociétés de marchés sont plus efficaces que les sociétés communistes ou socialistes, mais également ériger l'ordre

concurrentiel comme modèle normatif capable de donner corps à ces normes générales devant guider la juridiction. Pour saisir l'argument sous-jacent qui justifie les néolibéraux à défendre les bienfaits de l'ordre libéral tout en respectant les réquisits de leur anthropologie – dont l'implication principale est qu'il est impossible de maîtriser intentionnellement le détail de cet ordre et donc de prédire les résultats spécifiques – il faut développer la *métaphysique sociale* qui sous-tend leur position, et qui repose tout entière sur la relation entre règles et ordres.

3. Ordres et règles

La théorie interventionniste néolibérale peine, lorsqu'elle cesse d'être négative – lorsqu'elle refuse de donner un contenu substantiel visant un but spécifique aux règles –, à ne pas tomber sous les critiques épistémologiques néolibérales elles-mêmes. Les néolibéraux naviguent donc entre deux solutions problématiques : ou bien spécifier une théorie positive et risquer de tomber sous le coup de leur propre critique, ou bien en rester à une théorie générale et potentiellement inconséquente.

Entre le Charybde de la planification libérale et le Scylla de l'inconséquence théorique, les néolibéraux ont très clairement choisi la première option²⁹⁹. Les néolibéraux ont une théorie normative et substantielle d'instauration d'un ordre concurrentiel, qui plus est compris comme à la fois économique, politique et éthique, mais également une théorie du maintien des traditions et des coutumes substantielles en place – par exemple le christianisme ou la hiérarchie sociale³⁰⁰. Pour comprendre les tensions conceptuelles présentes chez les néolibéraux, je propose dans cette partie une systématisation des rapports entre deux concepts centraux qu'on retrouve chez tous les néolibéraux, à savoir ceux d'ordre et de règle. Cette partie consiste en une tentative de systématisation des problèmes structurants de la philosophie politique et sociale néolibérale. Ce n'est qu'en développant ces rapports qu'on peut faire voir la profondeur et l'authenticité du problème auquel sont confrontés les néolibéraux. En effet, les

²⁹⁹ La référence mythologique voudrait que Charybde soit pire que Scylla, puisqu'Ulysse passe effectivement par Scylla sur les conseils de Circé. D'après la sorcière, Charybde aurait mis fin au trajet, alors que Scylla n'a coûté la vie qu'à six des marins. Je ne reproduis néanmoins pas cet ordre de gravité dans mon propos.

³⁰⁰ Sur ce dernier point voir Beddeleem et Colin-Jaeger (2020). Je ne redévelopperai pas le cas du christianisme dans ce chapitre, mais une session entière est consacrée aux liens entre libéralisme et christianisme lors de la première réunion de la Société.

modalités d'une intervention conforme mènent sur la voie d'une théorie du contrôle social. Quel type de planification est compatible avec une préservation maximale de la liberté sous toutes ses formes ? On ne peut pas diriger les individus directement, sans quoi on tombe dans une coercition politique évidente, mais on ne peut pas simplement laisser-faire. Il faut donc *gouverner par l'abstraction de règles générales*. Mais ce qui vient justifier cette modification de la gouvernementalité libérale est le concept d'ordre, à savoir qu'un ordre émerge d'un système de règles, et que cet ordre n'est pas lui-même strictement déterminé par les règles en place. On préserve ainsi la spontanéité (non-naturelle) sociale. En dernière instance les positions néolibérales sont fondées sur une confiance dans les bienfaits d'un ordre concurrentiel régulé.

3.1 Interdépendance entre règles et ordres

Si le concept de règle est au cœur de la problématique néolibérale, qu'on peut définir comme un interventionnisme *sur les règles* du jeu plutôt qu'un interventionnisme *dans* le jeu, il doit être couplé avec un autre concept qui apparaît chez tous les néolibéraux, à savoir celui d'ordre³⁰¹. Ce qui autorise à instituer le jeu concurrentiel c'est que le marché est le meilleur arrangement institutionnel connu. L'interventionnisme sur les règles est compatible avec le libéralisme en ce qu'il préserve un ordre concurrentiel, caractérisé par la spontanéité des interactions en son sein, puisque, comme nous l'avons vu, les règles ne déterminent pas les stratégies des individus mais limitent l'incertitude par des signaux informationnels. Un ordre est caractérisé par des relations complexes et dynamique d'interdépendance. Il faut noter immédiatement que l'ordre économique n'est qu'un ordre parmi les autres, avec lesquels il doit-être en relation pour exprimer pleinement ses bienfaits. Les néolibéraux inscrivent le marché dans deux conditions de possibilité, d'une part juridico-politique, pour ce qui concerne les *règles explicites*, d'autre part sociale, pour ce qui concerne *les règles tacites*, constituant nos

³⁰¹ Dans ce passage, j'exprime une dichotomie standard qui ne correspond pas exactement aux positions qu'on trouve aussi bien chez les ordolibéraux que chez Lippmann, qui autorisent aussi des interventions dans le jeu. Néanmoins, l'intervention dans le jeu est toujours subordonnée à l'intervention sur les règles qui constituent les ordres. Chez les ordolibéraux, les principes régulateurs, par exemple pour éviter la concentration monopolistique sur les marchés concurrentiels, ne sont possibles qu'une fois les principes constitutifs mis en place (voir chapitre V). Chez Lippmann, le premier principe idéal à instituer est celui du marché, et les interventions dans le jeu du marché doivent prendre place dans ce cadre, et ne peuvent pas y contrevenir.

façons d'agir en commun. Ces différentes règles conduisent à différents ordres, l'ordre social, l'ordre juridico-politique et enfin l'ordre économique³⁰².

Le concept d'ordre donne son nom au courant néolibéral ordolibéral³⁰³. Ce courant est particulièrement important pour les premiers moments du néolibéralisme. Kolev (2021) a bien montré que Hayek peut être considéré à l'époque comme un ordolibéral, et Lippmann échange de manière assidue avec Röpke et Rüstow entre 1937 et 1941³⁰⁴. Caré (2016) a, par ailleurs, montré dans sa typologie dynamique que lors des premières réunions et jusque dans les années 1950, les ordolibéraux sont particulièrement bien représentés. Chez Eucken, dans son seul article traduit en français, "Le problème politique de l'ordre", publié en 1948 dans la revue *Ordo*, on lit clairement que le but de la politique libérale, adaptée aux nouvelles conditions du XXème siècle, n'est plus de laisser-faire le marché, pas plus qu'elle ne peut être de diriger consciemment les différents plans individuels, mais plutôt de construire les "ordres économiques concrets" (Eucken, 1948, 83). Le principe de la *politique ordolibérale* consiste donc dans la découverte des principes permettant l'efficacité de ces ordres économiques. L'ordre est défini comme le système d'interaction non directement contrôlé qui découle d'un certain type de règles. L'ordre peut être dit spontané, bien que permis par des conditions institutionnelles délibérées. Hayek (1944, 13) insiste de la même façon sur l'ordre économique caractérisé par une forme de spontanéité, qui découle d'un cadre légal. Il mentionne ainsi "les efforts spontanés et incontrôlés d'individus capables de produire un ordre complexe d'activités économiques"³⁰⁵. Lippmann (1937, 291, n.13) met en avant la même finalité du gouvernement libéral consiste dans le fait de "conserver et perfectionner l'ordre économique que les

³⁰² À bien des égards le politique est associé au juridique, ce qui justifie de placer ces deux termes ensemble, puisque l'activité du gouvernement est toute principalement tournée vers l'interventionnisme juridique.

³⁰³ Comme pour le néolibéralisme, il existe nombre de débats sur l'unité de l'ordolibéralisme. Les lecteurs intéressés pourront lire, en plus des autres références déjà mentionnées, Alcouffe (2017) sur ce point. Nous nous appuyerons, pour les besoins de notre argumentation, essentiellement sur Eucken et Röpke, dont Ptak (2009) et Solchany (2015) ont montré l'importance pour l'ordolibéralisme en Allemagne. Les deux auteurs ont d'ailleurs très largement correspondu avec Hayek et Simons (Irving, 2018).

³⁰⁴ C'est par ailleurs Röpke qui le premier contacte Lippmann pour savoir s'il est possible de traduire *La cité libre* en allemand (Lettre de Röpke à Lippmann, le 14 septembre 1937). En 1938, Röpke échange couramment avec Lippmann, et ils se rencontrent d'ailleurs à l'initiative de Louis Rougier lors de passages de Lippmann en Europe, et pourra même dire que "On the fundamentals we see eye to eye with each other" (Lettre de Röpke à Lippmann, le 15 septembre 1938). Lippmann n'est d'ailleurs pas en reste puisqu'il fait circuler les textes que lui envoie Röpke et les qualifie d'excellents (Lettre de Lippmann à Röpke, le 27 septembre 1938). Rougier est d'ailleurs un de ceux qui envoie directement une lettre à Lippmann pour regretter son absence à la première réunion de la Société du Mont-Pèlerin (Lettre de Röpke à Lippmann, le 19 mai 1947).

³⁰⁵ L'original dit : "the spontaneous and uncontrolled efforts of individuals capable of producing a complex order of economic activities" (Ma traduction). Si le concept d'ordre est présent chez Hayek à cette période, certainement du fait d'une proximité avec l'ordolibéralisme), sa terminologie n'est pas stable et il utilise 'order' dans plusieurs sens différents, parfois pour désigner le concept d'ordre ordolibéral, parfois, au contraire, pour désigner des 'ordres spécifiques', associés à des jugements rationalistes ou autoritaires. Ce n'est que plus tard qu'il arrivera à des distinctions nettes, par exemple entre ordre et organisation. Je développe cela au chap. VI.

collectivistes voudraient détruire", tout comme Simons (1934, 54) qui indique que l'ordre économique est entré en crise du fait de mauvaises règles promulguées par les gouvernements en 1929, notamment sur la concurrence et la monnaie. Les néolibéraux cherchent à concilier une *activité politique* et le *respect d'une spontanéité*. Le concept d'ordre est important précisément en ce qu'il est le concept permettant de travailler cette tension.

L'ordre chez les néolibéraux ce n'est pas l'ordre autoritaire, comme l'ordre qu'on donnerait à un subordonné, mais le résultat d'un *ordonnement* entre différentes activités individuelles, permis par des règles qui autorisent la coordination des individus, du fait de la formation d'anticipations chez ces derniers. Le concept d'ordre ne possède pas nécessairement de connotations conservatrices, comme lorsqu'on parle d'ordre moral. Il est utile, à ce stade, de proposer une caractérisation de ce qui définit, pour les néolibéraux, un ordre :

1. Un ordre n'est réalisable qu'au sein de règles qui définissent les actions possibles pour des individus, c'est-à-dire les "règles du jeu". La *rule of law* est une expression de ce type de régulation souhaitée par les néolibéraux, c'est-à-dire que les règles ne doivent pas viser des contenus spécifiques.
2. Les règles ne déterminent pas strictement le comportement des individus, c'est-à-dire les stratégies de chacun, mais permettent aux individus de construire leur propre stratégie au sein d'un environnement cognitivement stabilisé.
3. Chaque individu est donc laissé libre, ou plutôt être libre signifie agir au sein d'un certain nombre de règles qui autorisent, tout en limitant, l'action individuelle. En cela on peut définir un ordre comme une forme de laisser-faire au sein de règles fixes.
4. Les règles fonctionnent comme des conditions de possibilités, mais ne déterminent pas les résultats de l'ordre, en cela celui-ci est émergent, au sens où les processus advenant en son sein sont en partie irréductibles aux règles édictées qui lui donnent naissance. Cela signifie que plusieurs ordres sont logiquement possibles à l'intérieur d'un même système de règles et qu'il n'existe pas de relations causales strictes entre l'édition d'une règle et l'ordre résultant.
5. Les ordres sont le résultat d'une alliance entre, d'un côté une *verticalité* régulatrice, et de l'autre une *décentralisation* au niveau des pratiques, puisque chaque individu est

laissé libre de réaliser ses propres plans. La préservation de cet espace de liberté *implique* l'impossibilité de diriger consciemment l'ensemble de l'ordre.

6. Chaque ordre est interconnecté avec d'autres ordres, qui s'influencent mutuellement. Il faut donc penser non pas l'économie façon isolée, mais comme prise dans des relations permanentes avec le juridique, le politique et le social. Les ordres sont interdépendants (il est nécessaire qu'il y ait des traditions pour qu'on puisse avoir une compréhension commune, des règles juridiques pour qu'il y ait échange marchand, et en retour le marché modifie notre fonctionnement social, nos coutumes et nos formes d'individualisations).
7. Les ordres sont caractérisés par des phénomènes de stabilisation via des anticipations. Cela ne signifie pas que les ordres sont nécessairement auto-correctifs relativement à tous les phénomènes, mais que les comportements y sont normés et donc prévisibles, permettant l'adaptation individuelle.

Le concept d'ordre possède donc à la fois un caractère de *spontanéité*, puisqu'il est *émergent* et ne saurait aboutir à des *résultats prévisibles*, du fait de la *complexité* à l'œuvre, qui surpasse nos limites cognitives et ce qu'il est possible de centraliser ; et un caractère *artificiel* par opposition à un laisser-faire naturalisé, puisque l'ordre n'existe pas de lui-même mais provient d'un *ensemble de règles*, située à un niveau hiérarchique supérieur, qui permettent l'existence de la spontanéité. L'interdépendance entre l'ordre et les règles cristallise l'enjeu de la politique néolibérale. La régulation interventionniste ne rentre-t-elle pas précisément en contradiction avec le constructivisme auquel s'opposent les néolibéraux ? Eucken, par exemple, n'est-il pas conduit, dans ses *Grundlagen der Nationalökonomie (Fondements de l'économie)*, à réaliser consciemment un ordre libéral en brisant une spontanéité déjà existante ? On peut y lire :

Le problème ne se résoudra pas simplement en laissant nos systèmes économiques se développer spontanément. L'histoire de ce siècle l'a montré de manière évidente. Le système économique doit être façonné consciemment. Les problèmes détaillés de la politique économique, de la politique commerciale, de la politique du crédit, du monopole ou de la fiscalité, du droit des sociétés ou de la faillite, font partie du grand problème de la formation de l'ensemble de l'économie, nationale et internationale, et de ses règles.

(Eucken, 1940, 314)³⁰⁶.

Bien que notre système économique soit en effet un ordre, il semble que Eucken défende qu'il doive être constitué scrupuleusement et consciemment. Eucken insiste sur le fait qu'il ne s'agit pas uniquement politiquement et économiquement d'édicter des règles générales négatives mais aussi des règles générales portant sur le *détail* de la juridiction libérale pour promouvoir la concurrence à savoir la réglementation relative aux politiques de crédit, sur les monopoles, les taxes, etc. Lorsqu'on rentre en effet dans le détail de la juridiction néolibérale, on est donc amené à s'interroger sur ce que les néolibéraux peuvent entendre par la *généralité* des règles si ces règles peuvent venir très spécifiquement déterminer la forme que prend la concurrence.

Le cas de Eucken n'est d'ailleurs pas isolé et Hayek, en 1947, lors de la première réunion de la Société du Mont-Pèlerin dans une session intitulée "Free Enterprise and Economic Order", énonce la même chose :

Si je ne me trompe pas, les principales catégories sous lesquelles les mesures nécessaires pour assurer un ordre concurrentiel efficace devraient être examinées sont le droit de la propriété et des contrats, des sociétés et des associations, y compris, en particulier, les syndicats, les problèmes relatifs à la manière de traiter les monopoles ou les positions quasi-monopolistiques qui subsisteraient dans un cadre par ailleurs judicieusement établi, les problèmes de la fiscalité, et les problèmes du commerce international, en particulier, à notre époque, des relations entre les économies libres et les économies planifiées.

(Hayek, 1947, 112-113)³⁰⁷.

³⁰⁶ La version anglaise dit : "The problem will not solve itself simply by letting our economic systems grow up spontaneously. The history of the century has shown this plainly enough. The economic system has to be consciously shaped. The detailed problems of economic policy, trade policy, credit, monopoly, or tax policy, or of company or bankruptcy law, are part of the great problem of how the whole economy, national and international, and its rules, are to be shaped" (Ma traduction).

³⁰⁷ L'original dit : "If I am not mistaken, the main headings under which the measures required to insure an effective competitive order ought to be considered are the law of property and contract, of corporations and associations, including, in particular, trade-unions, the problems of how to deal with those monopolies or quasi-monopolistic positions which would remain in an otherwise sensibly drawn-up framework, the problems of taxation, and the problems of international trade, particularly, in our time, of the relations between free and planned economies" (Ma traduction).

La politique néolibérale se propose des règles générales qui sont générales en ce qu'elles s'appliquent à tous les individus, mais qui peuvent néanmoins être également détaillées relativement aux objets. Généralité n'est donc jamais synonyme de grossier ou de frugal, les règles générales peuvent être *détaillées* et *nombreuses*, à partir du moment où elles respectent les contraintes formelles énoncées par Hayek. Qui plus est, puisque l'ordre économique est fondamentalement dynamique et évolutif, les règles juridiques qui structurent le jeu économique doivent également être l'objet d'une évolution et d'une révision permanente. L'objet de la politique néolibérale est donné, c'est-à-dire de prendre les mesures nécessaires au développement d'un ordre concurrentiel, prisé pour des raisons aussi bien économiques (allocation des biens), sociales (coordination) et politiques (maximisation de la liberté *via* la diffraction du pouvoir). Les néolibéraux ne se contentent pas d'une théorie négative relativement à ce que ne doivent pas être les règles. Au contraire, ils produisent une théorie substantielle et normative des règles, pour réaliser un idéal tout à la fois politique, moral et économique avec l'ordre concurrentiel.

3.2 L'idéal concurrentiel de la société libérale

Le gouvernement libéral promeut l'ordre concurrentiel, qui est au fondement de la législation. Le néolibéralisme consiste ainsi en une :

Politique qui adopte délibérément la concurrence, le marché et le système des prix comme étant ses principes ordonnateurs, et qui utilise le cadre légal mis en place par l'État de façon à rendre la concurrence aussi efficiente et bénéfique que possible.

(Ibid., 110, je souligne)³⁰⁸.

Toute la politique néolibérale et ses tensions sont comprises dans cette phrase. Les principes ordonnateurs qui légitiment l'intervention néolibérale sont le marché, les prix et la concurrence, trois concepts qui, comme nous l'avons vu, fonctionnent de concert. L'État doit être utilisé, du fait de ses pouvoirs légaux, dans le but d'instaurer, dès que cela est possible, la concurrence.

³⁰⁸ L'original dit : "Policy which deliberately adopts competition, the market, and prices as its ordering principle and uses the legal framework enforced by the state in order to make competition as effective and beneficial as possible" (Ma traduction).

La politique néolibérale est une politique de la concurrence, qui vise à instaurer cette dernière lorsqu'elle n'est pas présente, par exemple lorsque certaines entreprises possèdent des privilèges légaux, où lorsque certains secteurs sont publics. Il existe des désaccords entre les néolibéraux sur, par exemple, le rôle à donner aux syndicats : faut-il les conserver pour contrebalancer le pouvoir au sein des entreprises (ce que pensent les ordolibéraux), ou au contraire supprimer leurs avantages pour empêcher une prise de pouvoir sur l'offre de travail qui est une attaque contre la concurrence (ce que pense Simons) ? Ces discussions sont centrales du point de vue des politiques économiques à mener, mais il faut bien percevoir que ces différences théoriques renvoient à un même problème, c'est-à-dire le fait de savoir si le syndicalisme est bénéfique à la concurrence ou non. L'instauration d'un mécanisme des prix concurrentiels est donc l'objet premier de la politique néolibérale, qui s'inscrit dans la "constitution économique" pour les ordolibéraux³⁰⁹ : "la mise en place d'un *système de prix de concurrence complète* est le *critère essentiel* de toute mesure économique. Tel est le *principe de base* de la constitution économique" (Eucken, 1949, 232, je souligne).

Le critère positif est clair : instaurer, défendre et perfectionner l'ordre économique, pensé comme ordre concurrentiel. Toute réalisation de cet ordre idéal passe par une série de mesures, qui doivent être jugées en fonction de l'adéquation de celles-ci vis-à-vis de cette fin. L'ordre juridique est donc à la fois condition d'existence de l'ordre économique mais aussi, en retour, déterminé normativement par ce qu'il permet de faire émerger. L'interventionnisme par les règles est un interventionnisme qui n'est pas moins envahissant qu'un interventionnisme, par exemple, dans le cadre de mesures contracycliques keynésiennes, sur les prix, mais il est jugé plus conforme car il ne rompt pas avec le principe de concurrence. En effet, les limitations cognitives des législateurs, qui, selon le principe de symétrie introduit plus haut, sont de la même nature³¹⁰ que celles des individus lambda, induisent que les règles fixées sur des sujets précis – si on excepte le cas de principes tellement généraux qu'ils n'ont pas d'incidence pratique³¹¹ – ne peuvent prédire toutes les éventualités possibles. Dans les cas d'exceptions, il faut ou bien introduire des mesures d'exception qui rompent avec ce qui est préconisé par la

³⁰⁹ "La constitution économique doit être comprise comme une décision politique générale qui montre comment la vie économique des nations doit être structurée" (Böhm, Eucken et Grossman-Doerth, 1936, 24).

³¹⁰ Il est possible que le législateur, associé à des experts, puisse mieux prédire les éventuels cas futurs qu'un individu dont ce n'est pas le domaine, mais il est en revanche impossible, du fait des raisons que nous avons plusieurs fois énoncées au chap. I et III, que celui-ci puisse prédire exactement tous les cas futurs qui contreviendraient à la règle générale. Si les limites cognitives peuvent être différentes en matière de degrés elles ne le sont pas en matière de nature.

³¹¹ La référence à la liberté, sans principes médiateurs permettant d'explicitier dans quel sens la liberté doit être entendue et la façon dont elle peut être réalisée, est un exemple de ce type de cas.

règle, ce qui contrevient massivement aux principes politiques néolibéraux, ou bien restructurer les règles en permanence et donc modifier les règles du jeu au cours du jeu, ce qui est également une chose refusée par les néolibéraux puisque c'est dans ce cas toute la coordination par anticipation qui est modifiée. Si le néolibéralisme est caractérisé par l'idée d'une historicité du marché et de la concurrence, il ne peut y avoir de règles fixées pour toujours en vue d'encadrer l'ordre économique. Un nouveau problème apparaît donc, à savoir celui des normes dirigeant l'évolution juridique.

À ce stade, on ne voit pas bien comment les néolibéraux ne seraient pas eux-mêmes constructivistes, pourquoi ils ne rompraient pas un ordre existant pour favoriser à leur tour, en s'octroyant le pouvoir de dire le bon et le vrai, avec leur propre critique épistémologique. En effet, si des règles générales et aveugles semblent bien compatibles dans une certaine mesure, avec l'épistémologie néolibérale, comment la "refonte" juridique du "doit des obligations, de la faillite, de la famille, du travail, du droit administratif" (Böhm, Eucken et Grossmann-Doerth, 1936, 24), visant des contenus spécifiques, peut-elle est considérée comme légitime ? Nous répondrons plus précisément à cette interrogation au chapitre suivant.

3.3 Ordre économique, ordre politique, ordre social

Ce que proposent les néolibéraux en intervenant sur un ordre hiérarchiquement supérieur pour instaurer la concurrence dans l'ordre économique, consiste également en une direction de la Grande Société. Si, comme les néolibéraux l'acceptent eux-mêmes, les différents ordres (socio-culturels, juridico-politique, économique) sont interdépendants, alors une intervention dans un ordre possède des implications effectives dans un autre ordre³¹². Cela signifie que l'intervention juridique n'est pas une moindre intervention, mais *une méta-intervention*, qui a des effets à la fois sur l'ordre économique qu'il constitue mais aussi, en retour, sur l'ordre socio-culturel qui est le niveau supérieur permettant l'émergence de pratiques communes. On peut légitimement comprendre le néolibéralisme non pas uniquement comme une autre modalité

³¹² On peut interpréter l'argument de Hayek sur la *rule of law* comme une tentative de réponse : la *rule of law* a des implications pratiques, mais si le gouvernement est inconscient de ces implications il demeure impartial. Cet argument par l'ignorance n'est cependant pas satisfaisant, car si l'ignorance est condition d'impartialité, le propre des politiques néolibérales d'instauration de la concurrence est précisément de réaliser un but spécifique supposé être le bien que chaque individu devrait vouloir. Nous verrons que c'est ce problème, de compatibilité entre démocratie et concurrence que saisit Buchanan à bras le corps.

d'interventionnisme, comme cela a été plusieurs fois noté depuis Foucault, mais comme un interventionnisme incroyablement plus développé et profond. Comme l'indique Röpke :

C'est un truisme de dire que les phénomènes que nous appelons économiques sont finalement déterminés par *des forces situées en dehors de la sphère de l'économie* et enracinées dans les aspects de l'esprit humain déterminé essentiellement par l'éducation, la tradition, la religion, les influences psycho-physiques, l'environnement naturel et le milieu social, *ainsi que par la structure de la société et de l'État.*

(Röpke, 1942, 237, je souligne).

Il est impossible de considérer l'économie de façon isolée, c'est l'erreur du libéralisme classique selon Röpke. Il faut donc considérer les facteurs d'arrière-plan, notamment, dans ce passage, culturels et, en dernière instance, chose sur laquelle les néolibéraux à cette époque insistent peu, naturels. Ces autres forces, situées hors du marché, sont exprimées par Röpke d'une façon hiérarchique :

au-dessus des questions relatives au mécanisme du marché se placent des problèmes *d'ordre supérieur*, qui sont essentiels et dont il faut trouver la solution, quelles que puissent être nos intentions dans le domaine de la technique du marché.

(*Ibid.*, 225, je souligne).

Ces problèmes d'ordre supérieur sont divers chez Röpke, allant du problème civilisationnel de l'épuisement des forces spirituelles des sociétés occidentales, aux règles permettant l'émergence d'une constitution. Je ne commenterai pas ici toutes les implications de la théorie röpkéenne³¹³ mais j'insiste davantage sur la structure commune chez les néolibéraux lorsqu'il s'agit de penser les relations entre ordres. On retrouve la même idée d'un sous-basement culturel et social sous-jacent chez Hayek (1946, 2) selon qui :

³¹³ Bien développée chez Solchany (2015), voir également Commun et Kolev (2018).

Le déclin de l'influence de la religion est sans aucun doute l'une des principales causes de notre manque actuel d'orientation intellectuelle et morale, mais sa renaissance ne diminuerait pas beaucoup la nécessité d'un principe d'ordre social généralement accepté³¹⁴.

Hayek décrit historiquement le déclin de nos valeurs morales du fait d'une perte, à un niveau culturel, de l'élément religieux. En retour, cette perte de notre "orientation intellectuelle" a conduit à la victoire graduelle, sur le plan politique, du collectivisme, et de la planification sur le plan économique. Nous trouvons donc une articulation entre un ordre social et moral et un ordre économique, qui résulte de ces considérations.

On trouve donc à la fois une relation hiérarchique, comme dans l'émergentisme en général ou d'un niveau 1 émerge³¹⁵ une réalité d'un ordre d'un niveau différent à la fois déterminé causalement par le niveau 1 mais différent qualitativement de ce dernier, et une relation en retour, puisque chaque ordre étant dynamique, il nécessite l'évolution des autres ordres qui sont reliés à lui sans quoi ceux-ci deviennent mutuellement inajustés. Nous pouvons schématiser la philosophie sociale néolibérale de la manière suivante :

Niveau 0 : ordre économique, échanges entre individus dans le système concurrentiel où le prix du marché sert de signal informationnel pour la coordination

Est rendu possible, sans être déterminé dans son contenu, par les niveaux 1 et 2. Mais agit en retour, dans son processus, sur le contenu des règles en 1 et 2.

Niveau 1 : ordre politico-juridique, déterminant le contenu des règles explicites sur les contrats, la propriété, les monopoles, la responsabilité d'entreprise et plus largement la constitution économique ou les règles générales du droit limitant l'extension des décisions démocratiques.

Est rendu possible par le niveau 2 sans pour autant être déterminé dans son contenu. Explicite les règles du jeu pour l'ordre économique, mais en retour modifie les règles du niveau 2.

³¹⁴ L'original dit : "the declining influence of religion is undoubtedly one major cause of our present lack of intellectual and moral orientation, its revival would not much lessen the need for a generally accepted principle of social order" (Ma traduction).

³¹⁵ Dans le langage de la philosophie de l'émergence, on dira que le niveau 1 voit apparaître des propriétés émergentes qui superviennent (*supervene*) sur une base d'émergence qu'est le niveau 0 (Sartenaer, 2018).

Niveau 2 : ordre socio-culturel, caractérisé par des règles implicites allant du langage aux coutumes et traditions, gouvernant le processus d'individuation et la formation d'une compréhension commune des situations.

Est le fruit de l'histoire, produit des règles implicites de comportement et toute une série de pratiques communes d'arrière-plan rendant possible l'explicitation de règles au niveau 1 et la compréhension des signaux au niveau 0.

L'intervention néolibérale au niveau juridique n'est pas une intervention de moindre importance qu'une intervention au niveau strictement économique. Non seulement cette intervention possède des conséquences économiques, mais en plus elle entraîne une action en retour sur l'ordre culturel qui structure des façons de penser et d'agir. L'instauration d'un ordre concurrentiel par une législation pro *free-market* entraîne des conséquences morales particulières. Il est fort possible, ce que Röpke redoute par exemple, que l'utilitarisme devienne une morale dominante, et que les valeurs spirituelles soient consommées par la concurrence. En somme, le néolibéralisme comme interventionnisme juridique doit bien être compris comme *une politique non seulement formelle mais active et substantielle* de réforme du droit, de l'économie et de la société pour instaurer la concurrence³¹⁶. La difficulté consiste à produire une théorie particulière du gouvernement social qui se donne les armes conceptuelles et juridiques pour traiter la relation complexe entre ces ordres eux-mêmes dynamiques. Reste à savoir de quel point de vue cette théorie est légitime et possible.

Conclusion

Le néolibéralisme se construit sur deux particularités : d'une part, une conception anthropologique et épistémologique, qui met en lumière les limites cognitives des individus et a pour conséquence l'impossibilité de la planification économique (voir chap. I et III) ou plus largement des interventions politiques visant à diriger l'ordre complexe des interactions

³¹⁶ Ceci au moins théoriquement, puisque dans la pratique les néolibéraux peuvent arguer qu'il faut être gradualiste.

sociales ; d'autre part, l'interventionnisme étatique, par le biais du droit, qui produit les conditions de possibilité et d'amélioration du marché ainsi que celles d'une bonne coordination par la concurrence. Le problème que nous avons identifié dans ce chapitre est la tension entre ces deux particularités néolibérales. En effet, la critique de tout point de vue proéminent, qui est le cœur de l'épistémologie néolibérale, entre en tension avec la nécessité de produire les *bonnes règles* du jeu politique, économique et social, dès que les règles ne sont plus comprises comme formelles mais comme substantielles. Cette tension, à notre avis central, se retrouve chez tous les auteurs néolibéraux, Hayek et Lippmann en tête. Ces deux auteurs tentent de les réduire, chez Lippmann avec une théorie du changement de règle dans sa recatégorisation de la démocratie, chez Hayek avec sa théorie de la *rule of law*. Ces deux positions demeurent théoriquement insatisfaisantes lorsqu'il s'agit de penser les modalités d'une modification légitime des règles.

Le développement d'une justification de l'interventionnisme juridique est commun à Hayek et Lippmann, mais le contenu des règles qu'il faut promulguer demeure incertain. En effet, la justification donnée, relative descriptivement à la nécessité de penser les conditions de fonctionnement du marché, et normativement à l'ambition de promulguer les lois menant sur la voie de la réalisation de l'utopie libérale, est indéterminée. La thèse descriptive n'implique en elle-même aucune légitimation du libéralisme, en ce que de la position selon laquelle des règles sont nécessaires à l'existence du marché et de la concurrence on peut tirer plusieurs conséquences contradictoires. Les règles peuvent favoriser un certain type de distribution, y compris lorsqu'elles sont générales. Si je veux, au basketball, favoriser les joueurs petits je peux formuler par exemple une règle *R*, qui stipule que les joueurs n'ont pas le droit de sauter lorsqu'ils se trouvent en défense dans la raquette. Cette règle aura pour conséquence que les attaquants, et notamment les petits, pourront attaquer le cercle bien plus facilement sans désavantage de taille. Autre exemple, tiré de l'économie, si je choisis à un moment *T* de garantir la propriété des individus à partir d'une situation où les ressources ne sont pas équitablement réparties, mais au contraire où il existe de fortes disparités de richesse, j'avantage la classe des individus qui possèdent le plus de richesse. Plus encore, la généralité d'une règle ne suffit pas à garantir son impartialité : toute règle, à partir du moment où cette dernière possède des implications empiriques, peut produire des résultats systématiquement inégalitaires dans le sens où des groupes d'individus se trouvent être avantagés de manière constante. De la thèse descriptive nous ne pouvons inférer que le fait suivant : *chaque état de fait dépend d'un ensemble de règles qui délimitent ce qui est possible et qui déterminent donc les stratégies que*

chaque individu, en fonction de sa position dans le système d'interaction, peut adopter. Néanmoins, cette thèse n'est que de peu de soutien pour une défense normative d'une société libérale pensée comme ordre concurrentiel. Il faut adjoindre à cette thèse une théorie normative relative à la production de *bonnes règles ou de règles libérales*, fondées en dernière instance sur l'idée que la concurrence est une bonne chose à instituer, *un idéal bénéfique à réaliser*.

Or, cette théorie normative entre en tension avec l'anthropologie et l'épistémologie néolibérale sur plusieurs points théoriques³¹⁷. Tout d'abord, elle repose sur un dualisme qui n'est pas systématisé par Lippmann, entre *le marché effectivement existant* et *le marché idéal*. La question sous-jacente est celle de savoir quel est le modèle de marché dont on tire les principes qu'il s'agit d'implémenter dans notre théorie juridico-politique ou encore quels éléments dans les modèles de marché, sont à mettre en avant : s'agit-il du fait que les échanges sur les marchés sont mutuellement avantageux et participent de l'autonomie individuelle, de la distribution du pouvoir permis par le marché ? S'agit-il d'une maximisation de la liberté, de maximisation de la production ? Ou encore, de toutes ces choses à la fois, sachant que ces différents critères peuvent entrer en conflit. À ce stade, les néolibéraux ont davantage montré l'impossibilité d'une planification socialiste consistant à diriger la société intentionnellement et la nécessité de développer une théorie des règles pour mettre en place les marchés concurrentiels, que proposé une théorie positive des marchés concurrentiels.

Par ailleurs, si les bonnes règles sont les règles qui permettent de réaliser l'idéal libéral, Lippmann réintroduit une forme de fixité de l'idéal libéral, qu'il utilise comme une norme permettant de juger la réalité. On comprend ainsi que le néolibéralisme se définit chez Lippmann non pas quant à une différence relative à l'idéal libéral lui-même, qui est identique à l'idéal des libéraux classique, mais par les conditions institutionnelles de réalisation de cet idéal. Néanmoins, en introduisant cette dichotomie, on est amené à réintroduire une conception

³¹⁷ Je laisse de côté ici les autres propositions de Lippmann, qui peuvent introduire des tensions vis-à-vis de ce que nous venons de développer, comme, dans son Agenda positif, des mesures sociales, comme la fixation d'un salaire minimum, ou la nécessité d'efforts étatiques pour la réinsertion professionnelles, que l'on retrouve d'ailleurs chez les ordolibéraux sous la forme de principes régulateurs et même chez le Hayek de la *Route de la servitude* dans son programme social. Il me semble qu'on peut interpréter ces éléments de façon principalement contextuels, c'est-à-dire relatif à la situation de crise sociale et politique rencontrée par le libéralisme dans les années 1930, tel que nous l'avons présenté dans l'introduction de partie. Il faut cependant souligner que ces mesures sociales entre souvent conceptuellement en tension avec le reste de l'architecture théorique néolibérale, ce qui explique peut-être que les néolibéraux après la Seconde Guerre mondiale tendront à réduire de plus en plus l'étendue de ces mesures.

abstraite du marché et donc à *absolutiser* le marché et la concurrence alors que, dans l'épistémologie néolibérale, les valeurs étaient toutes renvoyées dos-à-dos et que le libéralisme se définissait comme un agnosticisme vis-à-vis des valeurs, puisqu'il est impossible d'obtenir un consensus sur celles-ci, la philosophie libérale est placée comme un absolu en dehors de toute contestation. Plus encore, alors que la conception néolibérale prétend historiciser à la fois le marché et la concurrence comme prenant vie dans des environnements spécifiques et différenciés la norme fondamentale de l'interventionnisme est la promotion de l'ordre concurrentiel comme une réalité idéale existant par soi qu'il s'agirait de réaliser. Comment peut-on donc *construire* un ordre économique par des conditions institutionnelles si nous ne pouvons pas être en pleine connaissance d'un idéal absolu qui est celui de la concurrence ? Il nous semble que les néolibéraux jonglent avec deux statuts ontologiques de l'ordre concurrentiel. Une conception descriptive de la concurrence empiriquement et historiquement située, qui peut éventuellement être améliorée ; et une conception idéale et inamovible, qui peut déterminer théoriquement une refonte importante des ordres juridiques et économiques. Le marché est à la fois ce qui est existant et peut être amélioré, mais également le critère de l'amélioration et le medium de l'amélioration. Ce caractère dual de la concurrence et du marché apparaîtra explicitement au chap. IX.

Quel est, ensuite, le contenu pratique, ainsi que l'extension de l'intervention ? Ce contenu n'est pas, à ce stade de notre argumentation, déterminé. Plus encore, pour qu'une intervention puisse être dite bonne, il faut que les règles en place réalisent l'idéal libéral, c'est-à-dire que nous puissions être en position, pour les dire bonnes, de juger des conséquences de la mise en place des règles. À la fin de ce chapitre, nous voyons que les modalités de ce jugement sont indéfinies chez Lippmann et Hayek. Chez le premier, car aucun critère net n'est défini pour statuer quant au contenu des règles, chez le second parce que le contenu des règles doit précisément être aveugles aux conséquences empiriques. Plus encore, pour diriger le processus de perfectionnement des règles il faut accepter un point de vue similaire à celui de la planification économique puisqu'il s'agit d'une intervention directe sur le contenu des règles, qui elles-mêmes en retour ont un effet sur l'ensemble de la société en vertu du principe d'interdépendance des ordres. Il faudrait se trouver dans une situation potentiellement plus surplombante encore que dans le cas de la planification économique, puisqu'il s'agit d'une forme de métaplanification, étant donné que les règles déterminent le type d'interaction économique qui prendront place. En effet, l'édition de *bonnes règles* nécessite non pas, comme dans le cas de la planification, de ne connaître que les actions individuelles, mais l'ensemble des actions possibles au sein d'un espace d'interaction structuré par des règles et ce, notamment,

pour éviter des situations de coopération négative. Se pose la question de l'évolution des règles, rendue nécessaire par le caractère spontané de l'ordre économique lui-même. En effet, si l'ordre économique est lui-même dynamique et innovant – via le processus entrepreneurial dans un ordre concurrentiel – il est nécessaire pour les néolibéraux de penser l'évolution du cadre juridique en retour, et donc de modifier continuellement les règles du jeu. Comment penser cette évolution des règles de droit au sein d'une doctrine qui souligne au contraire la nécessité de la stabilité des règles pour permettre des anticipations individuelles ? Nous verrons que Lippmann, suivi par Hayek quelques années plus tard, développe une théorie de l'évolution juridique qui permet de répondre à ce problème de philosophie du droit (chap. V)³¹⁸.

Dans les deux cas, le néolibéralisme est fondé sur l'idée que le marché est un moyen adéquat et efficient pour coordonner les comportements individuels et favoriser leurs libertés. C'est-à-dire que, substantiellement, le néolibéralisme est bien fondé, malgré toute une série de développements anthropologiques, sociologiques, ou encore relatif aux institutions, sur son premier principe, qui apparaît à la fois comme l'origine et le résultat de la politique néolibérale. Cette circularité, que l'on retrouve chez tous les néolibéraux³¹⁹, est typique. Si le marché est hiérarchiquement déterminé par un type de règles qui le rendent possible, et que les règles sont elles-mêmes déterminées par le marché à réaliser nous avons donc deux arguments qui se fondent mutuellement. *Les bonnes règles sont fondées sur le fait qu'elles réalisent un marché concurrentiel* (i) et *le marché concurrentiel est bénéfique à partir du moment où il est bien régulé* (ii). Cette circularité, fondée en dernière instance sur l'idée que le marché est une institution efficace et nécessaire, pourrait être un sophisme si les néolibéraux n'avaient pas montré par ailleurs que le marché, notamment *via* le mécanisme des prix, était un moyen de coordination plus efficace que la planification et les systèmes mixtes.

Toute la difficulté pour les néolibéraux porte sur le fait de construire la théorie d'une production des bonnes règles, permettant l'existence de l'ordre concurrentiel sans pour autant tomber dans l'écueil épistémologique d'une planification libérale qui outrepasserait les possibilités de connaissance effective d'un individu. Comment concilier la critique néolibérale des limites de la raison avec la nécessité de construire un ordre juridique réalisant l'ordre

³¹⁸ Chez Lippmann on trouve également une tentative de réponse par l'expérimentation sociale, y compris lorsqu'on ne connaît pas l'ensemble de l'environnement et des conséquences de notre action sur celui-ci. L'expérimentation est précisément le moyen de faire émerger ce type de connaissance. Je laisse ce point de côté chez Lippmann, voir néanmoins Milanèse (2020a, 47sq) sur l'expérimentalisme politique.

³¹⁹ Fèvre (2017, 278) écrit ainsi, en faisant référence à l'interdépendance chez les ordolibéraux entre l'ordre légal et l'ordre économique à l'interdépendance circulaire typique des ordolibéraux", chez qui l'ordre économique doit être produit par une série de règles, mais est aussi le fondement normatif permettant de juger la validité des règles elles-mêmes.

concurrentiel, devant par ailleurs être continuellement ajusté à l'évolution de ce dernier ordre ? Les néolibéraux n'en restent pas à des principes négatifs et descriptifs, mais également des règles substantielles et normatives. Se pose donc la question *d'une théorie libérale des règles qui puisse être compatible avec la critique épistémologique des limites de la rationalité.*

Chapitre V. Mettre un terme à la régression normative : évolutionnisme et expertise scientifique.

La concurrence pure ça doit être, et ça ne peut être, qu'un objectif, un objectif qui suppose, par conséquent, une politique indéfiniment active. La concurrence, c'est donc un objectif historique de l'art gouvernemental, ce n'est pas une donnée de nature à respecter. [...] Il faut *gouverner pour le marché*, plutôt que gouverner à cause du marché. Et dans cette mesure-là, vous voyez que le rapport défini par le libéralisme du XVIIIe siècle est entièrement inversé

(Michel Foucault, *La Naissance de la biopolitique*).

Sur quel critère peut-on légitimer l'interventionnisme néolibéral ? Ce dernier s'étend, en effet, bien plus loin qu'une simple instauration de règles générales sans contenu substantiel, mais constitue un interventionnisme permanent relatif au fonctionnement du marché, nécessitant une amélioration constante du cadre législatif. Comment les néolibéraux tiennent-ils en même temps comme compatibles la critique épistémologique de tout point de vue surplombant dans une société complexe et la position normative de l'édiction des règles du jeu ? Comment justifient-ils de critiquer épistémologiquement le point de vue normatif sur l'ordre économique (la planification), politique (la démocratie populaire) et moral (une idée de la justice), et de l'autre défendre un interventionnisme fondé sur la promotion de la concurrence comme étant une finalité désirable pour tous ? Comment justifier qu'il faille non seulement privilégier empiriquement les sociétés de marché vis-à-vis du socialisme, mais encore favoriser normativement la norme concurrentielle comme norme fondamentale pour organiser les sociétés ?

Les réponses des néolibéraux, ainsi que leurs positionnements théoriques, sont bien évidemment diverses. On peut identifier deux pôles à même de répondre à ce problème nodal,

à savoir l'évolutionnisme des règles de droit et le constructivisme juridique fondé sur l'expertise scientifique. Ces deux positions sont celles de Lippmann et des ordolibéraux, deux des sources les plus importantes du premier néolibéralisme. Lippmann et les ordolibéraux sont les auteurs les plus avancés, dans les années 1930, sur la question de l'interventionnisme juridique³²⁰. La première solution, défendue par Lippmann dans *La cité libre*, mais annoncée dès 1925, au moyen d'une théorie de la *common law*, cherche à mettre en cohérence la critique épistémique néolibérale interdisant tout point de vue surplombant sur la société avec la théorie de l'interventionnisme juridique. Le néolibéralisme ne fixe pas le contenu des règles, mais défend une certaine conception du droit, pour adapter ce dernier aux contextes toujours changeants de la Grande Société. La réforme graduelle de l'environnement socio-juridique et économique n'est donc pas considérée comme volontariste mais comme issue d'un processus évolutif de modification des règles en place pour répondre à des situations de crise. En somme, Lippmann développe une théorie du droit comme modification expérimentale au sein des tribunaux, considérant qu'il faut partir des sociétés contemporaines dans lesquelles le marché est déjà existant. La seconde solution est offerte par les ordolibéraux³²¹, au premier rang desquels Walter Eucken, principal théoricien de l'École de Fribourg, Franz Böhm, qui est juriste et développe le plus la théorie juridique à Fribourg, mais encore Wilhelm Röpke ou Alexander Rüstow, qui participent également de l'ordolibéralisme. Celle-ci consiste en une distinction des régimes de légitimation en fonction de l'ordre considéré. Si, dans l'ordre économique, la planification est rejetée du fait d'une complexité trop importante, dans l'ordre juridique la généralité plus grande des principes en place permet l'application d'une rationalité juridico-économique délimitant les règles du jeu de façon stricte. Les contextes jouent bien évidemment dans la distinction de ces deux positions. Lippmann est américain, et il peut situer son évolutionnisme dans la continuité des institutions américaines qui sont nourries d'un certain libéralisme, alors que les ordolibéraux, particulièrement après la Seconde Guerre mondiale, doivent penser les conditions de la formation d'une société libérale *ex nihilo*.

Ces deux pôles théoriques de réponse au problème néolibéral d'une planification libérale des règles du jeu participent de deux traditions juridiques différentes. Pour Lippmann du *legal realism*, aussi appelé pragmatisme juridique, incarné par Oliver Wendell Holmes et

³²⁰ Carré (2016) note par exemple dans sa typologie dynamique du néolibéralisme que le nexus néolibéral est, à son origine, dominé par la constituante ordolibérale, qui perd supposément en influence à partir des années 1950, au profit du courant américain.

³²¹ Nous ne développerons pas l'influence des ordolibéraux sur la construction européenne, sur quoi on trouve beaucoup d'éléments chez, par exemple, Commun (2003, 2016), Feld *et al.* (2015), Biebricher (2018), Tourneux (2019, chap. X), Dold et Kriger (2020).

Roscoe Pound³²², à qui Lippmann rend hommage au début de *La cité libre*, qui consiste en une approche évolutionnaire du droit, se modifiant peu à peu par expérimentation juridique, notamment due au façonnement de la loi par la jurisprudence et la décision du juge. La *common law* est comprise comme la théorie politique néolibérale, permettant l'établissement de la plus grande liberté possible par une théorie décentralisée du droit. En effet, la *common law*, production du droit par les tribunaux, s'oppose au commandement du souverain, et permet donc la production de règles de coordination au niveau local, sans présupposer un point de vue synthétique sur l'ensemble de la société. Les ordolibéraux défendent, eux, un fondationnalisme juridique, insistant sur la construction de l'ordre juridique. La théorie ordolibérale défend une constitutionnalisation des concepts économiques de concurrence et de marché. Si l'intervention est néfaste *dans l'ordre économique*, elle ne l'est pas nécessairement *dans l'ordre juridique*, et particulièrement constitutionnel, où la généralité des règles est susceptible d'un accord général dans la société. De ce fait, si dans l'ordre économique les interventions économiques demandent une gestion de la complexité dépassant les connaissances humaines, le constructivisme juridique, permettant de constituer les conditions de l'économie de marché, est permis par l'exceptionnalité de la situation scientifique. Paradoxalement, au vu des critiques récurrentes portant sur le prétendu technocratisme de Lippmann³²³, c'est la solution ordolibérale à laquelle on peut associer de terme.

La thèse défendue dans ce chapitre est que ces deux théories, bien que se distinguant quant à la tradition juridique considérée, reposent en dernière instance sur le même présupposé normatif d'une maximisation de la liberté par le marché et la concurrence, qui se trouvent de nouveau idéalisés. Chez les deux traditions la norme concurrentielle est justifiée pour diriger nos concepts juridiques, car elle produit une maximisation de ce qui est bon pour chaque individu, à savoir la liberté comme absence de coercition. La critique économique se mue en justification philosophique. On trouve au cœur des positions néolibérales une théorie de la *bonne vie*, qui se trouve être la vie humaine intégrée dans un ordre concurrentiel. La théorie de la *common law* reprise par Lippmann répond à sa critique épistémologique sur le commandement qui est une autre figure de la planification socio-économique. En effet, la

³²² Une lecture plus pointilleuse pourrait souligner la différence entre le pragmatisme juridique d'un Holmes et la *sociological jurisprudence* d'un Pound. En suivant Horwitz (1992) les deux courants peuvent être rapprochés comme participant d'une même critique vis-à-vis de l'approche légale traditionnelle.

³²³ Clavé (2015), souligne par exemple les positions beaucoup plus favorables de Lippmann envers l'expertise scientifique, vis-à-vis de Hayek. Ma lecture est plus proche de celle de Jackson (2012), qui indique qu'en 1937 Lippmann est, sur cette question, assez proche de Hayek. Sur le fait de savoir si Lippmann a défendu plus tôt une théorie technocratique, voir Milanèse (2020a). Je développe également l'absence de technocratisme chez Lippmann, dans Colin-Jaeger (2021).

common law, contrairement à ce que l'on trouve dans les positions du *legal realism*, est orientée vers l'extension de la société de marché, et jugée normativement selon le critère de maximisation du potentiel marchand et concurrentiel. La théorie ordolibérale, illustrée par Eucken et Böhm, les deux théoriciens les plus explicites sur ce problème, introduisant un constructivisme juridique légitimé par l'expertise scientifique dont les auteurs se réclament, est fondée sur un principe fondamental, qui est celui de la maximisation de la concurrence comme instrument de limitation du pouvoir et donc de maximisation de la liberté. En dernière instance, les deux positions se fondent sur une certaine définition de la liberté, considérée négativement, et favorisée par le fonctionnement marchand.

Ces deux positions cardinales introduisent de nouveaux problèmes. Le pragmatisme juridique se marie mal avec une norme régulatrice inamovible comme la concurrence. La théorie du droit ainsi développée ne fournit pas d'assises suffisamment stable à la défense d'une société libérale. Les ordolibéraux, de l'autre côté, sont contraints de puiser dans une série d'arguments métaphysiques³²⁴ qui supposent une rupture avec la critique anthropologique et épistémologique de la planification et nécessitent de poser la distinction coûteuse et étanche entre les différents types d'ordres. Ces problèmes théoriques sont tout autant les signes d'une incomplétude que de tensions fructueuses. En effet, en mettant en lumière les tensions inhérentes au programme néolibéral, elles ouvrent également la voie à d'autres travaux ultérieurs, tout en soulignant les problèmes auxquels doivent se confronter les théories politiques concurrentes³²⁵.

Ces deux positions et leurs tensions nourrissent l'histoire du néolibéralisme, en délimitant deux axes de réponse à la problématique néolibérale, une réponse évolutionnaire et une réponse par l'expertise scientifique, utilisant notamment les ressources de la théorie économique. Jusque dans leurs insuffisances, je montre que la compréhension de ces deux pôles permet une saisie approfondie de l'ampleur du problème auquel sont confrontés les néolibéraux. Ces deux positions participent à la mise en valeur d'un nexus économique-juridique, qui monte en puissance tout au long de la seconde moitié du XX^e siècle. La position évolutionnaire de Lippmann, mettant en avant la *common law* et le jugement décentralisé des tribunaux réintroduit, au niveau de la production du droit elle-même, le critère de la concurrence. Cette innovation théorique, qui produit une théorie légale cohérente avec la

³²⁴ Cet aspect métaphysique a été mis en lumière récemment par Nientiedt (2019).

³²⁵ Je reviens largement sur cet aspect des approches néolibérales en conclusion de cette thèse, en soulignant que la philosophie politique néolibérale déplie toute une série de problèmes et de thèses qui doivent être prises en compte par les théories alternatives.

critique épistémologique des néolibéraux, connaît une postérité notable chez des théoriciens du droit néolibéraux, comme Bruno Léoni et surtout le dernier Hayek. La position ordolibérale de défense d'une position d'expertise scientifique capable d'ordonner activement, par un interventionnisme juridique bien fondé, l'économie, connaît, elle aussi des continuations dans l'histoire du néolibéralisme. Buchanan répond aux manques analytiques de la théorie ordolibérale par la suite, en utilisant les nouveaux outils de la théorie économique standard et les concepts du contractualisme, pour justifier et spécifier les règles constitutionnelles qui constituent la possibilité du jeu économique.

1. La *Common Law*, définir l'interventionnisme libéral

Lippmann a proposé, dès 1925, une théorie de l'évolution des règles juridiques compatible avec une théorie libérale, qu'il murît pour la systématiser en une théorie de la *common law*³²⁶. J'interprète dans ce chapitre la théorie lippmannienne de la *common law* comme une réponse à la question de la compatibilité d'un contrôle social avec l'absence de point de vue surplombant. C'est en effet à partir des années 1930, moment de crise du libéralisme majeur, que Lippmann reprend explicitement le thème de la *common law* comme une méthode de contrôle social libérale, allant jusqu'à faire référence aux figures tutélaires de cette tradition juridique, par exemple Coke mais aussi le grand commentateur de la *common law*, Blackstone. Lippmann s'inspire du réalisme juridique, incarné par Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound ou encore Félix Frankfurter³²⁷. Il répond à une insuffisance perçue des théories libérales de Hayek et de Mises. En effet, dans une lettre envoyée à Lionel Robbins, collègue libéral de Hayek à la *London School of Economics*, en mars 1937, Lippmann écrit de Mises et de Hayek "qu'ils ne sont pas arrivés, il me semble, à une théorie positive du libéralisme qui propose une méthode

³²⁶ Je conserve dans ce texte l'expression de *common law*, du fait que les traductions françaises, par 'loi commune', 'droit coutumier' ou 'droit jurisprudentiel' sont inexactes. La traduction par loi commune suppose en effet qu'il s'agit d'une loi spécifique alors que la *common law* est un système juridique (à distinguer par exemple au droit civil), celle par "droit coutumier" suppose que le droit est essentiellement issu d'une tradition orale, alors que, bien que cela soit également le cas, elle comporte aussi des textes écrits et codifiés, enfin celle par "droit jurisprudentiel" est plus proche de l'esprit de la *common law* mais oublie qu'il existe également dans la *common law* certains textes votés par le Parlement.

³²⁷ Lippmann cite abondamment Pound, rend hommage à Holmes et échange assidument avec Frankfurter, qui se revendique lui-même élève de Brandéis. J'utilise l'expression de *legal realism*, qui est souvent traduit en français par pragmatisme juridique.

de contrôle social cohérente avec l'économie d'échange"³²⁸. Hayek et Mises se sont arrêtés à la *pars destruens* du libéralisme, à savoir une opposition à la planification, de la démocratie comme souveraineté populaire, ou des fausses conceptions peuplant nos théories sociales, et il reste à développer la *pars construens* du libéralisme, à savoir une théorie de la régulation sociale. Cela prend la forme d'un gouvernement par les règles de droit.

La théorie de la *common law*, comme système juridique caractérisé par le façonnement de la loi dans les tribunaux, au fur et à mesure de l'évaluation des cas individuels, présente une théorie décentralisée du droit, conciliant à la fois la nécessité d'un encadrement juridique de l'économie et de l'autre la critique de toute autorité surplombante qui pourrait centraliser les connaissances nécessaires au bon fonctionnement social³²⁹. Il s'agit de la méthode de contrôle social qu'il manque, selon Lippmann, à la théorie libérale.

Notre propos se divise en trois parties. Pour saisir pleinement la reprise lippmannienne de la théorie de la *common law* dans *La Cité libre*, il faut tout d'abord revenir sur la théorie de la modification des règles développée dans *Le public fantôme* en 1925. Dans un second temps, il faut voir qui sont les juristes à qui Lippmann fait référence, quand il développe sa théorie de la *common law*. Roscoe Pound et Oliver Wendell Holmes, deux représentants du *legal realism*, sont les inspirateurs principaux de Lippmann. Ces deux auteurs permettent à Lippmann de développer sa théorie de la *common law* de façon explicite, comme une réponse au problème néolibéral d'une conciliation entre interventionnisme et défense de l'ordre du marché, reconnu par Lippmann dès les *Godkin Lectures* à Harvard, publiées en 1934 sous le titre de *The Method of Freedom*. En dernière partie, je montre comment la théorie de la *common law* retravaillée par Lippmann constitue une philosophie du droit adéquate au néolibéralisme. La défense de la *common law*, chez Lippmann, est soumise à une orientation générale qui est celle de l'économie de marché, qu'il s'agit de parfaire et d'améliorer. Ce faisant le marché demeure le critère normatif idéalisé permettant de juger du progrès.

1.1 Théorie décentralisée des règles

³²⁸ Lettre de Lippmann à Robbins, le 24 mars 1937, citée dans Clavé (2015, 981).

³²⁹ Historiquement la *common law* a acquis ce statut, en Angleterre, en constitutionalisant une approche propre au droit privé.

L'anthropologie lippmannienne est caractérisée par la reconnaissance des limites cognitives des individus, nécessitant de repenser nos concepts politiques, en premier lieu celui de démocratie (chap. III). C'est dans ce contexte que Lippmann introduit une théorie alternative de la production des règles de coordination sociale par des publics, plutôt qu'un public qui incarnerait l'intérêt général. La spécificité de cette théorie repose sur le rôle donné aux publics, constitués pour "apaiser une crise" (Lippmann, 1925b, 85), qui ne doivent pas eux-mêmes promulguer une nouvelle règle, mais choisir un individu susceptible d'améliorer ou de modifier la règle défectueuse.

Un public n'est pas un législateur, mais choisit ceux qui fixent le contenu des règles de coordination en situation³³⁰. On peut imaginer un public pour différentes échelles, par exemple pour un problème local le public peut être une assemblée à l'échelle municipale, pour un problème intercommunal un conseil départemental, pour un problème national de concurrence industrielle le public peut être constitué par le Parlement. Pour toutes ces échelles le public ne choisit pas et la production des règles est laissée aux acteurs, qui connaissent mieux les problèmes rencontrés qu'un public extérieur, peu attentif et ignorant. Pour mettre en adéquation la nécessité d'une régulation des interactions inter-individuelles et le diagnostic relatif à l'impossibilité d'un dirigisme vertical, Lippmann propose une théorie de l'évolution de la régulation par la législation décentralisée, par les acteurs mêmes de chaque situation caractérisée par une crise. Il propose donc une théorie de l'autogouvernement (*self-government*), qu'il associe au libéralisme, fondée sur l'activité d'acteurs locaux, des leaders, prenant en charge l'évolution de la substance de la règle. Ce sont ces acteurs qui doivent produire les règles, et non le public, qui demeure extrêmement limité dans ses prérogatives à la fonction de jugement sur les acteurs, par le moyen de débats. Lippmann systématise ainsi sa théorie du public :

- I. Il n'appartient pas au public d'exécuter des actions. Le seul moyen d'agir dont il dispose consiste à s'aligner derrière quelqu'un qui se trouve en position d'exécuter l'action.
2. Il n'appartient pas au public de juger des mérites intrinsèques d'un dossier. Il intervient de l'extérieur sur le travail des parties intéressées.

³³⁰ L'arbitrage du public est un arbitrage de dernier recours néanmoins, puisqu'il existe deux phases précédentes, à savoir : (i) un accord entre les partis en présence, (ii) si cet accord est impossible une résolution par l'État, et (iii) si l'État n'y arrive pas, un appel à l'arbitrage public. Il faut noter que, au vu du pluralisme des valeurs et de l'incapacité cognitive des gouvernants à régler l'ensemble des problèmes, l'arbitrage public n'est pas voué à demeurer une possibilité virtuelle.

3. Il n'appartient pas au public d'anticiper, d'analyser, de résoudre un problème. Son jugement sur une affaire ne repose que sur un petit échantillon de données.
4. Il n'appartient pas au public de disposer de critères techniques, de connaissances intimes qui sont spécifiques à un certain type d'affaires. Les critères dont dispose le public sont généraux et s'appliquent à toutes sortes de dossiers. Ils reposent tous sur le respect des procédures et sur des traits de comportement saisis de l'extérieur.
5. Reste une fonction : celle de juger si les acteurs du débat se conforment à une procédure établie, ou ne suivent que leurs propres désirs arbitraires. Pour le savoir, le public doit échantillonner de l'extérieur ce que font ceux qui sont de la partie.
6. Pour que le public échantillonne convenablement, il faut lui donner des critères de jugement adaptés à la nature de l'opinion publique pour qu'il puisse distinguer un comportement raisonnable d'un comportement arbitraire.
7. Dans le domaine de l'action en société, se conduire raisonnablement signifie respecter une procédure, qu'il s'agisse de créer une règle, de l'appliquer ou de la réformer.

(*Ibid.*, 135-136).

Il est nécessaire que le public demeure inactif dans la législation, sans quoi les règles édictées risquent d'être *trop générales* et ne pas résoudre la situation problématique en cours³³¹. Ici par "trop général" il ne faut pas entendre la même chose que lorsque Hayek définit les règles comme devant être générales. Dans le propos de Hayek, le général s'oppose à un commandement, dans le propos de Lippmann le général s'oppose à spécifique. On peut avoir une règle générale au sens de Hayek, c'est-à-dire ne visant pas un individu ou une classe d'individus en particulier, tout en étant suffisamment spécifique, comme ce que défend Lippmann. La conception lippmannienne doit permettre aux acteurs de réadapter la règle aux cas particuliers, en luttant contre l'édition de règles trop générales, qui violent les besoins particuliers, et contre le laissez-faire strict, dans lequel les intérêts les plus forts sont de fait avantagés (*Ibid.*, 150). Les règles sont donc produites dans un processus endogène, puisque le

³³¹ Lippmann (1925b, 161) : "Plus la règle est vaste, moins elle peut prendre en compte les faits et circonstances particuliers. Plus elle est en conflit avec les données locales, plus elle a été conçue loin de ceux qu'elle vise, plus elle se veut globale, et moins elle est facile à appliquer. Les règles générales violent les besoins particuliers. Les règles imposées de loin suscitent rarement l'adhésion. Moins adaptées aux besoins des gens et étrangères à leur mentalité, c'est par la force qu'elles s'imposent, plus que par l'habitude ou la raison."

public est constitué par une diversité d'individus avec leurs intérêts particuliers, qui doivent considérer une situation problématique telle que celle-ci les touche individuellement. Il n'y a pas, dans ce cadre, d'intervention d'un point de vue exogène pour la résolution des problèmes.

Dès 1925, Lippmann est donc sur la voie d'une théorie de la régulation juridique cohérente avec sa critique épistémologique. Plus de dix ans avant le Colloque de Paris, l'auteur américain développe une conception des règles qui définit le cadre d'un libéralisme renouvelé. Néanmoins, à ce stade de l'argumentation, la position lippmannienne est doublement lacunaire. D'une part, il n'a pas articulé cette position sur l'évolution des règles de droit avec la problématique néolibérale de l'intervention sur les règles du jeu compatible avec une société de marché, qui apparaît de façon explicite à partir de 1934, du fait d'un contexte largement modifié ; d'autre part, il nous reste à expliciter la théorie juridique permettant de comprendre comment ces règles sont produites et intégrées dans un ensemble de régulations sociales.

1.2 La *common law* contre l'autorité centrale

L'évènement important à la fin des années 1920, qui pousse certainement Lippmann à articuler ses positions avec la nécessité d'une reformulation du libéralisme est la crise de 1929³³². Comme le montre Goodwin (2014, 140-190), Lippmann est profondément marqué par la crise, à laquelle il cherche des réponses théoriques et des solutions pratiques. Il explicite ses positions vis-à-vis de la doctrine libérale, largement condamnée comme coupable de la crise, ainsi que du dirigisme étatique, en expansion constante dans tous les pays. En 1934, Lippmann donne des conférences à Harvard, *les Godkin Lectures*, rapidement reproduite dans ses colonnes éditoriales puis en livre, *The Method of Freedom*³³³. Dans ce livre, Lippmann critique tout aussi bien le collectivisme³³⁴ que le laissez-faire³³⁵ mais ne renvoie pas pour autant ces deux options dos à dos. Alors que le collectivisme est inapte scientifiquement, possible uniquement par la

³³² Il est néanmoins notable que Lippmann, à l'instar de Dewey dans les années 1920, se réfère très tôt au *legal realism*, à partir des années 1910. La crise de 1929 est moins un contexte de découverte qu'un contexte de réélaboration.

³³³ Pour une lecture précise de ce texte, oublié par la quasi-totalité des commentateurs (Goodwin 2014, 135), on se rapportera à Milanèse (2020b). On n'en retient généralement que la formule selon laquelle le "laissez-faire est mort" (Steel, 1980, 308).

³³⁴ Lippmann (1934, 44): "It is no accident that wherever and whenever planned collectivism has been instituted, in all countries during the war, in the post-war dictatorships, it has required censorship, espionage, and terrorism to make it work."

³³⁵ Lippmann (*Ibid.*, 13): "the gospel of laissez faire, which men treated as a revelation of the very nature of the universe, in fact reflected quite temporary conditions."

dictature, la censure, l'espionnage et le terrorisme pour contrôler des populations rétives, le libéralisme, affublé du terme d'évangile, est lui inadapté à la société contemporaine bien qu'il ait eu une valeur dans le passé, en considérant que le laissez-faire était une caractéristique inhérente à la nature. Lippmann redynamise le libéralisme dans les nouvelles conditions du XXème siècle. Le laissez-faire se trompe dans sa théorie du droit, en oubliant que l'évolution du droit peut être spontanée et décentralisée. En cela, Lippmann cherche à défendre un "collectivisme libre". C'est à partir de cette question que Lippmann relit les théoriciens américains de la *common law*³³⁶. Je me concentre particulièrement sur Oliver Wendell Holmes et Roscoe Pound, qui sont les deux théoriciens auxquels se réfère explicitement Lippmann. Si les références aux théoriciens de la *common law* étaient présentes depuis les années 1910, notamment Pound que Lippmann cite abondamment, ce n'est qu'à partir de 1934 que Lippmann reprend explicitement la théorie de la *common law* comme théorie du gouvernement libéral³³⁷.

Les théoriciens de la common law : Holmes et Pound

Pour comprendre pourquoi Lippmann trouve les réponses à la problématique néolibérale dans la théorie de la *common law*, il faut voir que les théoriciens de la *common law* que sont Holmes et Pound se trouvent dans une situation analogue, bien que différente, à celle des néolibéraux. Le réalisme juridique (*legal realism*) qu'ils incarnent s'oppose à deux théories concurrentes, toutes les deux fermement établies dans des contextes différents au moment où ils écrivent. La plus importante de ces deux théories, car elle renvoie au contexte américain, est la théorie jusnaturaliste, héritée des travaux de Spencer, dominante aux États-Unis de la fin du XIXème siècle au début du XXème siècle – sur ce point voir notre chap. II dans lequel je mentionne l'influence de Spencer sur la jurisprudence américaine avec le cas paradigmatique de *Lochner v. New York* (1905). L'autre position est la théorie positiviste, dominante en Europe centrale à la même époque, à laquelle s'oppose également le réalisme juridique. Ces deux théories

³³⁶ J'utilise le terme de "relire" car Lippmann connaît Holmes, juge à la Cour Suprême de 1902 à 1932, bien avant les années 1930. Durant les années 1920, Lippmann fréquente et échange avec le juriste Félix Frankfurter, futur juge à la Cour Suprême, et le juge de la Cour Suprême Louis Brandeis. Roscoe Pound, théoricien important de la *common law*, doyen de la faculté de droit de Harvard et ami de Holmes, est également un partisan du réalisme juridique. Lippmann est également en contact avec lui à la fin des années 1920 (Hull, 1997). Pour une présentation générale du réalisme juridique on pourra lire Green (2005). Le réalisme ou pragmatisme juridique n'est pas confiné au début du XXème siècle, puisqu'il a fait un retour à la fin du XXème siècle, notamment avec la figure de Posner. Voir notre chapitre IX sur ce retour.

³³⁷ Sur Lippmann et le *legal realism* les rapprochements ont rarement été fait systématiquement. Les liens sont mentionnés dans Riccio (1994, 117), Clavé (2005), et surtout Milanèse (2020a, 317sq), qui est le seul à ma connaissance à développer des passages substantiels sur cette question.

partagent pour les juristes réalistes deux conceptions erronées. La première erreur est celle de ne penser la loi que comme un commandement venant d'une autorité supérieure, à savoir l'État ou la nature. La seconde erreur, bien évidemment liée à la première, est qu'il est possible de considérer la loi comme un ensemble de règles duquel on peut déduire des théorèmes. Comme l'exprime Holmes dans un des textes fondateurs du mouvement :

Le danger dont je parle ne consiste pas dans le fait d'admettre que les principes qui régissent d'autres phénomènes régissent aussi la loi, mais de croire qu'un système donné, le nôtre, par exemple, peut être déterminé comme les mathématiques, à partir de quelques axiomes généraux. C'est l'erreur naturelle des écoles [le jusnaturalisme et le positivisme], mais elle ne leur est pas réservée.

(Holmes, 1897, 8)³³⁸.

Cette erreur consiste dans le fait de supposer que la connaissance juridique peut être déduite de des principes absolus, considérés comme des découvertes immuables, dans le cas du jusnaturalisme, ou comme des principes premiers, dans le cas du positivisme juridique. Les deux théories présupposent le fait que les juristes connaissent une vérité première dont il s'agit de tirer les conséquences, c'est-à-dire qu'ils s'octroient un point de vue surplombant sur la société. Plus encore, cela suppose que les lois sont, ou peuvent être, dépourvues d'ambiguïtés, d'incertitudes, d'équivoques. Ces théories supposent la possibilité d'accéder à un raisonnement logique sur le droit. Croire que la logique seule pourrait nous guider dans le développement de la loi est un sophisme, pour Holmes et Pound. Holmes défend que la loi soit avant tout un instrument de prédiction (*prophecy*), qui vise à prédire ce que les juges diront demain, et ainsi permettre aux individus d'anticiper les conséquences de leurs actes³³⁹. Le réalisme juridique tire au contraire son nom d'une critique de cette certitude idéaliste, en se fondant sur une analyse psychologique et sociologique de l'interprétation du droit, qui est relatif à des philosophies du droit concurrentes ou à un "esprit public"³⁴⁰:

³³⁸ L'original dit : "The danger of which I speak is not the admission that the principles governing other phenomena also govern the law, but the notion that a given system, ours, for instance, can be worked out like mathematics from some general axioms of conduct. This is the natural error of the schools, but it is not confined to them" (Ma traduction).

³³⁹ Holmes (1897) insiste en effet sur la nécessité de considérer le droit depuis le point de vue du "bad man", c'est-à-dire de l'homme qui n'agit pas de façon vertueuse. La loi doit anticiper que plusieurs individus n'agiront qu'en fonction de ce qu'elle édicte, et elle doit donc comprendre des limitations claires.

³⁴⁰ Holmes (*Ibid.*, 9): "We do not realize how large a part of our law is open to reconsideration upon a slight change in the habit of the public mind."

Derrière la forme logique se cache un jugement sur la valeur et l'importance relatives des motifs législatifs concurrents. Ce jugement est, il est vrai, souvent inarticulé et inconscient et pourtant il constitue la racine et le nerf même de toute la procédure. On peut habiller n'importe quelle conclusion dans une forme logique.

(*Ibid.*, 8)³⁴¹.

Ce qui défendent la vérité éternelle de la loi naturelle, ou le caractère non questionnable d'une norme fondamentale, commettent une double erreur. D'une part une erreur normative, en ce qu'ils sont condamnés à supposer des principes immuables alors que l'esprit humain n'a pas accès à une certitude totale³⁴². En effet, l'obéissance de la loi à des principes irrévocables est une absurdité historique, illustrée pour Holmes par le fameux procès *Lochner v. New York*, où la Cour Suprême, à partir d'une interprétation spencérienne du XIV^{ème} amendement, empêche l'État de New York de réguler le temps de travail. D'autre part, une erreur descriptive, en ce que l'interprétation des principes, par exemple ceux des amendements de la constitution, varie très largement en fonction de ce que Pound identifie comme les "philosophies du droit" (Pound, 1921, chap. VI). Le juridique c'est donc avant tout ce que font les juges, selon la formule de Holmes (1897). Les juges sont ceux qui décident en fonction d'un contexte, d'une culture, d'une histoire. Le sens de la loi évolue donc perpétuellement.

La critique de la certitude juridique n'amène néanmoins pas Holmes ou Pound à considérer que les lois ne peuvent pas être améliorées. Au contraire, ce reproche peut être adressé au jusnaturalisme encore davantage. Une fois la vérité découverte il faut absolument, pour un naturaliste juridique néo-spencérien, la conserver. À l'opposée, Pound défend la nécessité d'une amélioration constante de la loi, sans pour autant présupposer un point de vue de connaissance absolu quant au monde social. C'est pour cela qu'ils défendent la *common law*, qui est moins un système structuré autour de principes définis, comme la loi civile française ou allemande, qu'une méthode³⁴³ de résolution de cas spécifiques. Mais cette *common law* a été

³⁴¹ L'original dit : "Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding. You can give any conclusion a logical form" (Ma traduction).

³⁴² On trouve ainsi chez Holmes (1918, 43): "our categories are not, or may not be, adequate to formulate what we can not know."

³⁴³ Sur la *common law* non pas comme système juridique abstrait, mais comme méthode de résolution des problèmes, voir Pound (1921, 3), dans un esprit très pragmatiste : "In a comparison of abstract systems the common law is at its worst. In a test of the actual handling of single controversies it has always prevailed."

pervertie historiquement (Pound, 1921, 85sq). "L'esprit de la *common law*", ce qui est la traduction du titre de l'ouvrage de Pound auquel Lippmann se réfère, est dynamique. Le naturalisme juridique en prétendant se référer à la *common law* ont en réalité retourné son sens en figeant l'évolution du droit aux principes libéraux mis en avant par le spencérisme, notamment la défense des droits individuels de la propriété et de la sécurité des contrats :

Ce qui est propre à la pensée juridique anglo-américaine, et surtout à la pensée juridique américaine, c'est un ultra-individualisme, une insistance intransigeante sur les intérêts individuels et la propriété individuelle comme centre d'attention de la jurisprudence.

(*Ibid.*, 38)³⁴⁴.

Contre cette conception substantielle du contenu de la *common law*, Pound et Holmes repensent la *common law* comme un mode d'interprétation du droit, rompant très largement avec la conception selon laquelle certains principes immuables auraient pu être "découverts" par l'histoire³⁴⁵. Les arguments des réalistes juridiques anticipent ainsi largement la critique du laissez-faire. Pound attaque particulièrement les dysfonctionnements dans la législation de son temps, relatifs à l'attribution de la responsabilité lors des accidents des travailleurs dans les usines. Lorsqu'un travailleur a un accident dans sa dixième heure de travail dans la journée, dans un environnement de travail délabré, la législation des années 1910 considère que le travailleur a signé librement son contrat de travail, qui stipulait ces conditions. Les conclusions du tribunal n'imputent aucune responsabilité à l'entreprise, car l'individu est libre, responsable, et doit donc assumer les conséquences de ses actions (*Ibid.*, 48). Or, pour Pound cette décision est irritante car elle revient à une conception minimaliste du droit, qui ne doit que garantir la paix publique. Cette conception est néfaste. En effet, en considérant le contrat comme inviolable on suppose l'égalité des deux parties, alors que le travailleur subit une contrainte économique qui peut être interprétée comme une attaque à ses "droits naturels", supposés exister en-deçà des droits civils³⁴⁶. La théorie du droit naturel est, comme le positivisme

³⁴⁴ L'original dit : "What is peculiar to Anglo-American legal thinking, and above all to American legal thinking, is an ultraindividualism, an uncompromising insistence upon individual interests and individual property as the focal point of jurisprudence" (Ma traduction).

³⁴⁵ Pound (*Ibid.*, 40) défend explicitement cela, l'article de Holmes "Natural Law" (1918) affronte explicitement cette théorie, encore au sommet de son influence au sortir de la Première Guerre mondiale.

³⁴⁶ Pound (1921, 93) critique largement cette position. S'il existe des intérêts naturels, les droits sont toujours édictés juridiquement et prennent une forme spécifique en fonction de l'état de la société. La critique est logique

juridique, un absolutisme, dans le sens où l'État défend une vérité établie irrévocable au-dessus de tout jugement des tribunaux. Ce faisant, et en croyant défendre la liberté, la conception jusnaturaliste rejoint en réalité une conception transcendante de la vérité de la loi, qui est identique sur ce point à la conception monarchique historique de l'autorité royale située au-dessus des jugements des juristes. Cela s'explique pour Pound par le fait que la théorie jusnaturaliste était adaptée au temps des pionniers pour les États-Unis, une époque où le territoire est encore peu peuplé, et où le droit peut se contenter de garantir des droits fondamentaux et la sécurité des individus (*Ibid.*, chap. V), mais est devenue absolument inadaptée à une société dans laquelle les actions des individus sont irrémédiablement interconnectées, où les villes grandissent de façon exponentielle et où les actions de chacun ont des conséquences sociales importantes. C'est la distinction entre public et privé qu'il faut très largement reconsidérer. L'analyse individualiste propre au jusnaturalisme est devenue très largement inadaptée et trahit ainsi l'esprit de la *common law* que les réalistes juridiques cherchent à réinsuffler dans la théorie du droit au début du XX^{ème} siècle.

Contre l'absolutisme, émergeant du sophisme consistant à croire en une stabilité de vérités découvertes dans le droit, Holmes et Pound souhaitent revenir à l'esprit de la *common law*, à la *common law* comme une méthode d'amélioration constante des règles, fondée sur un scepticisme épistémique quant à la possibilité de découvrir une vérité. Pound montre que la *common law* a émergé historiquement contre le pouvoir royal, comme un droit coutumier opposé à l'autorité royale au début du XVII^{ème} siècle. La figure importante et tutélaire est Sir Coke, dans son opposition à James Ier, qui exprime la nécessité de la soumission du jugement royal aux lois et coutumes du pays, elles-mêmes caractérisées pour Pound par une lente maturation historique. Le juriste n'obéit pas à une raison naturelle mais à une rationalité expérimentale, issue de l'histoire, permettant de considérer la règle comme une expérience révisable³⁴⁷. Contre la tentation d'une édicton de la loi en vertu d'une vérité prétendument connue Coke, et après lui Pound, défend la validité des coutumes et traditions :

Il n'est pas plus possible pour le peuple d'administrer directement la justice ou de contrôler directement le cours de la justice, qu'il n'est possible d'administrer directement la médecine ou de

: cela n'a pas de sens de parler de contrat en deçà de la forme spécifique prise dans la législation. Parler de contrat naturel c'est ainsi naturaliser une activité sociale.

³⁴⁷ Coke parlerait d'une "artificial reason", forgée par l'expérience judiciaire.

contrôler le cours de la science médicale, ou encore de diriger les armées et de contrôler le cours de la science militaire.

(*Ibid.*, 82-83)³⁴⁸.

Les règles juridiques sont le fruit d'une évolution, qui nécessite de relativiser la connaissance actuelle que nous possédons. On peut ainsi résumer l'esprit de la *common law* par deux idées : la règle du précédent et la suprématie de la loi (*Ibid.*, 182). Ces deux idées concordent conceptuellement. La règle du précédent suppose qu'un cas doit être jugé en fonction d'une expérience juridique passée, plutôt que par la déduction faussement logique à partir de principes posés arbitrairement. Ce qui importe c'est *l'anticipation des résultats de la loi plutôt que ses principes antécédents*. Il faut noter que les deux principes sont d'égale importance, ce qui vient introduire une nuance vis-à-vis de la *common law* anglaise, qui octroie une importance particulière à la règle du précédent. La suprématie de la loi, y compris sur le souverain, exprime la même idée d'une soumission du pouvoir à des règles, privilégiant donc la discussion rationnelle plutôt que l'arbitraire d'une volonté prétendant connaître le vrai. La critique de la vérité absolue n'est pas une critique de la rationalité, mais seulement des excès d'une forme de rationalisme funeste.

Tout cela n'implique pas que le juge doive uniquement avaliser l'évolution présente des règles. Holmes et Pound plaident pour une interprétation rationnelle de la législation, c'est-à-dire une interprétation qui améliore consciemment le système juridique. L'esprit de la *common law* consiste dans l'adaptation permanente des règles de droit vis-à-vis des problèmes qui émergent dans la société. Toute la spécificité de la *common law* est de conjuguer un *scepticisme épistémique* et une *intervention continue* sur le contenu des règles. Si l'esprit de la *common law* est caractérisé par la discussion rationnelle à partir de règles précédentes, les réalistes juridiques ne défendent pas une inaction vis-à-vis de la loi. Pour Pound et Holmes les juges font la loi autant qu'ils l'appliquent. Ou plutôt *appliquer la loi et l'interpréter c'est définir ce qu'est la loi*, bien plus que de la définir par un principe intemporel et inamovible. Pound milite ainsi pour un renouvellement de nos critères d'interprétation de la loi en fonction d'une

³⁴⁸ L'original dit : "It is no more possible for the people to administer justice directly or to control the course of justice directly than it is for them to administer medicine or control the course of medical science directly or to direct armies and control the course of military science" (Ma traduction).

philosophie adaptée aux évolutions de la société moderne. Il ne s'agit plus uniquement de reconnaître des droits, mais de se demander :

Quelles revendications, quelles exigences sont impliquées dans l'existence de la société, dans laquelle ces exigences individuelles sont exprimées ; dans quelle mesure ces exigences individuelles peuvent-elles être placées sous l'angle de ces intérêts sociaux ou identifiées avec eux, et lorsqu'elles sont ainsi subsumées sous les intérêts sociaux, dans la mesure où elles peuvent être ainsi traitées, qu'est-ce qui donnera le plus possible d'effet à ces intérêts sociaux avec le moins de sacrifice possible ?

(*Ibid.*, 203)³⁴⁹.

L'évolution des sociétés, l'industrialisation et la généralisation des échanges, nécessitent de repenser les distinctions entre ce qui relève du domaine strictement individuel et privé, et ce qui relève du public, c'est-à-dire les conséquences que les actions individuelles peuvent produire sur les opportunités offertes à d'autres individus. Pound milite pour l'application d'un nouvel "utilitarisme social", fondé sur la reconnaissance des conséquences d'une interprétation juridique. Pour ce faire Pound s'appuie sur deux choses. D'une part, sur la tradition de la *common law* elle-même, qui est fondée sur un processus d'expérimentation historique sur lequel il faut s'appuyer pour l'interprétation présente – ce pourquoi Holmes dit que la vie de la loi a toujours consisté dans l'expérience plus que dans la logique ; d'autre part, sur les nouveaux outils de discussion rationnelle offerte par les disciplines développées au début du XX^{ème} siècle, comme la sociologie, sans pour autant pouvoir arriver à une certitude finale sur un problème. La règle elle-même doit être une *expérimentation continue*.

On voit assez bien ce qui a pu séduire Lippmann dans ces positions – au-delà de la proximité personnelle avec Holmes, Pound ou encore Brandéis et Frankfurter. Les théoriciens du réalisme juridique partent d'une opposition aux théories postulant le caractère irrévocable de certains principes, en vertu de l'autorité première d'un souverain ou de la vérité de ceux-ci. La question qui apparaît est celle des conditions de l'amélioration de la loi, tout en étant critique vis-à-vis de la possibilité d'accéder à une vérité absolue. Cette problématique est celle qui

³⁴⁹ L'original dit : "What claims, what demands are involved in the existence of the society in which these individual demands are put forward; how far may these individual demands be put in terms of those social interests or identified with them, and when so subsumed under social interests, in so far as they may be so treated, what will give the fullest effect to those social interests with the least sacrifice?" (Ma traduction).

caractérise, sous une forme différente, les néolibéraux. Une fois le laisser-faire critiqué, comme ayant mal posé la distinction entre rôle de l'État et du marché, il est nécessaire aux néolibéraux de penser les conditions d'intervention de l'État, sans pour autant légitimer un point de vue centralisateur. Ce faisant, la théorie de la *common law*, elle aussi critique du naturalisme du laissez-faire et du dirigisme sous la forme du commandement, apparaît comme une réponse théorique adéquate au problème néolibéral. Les positions de Holmes et de Pound vont pouvoir être digérées par Lippmann dans le but de repenser le libéralisme et le réadapter à l'évolution de la société, en prenant en compte les nouvelles conditions historiques du XXème siècle. S'il y a bien des raisons historiques et contextuelles pour la reprise des thèses du réalisme juridique par Lippmann, ces raisons théoriques permettent de saisir les conditions d'une reprise fructueuse de cette philosophie du droit particulière.

1.3 *La Cité Libre* : la politique néolibérale et ses tensions

C'est en 1937 que Lippmann reprend explicitement le thème de la *common law* comme méthode de contrôle sociale, associée à la nécessité de conserver et d'améliorer l'économie de marché. Il faut d'un côté conserver le marché comme dispositif de coordination interindividuel, et de l'autre ne pas renoncer à une méthode de contrôle social. Or, contre le laisser-faire, que Lippmann critique en reprenant presque mot pour mot des arguments de Pound et Holmes³⁵⁰ et la planification, critiquée au début du livre en reprenant des arguments de Hayek, Lippmann défend la *common law*, comme forme adaptée à la Grande Société et au marché :

Excepté dans les cas où un petit nombre d'individus isolés vivent dans un désert, il faut, pour réglementer la vie sociale, choisir entre d'une part la définition et l'ajustement des droits individuels, et d'autre part les décrets arbitraires de l'autorité souveraine. La première méthode est celle de la *common law* : la seconde celle de l'autorité. La première, c'est le *libéralisme démocratique*, la seconde c'est le collectivisme autoritaire.

(Lippmann, 1937, 326, italiques d'origines).

³⁵⁰ Voir par exemple dans *La Cité libre* : "Le titre de propriété est une création de la loi. Les contrats sont des instruments juridiques. Les sociétés sont des créatures du droit" (Lippmann, 1937, 323).

La *common law* est compatible avec la critique néolibérale de l'absolue connaissance et de la planification, parce que la production juridique est située au niveau des situations particulières. Elle constitue la seule méthode de contrôle social pleinement libérale. Comme le marché, qui découvre de nouvelles informations en permanence la *common law* est évolutive, susceptible d'améliorations et de modifications constantes. Elle garantit un rôle à l'État, qui doit veiller à son respect, tout en limitant le pouvoir de toute autorité centrale, puisque l'autorité elle-même doit sans cesse être soumise à la loi elle-même. Les droits peuvent donc évoluer et définir de nouvelles "règles du jeu", c'est-à-dire de nouvelles règles structurant les interactions individuelles, qui doivent néanmoins être distinguées de toute intervention directe sur les actions des individus, dont le cas paradigmatique est le code de la route (voir chap. IV).

Le tournant politique majeur qui s'opère chez Lippmann est une incarnation essentiellement juridique du politique. Le pouvoir souverain ne s'exerce plus en énonçant des commandements mais en faisant respecter la *common law*, proclamée par les juges, qui soustrait les individus au pouvoir arbitraire d'une volonté extérieure. C'est le rôle du souverain qui est reconfiguré. Il n'est pas la condition de possibilité de l'ordre social mais le garant de règles produites progressivement par les tribunaux. C'est la leçon que Lippmann tire de l'opposition entre Sir Coke et James Ier :

Le droit coutumier, étant détaillé et spécifique, garantissant les vies, les successions, les biens et les fortunes contre tout risque de changement soudain et arbitraire de la loi ; ne pouvant être modifié par décret, *il affranchissait les hommes de l'arbitraire du pouvoir*. C'est pourquoi Coke put affirmer au roi qu'il y avait une loi et une coutume du royaume *supérieures* aux prérogatives royales.

(*Ibid.*, 396, je souligne).

Le triomphe de la *common law* inaugure une ère de domination de l'homme par la loi, qui est un idéal historique à réaliser autant qu'une découverte historique de la fin du XVIème siècle. Pour autant, et c'est un problème inhérent à la théorie lippmannienne de la loi, si Lippmann met l'accent sur l'aspect coutumier et traditionnel de la loi, il ne faut pas en rester à cet aspect, sans quoi on a le risque d'entériner la tradition et finalement empêcher toute transformation du droit pour correspondre aux évolutions des sociétés, voire la rigidification de la *common law* en un crédo décrépi, à l'instar du libéralisme du laissez-faire. La valorisation de la *common law* est une valorisation dynamique et non statique, elle vise la méthode de résolution de problèmes

qui ne manquent pas d'émerger spontanément de l'association des individus, plutôt qu'une substance de la règle en soi. Deux choses doivent être conciliées : d'un côté l'accent porté sur l'importance de la loi coutumière pour éviter l'autoritarisme du souverain voire du despote, de l'autre l'importance d'une refonte et d'un perfectionnement de la loi, des règles du jeu, de façon active par les juges. À l'instar du pragmatisme juridique, Lippmann insiste sur la nécessité d'améliorer les règles du jeu. Cette nécessité de l'amélioration pose la question du *métacritère* permettant de juger de l'amélioration.

En effet, il s'agit pour Lippmann de ne pas accepter le poids de la tradition qui met les vivants sous la domination des morts, mais de traquer les injustices de la loi, en fonction de qui domine injustement l'autre, en prenant en compte les nouvelles formes de domination émergeant dans la société moderne³⁵¹. Un problème apparaît ici. Si la loi est le principe de légitimité qui instaure le juste et l'injuste, et notamment les règles du jeu, sur quels critères juger les règles du jeu elles-mêmes, si celles-ci s'avèrent illégitimes ? Ou, pour le dire autrement, depuis quelles règles peut-on juger de l'amélioration des règles ? Lippmann, qui par ailleurs a critiqué très largement la possibilité d'un privilège épistémique que serait un point de vue exogène aux processus socio-juridiques, répond par l'idée d'une maximisation de la liberté individuelle par l'élimination des situations de soumission à une volonté extérieure, et donc par un critère avant tout négatif :

Dans la nouvelle échelle des valeurs humaines, *il faut qu'aucun homme ne puisse être l'instrument d'autrui*, ne puisse être comme la hache ou la scie du charpentier. Il faut qu'il soit un membre d'une société mutuelle dont tous les membres sont soumis à la loi et peuvent plaider entre eux. *Il ne faut pas que quiconque soit simplement 'à la merci du seigneur et maître'*. C'est en cela que réside la conception d'un monde qui est meilleur parce qu'il est libre.

(*Ibid.*, 407, je souligne).

Cette réponse est plus complexe que ce qui apparaît de prime abord. Le critère semble essentiellement négatif, et il ne vise donc pas une fin substantielle qui ordonnerait nos conceptions politico-juridiques. Une règle peut être dite améliorée lorsqu'elle produit un gain

³⁵¹ On retrouve un même argument chez Pound (1921), qui s'efforce continuellement de montrer qu'il faut prendre en considération les nouvelles formes de dominations propres à la société industrielle moderne, à savoir les dominations économiques.

de liberté, c'est-à-dire qu'elle empêche la coercition d'un individu par une volonté extérieure. De manière paradigmatique, la fin de l'esclavage est la conséquence de l'amélioration de règles, car tout un groupe d'individus se trouve libéré du joug arbitraire de volontés étrangères à eux-mêmes. De ce fait, le *critère de maximisation de la liberté* semble être la métarègle permettant de juger l'amélioration des règles. Cette maximisation de la liberté est visée par un processus négatif, à savoir un processus de destruction de la coercition sur les individus, étant entendu que ces coercitions ne peuvent pas être éliminées une fois pour toute, mais se renouvellent avec les arrangements évolutifs des sociétés contemporaines, ce qui demande une modification continue des règles. C'est cette thèse de maximisation de la liberté que la fin de la citation semble indiquer en exprimant qu'un monde est meilleur parce qu'il est plus libre. Cela signifie que la conception de la thèse est non seulement négative – la définition traditionnelle de la liberté comme absence d'obstacles – mais introduit également une dimension qu'on appellerait aujourd'hui républicaniste – à savoir que la liberté c'est l'absence de soumission à la volonté arbitraire d'autrui, sachant que ce qui est considéré comme domination (et donc soumission), évolue de manière perpétuelle avec l'évolution sociale.

Deux problèmes se posent, néanmoins, lorsqu'on considère la maximisation de la liberté comme métarègle permettant de juger de l'amélioration des règles : (i) la liberté n'existe pas en dehors d'un régime juridique, (ii) pour pouvoir dire qu'on maximise la liberté il faut déterminer conceptuellement ce qui compte comme coercition et la méthode de quantification, ou au moins, d'ordonnement. Commençons par le premier point. La liberté n'existe pas indépendamment des droits qui sont proclamés par la loi. Reprenant Coke Lippmann exprime que "la liberté, (...) n'est pas une abstraction rhétorique, mais un ensemble de droits spécifiques" (*Ibid.*, 407). On ne peut donc pas séparer l'émergence de valeurs permettant de juger l'amélioration du processus de la *common law*. Cela signifie que le principe permettant de juger de l'amélioration du système *est lui-même une production du système* – ce qui est analogue au problème qu'on a identifié pour le marché. Le désir d'émancipation, de l'élargissement des droits individuels du fait d'une lutte contre l'asservissement à la volonté d'autrui, est un gain de l'histoire du libéralisme et de sa théorie juridique, la *common law*. Cela signifie donc que l'amélioration libérale n'est possible que dans le cadre d'une société déjà libérale, ou au moins peuplée de traditions libérales à réinvestir. En somme, l'évolution juridique nous a donné son propre méta-critère. Le second point est plus complexe. La thèse est qu'une règle s'améliore si elle diminue les possibilités, pour un individu, d'être l'instrument d'un autre individu. Il s'agit de faire en sorte de produire une loi qui rende possible les

conditions de possibilité *d'un jeu équitable*, éliminant les *positions de pouvoir* permettant un avantage dans l'échange par exemple, c'est-à-dire d'éliminer tous les *aléas extérieurs* qui ont fait qu'un individu par exemple s'est vu désavantagé dans la société. Il existe une symétrie conceptuelle entre l'existence de positions de pouvoir et la présence de coercition sociale, puisque la coercition sur autrui n'est possible qu'à partir d'une position dominante. Cela dit parler de "maximisation" de la liberté, comme on parle de maximisation en microéconomie, pose un problème. Cela demande, en dernière analyse, une théorie de la quantification de la liberté, que ne propose pas Lippmann, ou au moins un critère ordinal permettant de décrire un état comme étant supérieur à un autre. Par ailleurs, la métaphore qu'utilise Lippmann pour illustrer son ambition est révélatrice :

Le partisan de la liberté n'exige pas que tous *les participants à la course* restent à la même hauteur et finissent ensemble. Ce qu'il veut, c'est que tous partent en même temps et qu'aucun ne puisse chasser un rival de la piste à coups de coude. *Si cette règle est observée, le meilleur coureur gagnera*. Ce ne sera pas celui qui aura soutiré un handicap aux arbitres, ni obtenu un avantage absolument étranger à ses aptitudes de coureur. *La conception libérale de l'égalité ne comporte manifestement pas la promesse de rendre tous les hommes également riches, également influents, également honorés et également sages*. Au contraire, ce qu'elle promet c'est que, si les inégalités extrinsèques dues aux privilèges et aux prérogatives sont abolies, les *supériorités intrinsèques* pourront se manifester.

(*Ibid.*, 415, je souligne).

Ce passage implique deux problèmes qu'il faut à leur tour développer : (i) la question de la norme permettant d'édicter les règles d'égalisation pour permettre à la concurrence d'être un processus bénéfique est à interroger, et il n'est pas certain que chez Lippmann cette norme soit bien définie, car elle suppose de préciser le modèle de marché et de concurrence qu'on cherche à mettre en place; (ii) en faisant de l'institution de la norme concurrentielle la finalité du droit, Lippmann tord les positions des *legal realists* en introduisant une dimension substantielle à la méthodologie de résolution des problèmes qu'est la *common law*.

(i) Commençons par la question de la norme concurrentielle. Le critère positif d'une "bonne loi" c'est d'égaliser *formellement* les conditions de départs. L'image de la course est révélatrice de la vision concurrentielle sous-jacente, dans laquelle les résultats d'une procédure justifiée sont eux-mêmes avalisés. L'étendue de l'égalisation n'est, cela dit, pas strictement

précisée chez Lippmann. Cette interrogation relève un problème important, à savoir quelle forme de concurrence veut-on avoir entre individus et qu'est-ce qu'on peut considérer comme relevant de la coercition ? Dans le cas de la course l'exemple est volontairement simple, puisqu'on peut supposer que, en considérant le point de départ comme la ligne de départ, les individus exécutent leurs courses *d'eux-mêmes à partir du moment où ils ne subissent pas d'actions extérieures* (comme les coups de coude). Dans cet exemple, la distinction entre la sphère privée individuelle et la sphère publique des règles du jeu, est relativement claire. On peut bien sûr considérer que, même dans une course, les individus sont toujours en interaction et que la distinction entre la sphère strictement individuelle et la sphère publique est trouble, mais il me semble que chacun est prêt à accepter que, si les règles sont respectées, l'individu qui gagne la course est celui qui était le meilleur lorsqu'il était sur la ligne de départ. Dans ce cadre, la concurrence peut bien être *un processus juste* de distribution des honneurs et des biens. La clarté de cette conception s'estompe néanmoins avec d'autres exemples, ou même si on prend le même exemple en le complexifiant quelque peu. Prenons maintenant la même image mais en ne prenant plus la situation de départ sur la ligne comme point de référence, mais l'ensemble des processus ayant amené les individus à être sur la ligne de départ de *cette* course. Très certainement, ces individus sont différents et ont chacun *leur* histoire, se sont entraînés dans *un* environnement distinct, voire des pays différents. Il est fort probable, à nouveau, que ce passé exerce une influence sur leur performance journalière, et que la différence entre les environnements de départ soit liée à des situations sociales diverses, notamment à des situations de pouvoir. Faut-il partir d'un *statu quo* à partir duquel considérer les situations comme formellement égales, ou bien réformer les conditions de production de la course pour s'assurer qu'elle révèle réellement des "supériorités intrinsèques"³⁵²? L'exemple de Lippmann produit tout autant de perplexité qu'il fournit un modèle de l'idéal social concurrentiel pour la société. Dans cette complexification de son exemple c'est toute la question, et le problème, de l'extension de l'intervention et de la substance des règles en vue de promouvoir un type de concurrence réglée spécifique qui se pose. En effet, la concurrence entre individus ayant eu accès à une égalité d'opportunité *avant la course* n'est pas la même que la concurrence des individus formellement égaux *au moment du début de la course*. Dans les deux cas nous auront

³⁵² Cet exemple révèle des problématiques fondamentales dans la tradition libérale, qui seront notamment travaillées par Buchanan, ce que j'exemplifie au chapitre VIII avec la confrontation des positions de Buchanan avec celles de Rawls. La spécificité de Lippmann est de penser la question de la justice par le biais procédural des règles qui déterminent le processus concurrentiel. On doit certes accepter les résultats d'un processus concurrentiel juste à partir du moment où les règles qui structurent la concurrence sont justifiées, mais qu'est-ce qui vient justifier ces règles elles-mêmes ?

bien concurrence entre individus *sous un certain aspect égaux*, mais cette concurrence produira certainement des effets différents, révélera des "supériorités intrinsèques" différentes. Qu'est-ce qui nous permet de déterminer chez Lippmann ce qui est meilleur, quelle concurrence doit-on favoriser, jusqu'où faire remonter l'idéal d'égalisation formelle des conditions en vue de produire un processus concurrentiel acceptable ? S'il n'y a pas d'*unicité* du résultat, puisque le résultat varie en fonction des règles de la concurrence et des modalités de l'égalisation, qu'est-ce qui nous permet d'établir qu'un résultat est supérieur à un autre ?

Deux interprétations peuvent émerger de la lecture de l'ouvrage. Une conception essentiellement négative de la liberté, selon laquelle le rôle des règles est de soustraire les individus à l'instrumentalisation par autrui ; une conception positive de la liberté, défendant que les individus ont des droits à des biens pour s'épanouir comme des individus réellement égaux sur la ligne de départ. Dans les deux cas, la conception de la liberté qui apparaît demeure conceptuellement imprécise. Si la conception de la liberté est négative, il reste à préciser ce qui relève de l'ordre de la coercition *extérieure* (par opposition aux *qualités intrinsèques*), étant entendu que Lippmann critique la distinction trop rigide opérée par l'individualisme libéral des "later days liberals" entre un individu et son environnement. Faut-il ranger dans cette coercition extérieure uniquement les interventions causales directes (un acte de violence physique soutenu par un système légal), les interventions causales indirectes (la manipulation) ou encore les interventions conceptuelles³⁵³ (par exemple l'apprentissage d'un langage, de codes etc.) ? La distinction entre une conception négative de la liberté et positive est donc elle-même floue, car elle dépend d'un réseau juridique qui donne des droits (et donc qui est positive), et dont l'étendue n'est pas clairement fixée. Si, au contraire, la conception de la liberté est positive et suppose un ensemble de conditions matérielles pour permettre l'égalisation des situations sur la ligne de départ, il reste à donner le critère d'extension de ce type de droits, qui peuvent sinon légitimer des politiques absolument opposées au fonctionnement du marché. Bien évidemment, le critère qui apparaît comme fondamental pour régler ce problème est celui du mécanisme des prix et donc de la concurrence. Cependant, le fait ici de se rapporter au critère du mécanisme des prix n'aide pas. En effet, si on tente de résoudre ce problème épineux en disant que les

³⁵³ Distinction entre détermination causale et conceptuelle que l'on tire de Pettit (2004, 7), pour défendre ce qu'il appelle un holisme individualiste : "Il s'agit de savoir si les individus dépendent de manière constitutive ou non causale de leurs relations avec les autres pour la possession d'une capacité humaine particulièrement importante, par exemple de savoir s'ils dépendent ainsi les uns des autres pour la capacité de raisonner individuellement." On ne peut pas parler de holisme *lorsque je dépends causalement* de mes parents qui m'apprennent le langage, mais plutôt *lorsque je dépends conceptuellement* d'une communauté déjà constituée pour que ce que m'apprennent mes parents possède une signification partagée. Pour que le langage ait un sens il faut des règles constitutives qui ne dépendent pas de la relation causale entre moi et mes parents.

règles justifiées sont celles qui permettent de produire une concurrence permettant de déterminer des prix, permettant eux-mêmes la coordination, on ne fait qu'énoncer une pétition de principe, car ce qui est en question c'est précisément *la forme que doit prendre la concurrence*, étant donné que les règles structurant la concurrence modifient le système des prix.

Pour répondre à ces critiques Lippmann n'est pas sans ressources. Ces problèmes et ces flous conceptuels, ne se posent principalement qu'à un niveau théorique, et pas au niveau pratique dans lequel les comparaisons empiriques sont possibles et susceptibles d'un accord. On ne peut récuser totalement une théorie en pointant les obscurités conceptuelles dans l'abstraction, étant donné que tout concept, *in abstracto*, demeure relativement indéterminé empiriquement. Cependant, il faut noter que si ce qui apparaît comme juste ou injuste, légitime ou illégitime, n'apparaît comme tel qu'en situation concrète, dans laquelle on est capable d'identifier les conséquences des actions, on ne voit pas pourquoi le principe concurrentiel devrait systématiquement primer.

Certes, l'idée est que la norme concurrentielle doit primer, mais cette norme est indéterminée en ce qu'on ne sait pas exactement *quelle forme* de concurrence doit-être instituée et selon quel critère. Lippmann a bien mentionné l'idéal de la concurrence parfaite, qu'il s'agit d'instituer par des réformes à la fois des sociétés et des individus, mais il ne nous dit pas exactement ce que, dans ce modèle idéal il faut chercher à réaliser. D'une part, ce que Lippmann entend par concurrence parfaite n'est pas clair, il renvoie en effet aussi bien aux fictions de Ricardo qu'aux théories qui semblent être celles de Walras puis des théoriciens de l'équilibre général ; d'autre part, ce qu'on doit instituer de ces modèles n'est pas réellement spécifié. Faut-il réformer les individus pour les rendre capables d'être des individus rationnels, ce qui implique qu'on essaye de réaliser institutionnellement *les conditions* du marché idéal ; faut-il réaliser *le processus d'échange* qui caractérise la concurrence parfaite, c'est-à-dire entre des individus autonomes et indépendants ou faut-il encore réaliser le résultat produit par des marchés concurrentiels à savoir *l'efficacité productive et allocative* ? À ce stade, la théorie de Lippmann laisse ouverts une série de problèmes, relatifs à la conception de la liberté qu'il s'agit de considérer, à la nature de la norme concurrentielle, ou encore l'étendue de l'intervention vis-à-vis du maintien du *statu quo*. L'histoire future des positions néolibérales montre au moins deux options, illustrées par Buchanan et Posner. Chez Buchanan, le modèle du marché est le modèle de l'échange, à savoir que le droit doit édicter des règles correspondant à ce que des individus rationnels auraient pu mettre en place. Dans la théorie de Buchanan le modèle est donc celui

du *processus marchand* (voir chap. VII et VIII). Chez Posner, le modèle du marché est celui de la mise aux enchères, et il se fonde sur une interprétation du théorème de Coase selon laquelle le marché produit des résultats efficaces en maximisant la richesse calculée en monnaie. Dans la théorie de Posner, le modèle est celui du résultat produit par le marché en situation idéale, qui doit être mimée par le droit (voir chap. IX).

(ii) Passons désormais au deuxième problème, qui est celui de la rigidification de la finalité de la méthode de résolution des problèmes qu'est la *common law* pour Lippmann. La *common law* est certes une méthode décentralisée de résolution des problèmes, mais elle ne peut prendre place que dans une société déjà libérale. En effet, l'idéal régulateur d'une société libérale dans laquelle la *common law* est la méthode de contrôle social adéquate est la norme concurrentielle. Pour en arriver à ce résultat, Lippmann modifie l'usage de la *common law* vis-à-vis de celui qui était celui du *legal realism*. Le processus de la *common law* n'est pas aveugle, il ne s'agit pas uniquement dans le cadre lippmannien d'une expérimentation juridique visant à résoudre des problèmes qui émergent spontanément des nombreuses interactions constituant la société et de la dynamique caractéristique de celle-ci. Elle est, au contraire, orientée par un critère que Lippmann n'explique pas dans son développement sur la *common law*. Si ce qu'il s'agit de réaliser par la loi est la condition de possibilité de l'efficacité de la concurrence, le critère qui vient gouverner la pensée juridique de Lippmann en dernière instance est le critère normatif du marché. Pour qui connaît *La Cité libre* dans le détail cette découverte n'est pas étonnante, ce que tous les chapitres précédents montrent. Si le néolibéralisme n'est pas un économicisme en ce qu'il développe toute une théorie sociale et juridique, il est en revanche irrémédiablement une théorie qui place le marché au cœur de sa théorie. C'est bien le marché, dans la pensée lippmannienne, qui permet la coordination sociale, qui soumet des individus à un ordre impersonnel et donc les libère de la domination arbitraire d'une autre volonté, et qui est l'objectif concurrentiel (la course) à réaliser. La réalisation de l'idéal normatif du marché, que Lippmann hérite des premiers libéraux qu'il a pu critiquer par ailleurs pour leur naïveté à croire que leur théorie représentait la réalité, est le critère qui permet d'orienter toute la nouvelle théorie libérale qui apparaît. Plus largement, il semble que pour Lippmann la *common law*, la société de marché fondée sur la division du travail et la démocratie comme gouvernement de soi par soi, participent d'un même sens culturel qui est une aspiration partagée dans les sociétés

occidentales³⁵⁴. Le libéralisme constitue donc un "mode de vie", qui fonctionne comme un système³⁵⁵:

Après cela, je vis clairement que la division du travail, la démocratie et la méthode de la loi commune sont organiquement liées, qu'elles doivent subsister ou disparaître ensemble, parce qu'elles sont des aspects différents d'un même genre de vie.

(*Ibid.*, 432).

La reprise lippmannienne de la tradition de la *common law*, et des arguments de Holmes et de Pound, ne relève pas du décalque, mais de la reconfiguration. La *common law*, comme méthode juridique, est valorisée car elle s'oppose à tout pouvoir central et possesseur d'un savoir inquestionnable. En réintégrant cette tradition juridique dans sa théorie politique, Lippmann lui donne une fin particulière, à savoir celle d'être le système juridique compatible avec une économie de marché, à laquelle elle demeure subordonnée, ce qui entre en tension avec la conceptualisation du *legal realism*, qui n'oriente pas la *common law* vers une fin extrinsèque à la dynamique immanente aux sociétés humaines, poussant ainsi vers une régulation importante des relations économiques chez Pound. C'est bien dans l'articulation entre théorie de la *common law* et problématique néolibérale que se trouvent à la fois l'originalité mais aussi les difficultés de Lippmann. Je montrerai qu'un problème semblable apparaît dans le pragmatisme juridique de Posner un demi-siècle plus tard (chap. IX).

La *common law* réalise plusieurs idées libérales importantes : la limitation du pouvoir souverain par la loi, la décentralisation de la production juridique, l'adéquation vis-à-vis du monde complexe de la Grande Société, en plus de renouer les fils d'une tradition remontant au libéralisme historique. Pour Lippmann être libéral est équivalent à un soutien à la *common law*³⁵⁶. Le lien organique est donc entre une société organisée par la division du travail (ce qui est une définition du libéralisme pour Lippmann, puisque la division du travail dans les sociétés contemporaines est ce qui fait émerger la Grande Société et ses conséquences), la démocratie,

³⁵⁴ Ce relativisme est par ailleurs absolument revendiqué par Lippmann, comme il le sera par la suite par Hayek.

³⁵⁵ Sur la défense de la civilisation occidentale chez les néolibéraux, on peut se référer à Dekker (2016), qui développe cette idée pour les Autrichiens, mais aussi. Voir également le chap. I du présent travail.

³⁵⁶ "Étant libéraux, ils étaient en faveur de l'extension de la loi commune et opposés à l'extension de l'autorité gouvernementale. Ils avaient compris ce que leurs successeurs ont oublié, à savoir que l'uniformité croissante des lois, non seulement n'est pas la même chose que la centralisation gouvernementale, mais qu'elle est, en fait, son contraire" (Lippmann, 1937, 374).

comme gouvernement de soi, et la *common law*. Cela suppose, à chaque fois, que le gouvernement régule d'avantage qu'il dirige, c'est ainsi qu'il faut entendre l'opposition à l'agrandissement du gouvernement. L'agrandissement porte sur les prérogatives, mais pas sur la quantité d'actions, puisqu'on a vu que la régulation est au contraire une activité permanente. Ces trois éléments renvoient à un même idéal libéral, celui du *self-government*. En somme, toute la théorie de Lippmann peut être comprise comme une théorie du *self-government* (au niveau économique par les marchés concurrentiels, au niveau politique par sa réforme de la démocratie, au niveau juridique par la méthode de la *common law*), adaptée au monde moderne marqué par les limites cognitives et épistémiques au gouvernement de soi.

Cette théorie du droit rencontre, cela dit, un problème, car la soumission de la *common law* au critère normatif du marché modifie considérablement sa logique. La loi n'est plus une expérimentation continue visant, comme chez Pound, un utilitarisme social, mais le moyen de réaliser le *fonctionnement efficace du marché*. La loi n'est plus *seulement* une réponse à la prolifération de problèmes et de crises situationnelles, développée dans un processus immanent, mais doit elle-même être orientée vers certaines mesures. Le marché, idéalisé, devient typiquement ce que Pound et Holmes critiqueraient comme une vérité inamovible rigidifiée³⁵⁷. Cela dit cette position est incomplète car Lippmann ne précise pas le modèle du marché qu'il a à l'esprit pour déterminer l'évolution du droit, comme je l'ai montré plus haut. En cela, Lippmann ouvre toute une série de problématiques en tentant de résoudre le problème néolibéral.

Lippmann est, par ailleurs, un des premiers à travailler en profondeur, au sein du néolibéralisme³⁵⁸, l'importance du droit pour l'économie – et surtout de l'économie pour le droit ! – sujet qui gagne en importance de manière significative à partir des années 1950 (Van Horn et Mirowski, 2009 ; Van Horn, 2018), ce dont témoigne la constitution du mouvement *Law and Economics* à Chicago³⁵⁹. Il n'est pas étonnant que la théorie lippmannienne de la *common law* possède alors de multiples et lointains héritiers. En effet, la théorie de la *common law*,

³⁵⁷ Que Lippmann exprime comme étant une fin de l'histoire, puisque l'idéal du marché lui-même n'est pas susceptible d'être modifié : "Car la nécessité de lois communes à toute l'économie mondiale s'impose à toutes les multitudes humaines dans leurs transactions quotidiennes, et sa force accumulée est invincible" (*Ibid.*, 375).

³⁵⁸ Sinon, il existe, à la même époque, plusieurs économistes qui s'intéressent au droit, en premier lieu les institutionnalistes, comme Commons et la *Legal Institute of Capitalism*.

³⁵⁹ Notamment par ailleurs que cette réflexion juridique sur les règles compatibles avec une société de marché et les idéaux libéraux est au cœur du *Statement of Aims* de la Société du Mont-Pèlerin. On lit ainsi dans le point 3 du *Statement of Aims* que le but de la Société est de développer des "Methods of re-establishing the rule of law and assuring its development in such manner that individuals and groups are not in position to encroach upon the freedom of others and private rights are not allowed to become the basis of predatory power" (voir Annexe 1).

interprétée comme réalisant les conditions d'efficacité du marché, participant d'un "ordre spontané" économique-juridique, est reprise et reconceptualisée à la fois par Hayek, dans *Droit, législation et liberté*, mais aussi Posner, dès *The Economic Analysis of Law*, qui défend l'idée que la *common law* américaine comme réalisant l'efficacité économique³⁶⁰. Comme chez Lippmann, avec des modalités différentes, y compris entre elles, ces deux théories valorisent la *common law* autant pour des raisons politiques, la décentralisation des choix et la critique d'une régulation centralisée, qu'économiques, la *common law* est compatible avec le marché. Comme chez Lippmann, la *common law* se trouve soumise au critère du marché. Alors même que la théorie de la *common law* introduit un évolutionnisme décentralisé, sa validité demeure fondée en dernière analyse sur un idéal de fonctionnement du marché lui-même issu d'une expertise économique.

En développant sa théorie du contrôle social par la *common law*, Lippmann est amené à prendre comme donné l'existence d'une société libérale désiré par les individus dans les sociétés modernes. Il s'agit, pour lui, de la nouvelle exigence démocratique, caractéristique de son époque. Le marché concurrentiel et la *common law* sont des moyens de réaliser l'idéal de *self-government*, eût égard aux conditions de la *Great Society*, à savoir un idéal d'émancipation et de liberté. Dans ce cadre, la concurrence est perçue comme un instrument politique de libération. On retrouve la même idée chez les ordolibéraux, avec néanmoins une inflexion épistémologique différente, puisque Eucken et ses collègues ne peuvent pas se prévaloir de la pré-existence d'une société libérale, mais doivent justifier le point de vue libéral depuis une situation de crise dans laquelle le libéralisme s'est auto-détruit historiquement pour laisser place au totalitarisme. Cette différence contextuelle implique ainsi des différences conceptuelles importantes, puisque les ordolibéraux ne se prémunissent pas d'une théorie évolutionnaire, mais concentrent leurs travaux sur la construction d'un cadre général libéral à l'intérieur duquel peut se réaliser le marché concurrentiel. Ils mettent ainsi l'accent sur la *dimension constitutionnelle* du libéralisme, alors que la notion de constitution est problématisée par la tradition du positivisme juridique.

³⁶⁰ Si le lien avec Hayek est explicite, celui avec Posner est plus difficile à démontrer. Posner ne se réfère jamais à Lippmann, même ses ouvrages plus tardifs qui s'y prêteraient particulièrement (par ex. Posner, 2003). Buchanan, en revanche, fait référence à Lippmann. Le chapitre 20 de *The Calculus of Consent* s'intitule ainsi "The Politics of the Good Society", et le chapitre 17 est introduit par une épigraphe de Lippmann.

2. La justification des règles de la concurrence ordolibérale

La pensée ordolibérale est une pensée aussi bien économique que juridique³⁶¹. Ce n'est pas une surprise si, à Fribourg, les deux co-auteurs de Walter Eucken lorsqu'il écrit *Unsere Aufgabe*, appelé par la suite "manifeste ordolibéral"³⁶², sont des juristes, à savoir Franz Böhm et Hans Grossmann-Doerth. L'interventionnisme juridique revendiqué par les ordolibéraux suppose, en effet, une théorie du droit, qui est au cœur de l'économie politique ordolibérale. Si l'intervention directe sur les prix est prohibée comme une intervention non-conforme, l'intervention juridique est autorisée, spécifiquement si elle permet de mettre en place et d'améliorer le système des prix, principe fondamental de la constitution économique. Cette position, plaçant le marché concurrentiel libre comme norme première de la constitution économique, est justifiée pour les ordolibéraux à la fois par des arguments scientifiques, mais aussi par une philosophie de la liberté centrée sur les concepts, symétriques, de pouvoir et d'individu consommateur. Bien que participant d'un environnement social, politique ou intellectuel³⁶³ bien différent de celui de Lippmann, la théorie juridique des ordolibéraux repose sur les mêmes principes fondamentaux et la même reconnaissance d'un idéaltype du marché, venant légitimer l'instauration des règles constitutives du marché lui-même.

Il faut dans un premier temps comprendre l'ordolibéralisme comme un contrepoint vis-à-vis de la position d'un contemporain, Carl Schmitt, qui défend la primauté du politique, que les ordolibéraux combattent. Cela permet de montrer dans un second temps qu'on doit comprendre la constitution économique comme un moyen de constituer l'ordre marchand mais plus largement socio-politique, sur des bases scientifiques. Cela justifie, pour les ordolibéraux, le rôle fondamental, au sens fort de premier, du marché concurrentiel, du point de vue plus général de leur philosophie politique.

2.1 L'adversaire. Schmitt et la primauté du politique

³⁶¹ Je considère principalement, dans cette partie, Walter Eucken et Franz Böhm. On peut bien sûr ajouter d'autres noms au courant ordolibéral, pour une classification des ordolibéraux voir l'introduction de Commun et Fèvre (2019). Je me concentrerai néanmoins sur la perspective développée à Fribourg, qu'il faut distinguer de la position libéral-conservatrice de Röpke par exemple. Sur les positions de ce dernier, voir Solchany (2015).

³⁶² Qu'on trouve traduit en anglais dans Peacock et Wilgerodt (1989), voir Böhm *et al.* (1936).

³⁶³ Commun (2016), Fèvre (2017) et Commun et Fèvre (2019) insistent par exemple sur le contexte d'énonciation des néolibéraux. Campagnolo (2003) développe les rapports entre Eucken et la phénoménologie husserlienne.

La pensée des ordolibéraux prend racine dans un contexte radicalement différent du contexte américain du début du XX^{ème} siècle. Le "manifeste ordolibéral" date de 1936, la même année que l'annexion des Sudètes, après la prise de pouvoir par Hitler en 1933. On comprend aisément pourquoi le vocabulaire de la crise est un *leitmotiv* ordolibéral (Fèvre, 2015). Au moment où les ordolibéraux écrivent il existe des théories juridiques concurrentes d'importance, au premier rang desquelles celle de Carl Schmitt, engagé activement dans le nazisme, à partir de 1933. On peut interpréter, à la suite de Commun (2016, chap. III), la position ordolibérale comme une opposition à la thèse de la primauté du politique défendue par Schmitt. Plus largement, cette opposition donne sens à l'entreprise de reconstruction théorique de l'ordolibéralisme, visant précisément à refonder la société politique non plus sur la primauté du conflit et de la distinction entre ami et ennemi, mais sur l'expertise scientifique neutre, offerte par l'économie et le droit. Les ordolibéraux défendent une position symétrique à celle de Schmitt sur les rapports entre droit et politique, soulignant la nécessité d'une primauté de la constitution économique sur les conflits démocratiques. La politique de l'ordre, hiérarchisant différents ordres, politiques, économiques, juridiques, doit donc favoriser un principe fondamental qui n'est pas un principe d'exception politique comme chez Schmitt mais au contraire un principe de concurrence.

Chez Schmitt, la primauté du politique se lit dans la situation d'exception, dans laquelle le souverain, celui qui est capable de désigner la finalité de l'État de de la nation, se fait nomothète. L'exception est la situation de crise, à partir de laquelle le droit s'abolit lui-même comme pertinent, et dans lequel le souverain doit édicter de nouvelles normes. Le corps social n'est pas uniquement composé de la société civile, mais par un pouvoir proprement politique, incarné pour Schmitt par la force de l'État. De ce fait, le politique est logiquement premier vis-à-vis du droit, c'est à dire que la légitimité du droit n'est permise que par un pouvoir instituant, qui trouve sa source dans la communauté politique incarnée par l'État. Fameusement, dans la *Notion de politique* Schmitt écrit en 1932 :

L'antagonisme politique est *le plus fort de tous*, il est *l'antagonisme suprême*, et tout conflit concret est d'autant plus politique qu'il se rapproche davantage de son point extrême, et de la configuration opposant l'ami et l'ennemi.

(Schmitt, 1932, 68, je souligne).

Après avoir défini l'exception comme le signe d'une priorité du politique dans *Théologie politique* en 1922, Schmitt applique ce concept à la sphère politique elle-même dans *La notion de politique*. Si le texte de 1922 défend la hiérarchisation de la politique et du droit, avec une supériorité de la politique comme pouvoir instituant, fondé sur un rapport de force, le texte de 1932 développe la conceptualisation schmittienne de la politique comme caractérisée essentiellement par le conflit opposant des amis et des ennemis, cette dernière distinction étant la forme fondamentale de l'opposition politique. L'antagonisme politique dont la guerre est, pour Carl Schmitt, "l'épreuve décisive par excellence", constitue la potentialité toujours ouverte du monde politique (Tuchscherer, 2003), en deçà de l'ordre juridique. Il ne faut pas nier le rapport de force en transformant l'ennemi en concurrent, comme le proposent les libéraux, mais porter le conflit au sein de la société par l'État. Un monde sans conflit est un monde débarrassé de politique, or le monde social est toujours politique. Ce qu'on a appelé le décisionnisme de Schmitt, qu'on retrouve dans son texte *Théologie politique*³⁶⁴, est orienté contre la théorie libérale d'une dissolution du politique dans le social et l'économique, où les conflits se dissolvent dans le jeu des intérêts caractéristique de la société civile façonnée par le droit³⁶⁵. Or, cela est typiquement ce que Schmitt refuse. C'est l'exceptionnalité politique qui fonde la règle de droit dans ce cadre, et cette exceptionnalité, condition et conséquence du pouvoir souverain, émerge à partir d'un rapport de force constitutif³⁶⁶ autorisant la perpétuation de la guerre dans l'existence politique. C'est cette lecture sommaire de Schmitt qu'on peut retrouver en creux dans l'environnement philosophique des ordolibéraux, et dont ils cherchent à prendre le contrepied.

Si les ordolibéraux défendent un État fort, garant de l'ordre économique, à l'instar de Rüstow (1932)³⁶⁷, celui-ci doit être distingué de la perspective schmittienne (Kolev, Goldschmidt et Hesse, 2019). En effet, bien que la critique ordolibérale de la démocratie, mais aussi à certains égards hayekienne (Vergnolle de Chantal, 2005), reprenne des éléments du diagnostic schmittien, principalement la critique d'un État total dans lequel politique et social sont fusionnés en donnant droit aux différentes revendications venues de la société civile, ce

³⁶⁴ Illustré par la formule selon laquelle "Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle" (Schmitt, 1922, 16).

³⁶⁵ Pour une analyse des rapports de Schmitt au libéralisme, voir Larmore (1993, 207-220), Kennedy (1999) et Feldman (2007).

³⁶⁶ "Dans cette situation une chose est claire : l'État subsiste tandis que le droit recule. La situation exceptionnelle est toujours autre chose encore qu'une anarchie et un chaos, et c'est pourquoi, au sens juridique, il subsiste toujours un ordre, fût-ce un ordre qui n'est pas de droit. L'existence de l'État garde ici une incontestable supériorité sur la validité de la norme juridique" (Schmitt, 1922, 22).

³⁶⁷ Voir Biebricher (2018, 76-77) sur cette réponse de Rüstow aux arguments de Schmitt.

n'est pas du tout pour en reprendre la solution d'un État autoritaire, légitimé par des plébiscites réguliers³⁶⁸. En effet, ce que critiquent les ordolibéraux est une certaine forme de la démocratie, qui dérive en régime autoritaire, donc spécifiquement dans la forme schmittienne, si elle n'arrive pas à se limiter elle-même par des règles constitutionnelles fortes. Sur ce point il faut se rappeler de la proximité de certains ordolibéraux, en premier lieu desquels Eucken, avec les cercles de résistance au national-socialisme, notamment l'Église protestante confessante (Köhler et Nientiedt, 2021). L'ordolibéralisme est théorie de l'organisation politique de la société à partir de règles juridico-économiques qui ne sont pas susceptibles d'être dévoyées, comme le principe démocratique, au profit de leur némésis, l'autoritarisme totalitaire que connaît l'Allemagne dans les années 1930. Si les ordolibéraux peuvent partager un diagnostic avec Schmitt relativement à la critique de la démocratie libérale traditionnelle, ce n'est donc pas pour le suivre dans sa propre élaboration théorique, mais pour proposer un modèle alternatif, à même de ne pas connaître le même destin funeste³⁶⁹.

2.2 La constitution économique

Les ordolibéraux s'opposent à cette théorie qui mène à l'exacerbation des tensions sociales et finalement à l'éclatement de la société. Lire les néolibéraux comme des théoriciens de l'autoritarisme par d'autres moyens est donc une erreur. La théorie schmittienne, la montée du national-socialisme et le fascisme sont des catalyseurs pour l'ordolibéralisme (Commun, 2016, 18). La politique n'est pas comprise comme première mais doit être fondée sur l'économique et le juridique. L'État, comme incarnation de la souveraineté politique, prétendument légitimé par l'exception, mène en réalité à l'arbitraire et à la tyrannie. Le politique illimité, incarné par le pouvoir du souverain ou celui de la démocratie populaire, comprend le risque inhérent d'une pente autoritaire. L'économie ordolibérale est donc une philosophie politique, en ce qu'elle cherche à reconstruire les conditions de possibilité de la vie sociale maximisant la liberté des

³⁶⁸ On peut faire la même lecture pour Hayek (1944), souvent associé à Schmitt (Christi, 1984 ; Scheurman, 1997), qui tient, tout en le mentionnant, à se démarquer de la position radicalement anti-démocratique de Schmitt. En associant trop promptement anti-démocratie et néolibéralisme une partie de la littérature tend à sous-évaluer la reconfiguration positive de la démocratie chez les néolibéraux, plutôt que sa pure négation. Cet élément est particulièrement visible chez Buchanan (1962, 1975), mais cela est déjà, selon moi, la position des ordolibéraux et de Hayek à cette période, tout comme celle de Lippmann, qui ne veut pas, dans son texte de 1925, abolir la démocratie, mais lui donner de nouvelles conditions de possibilité, dans un monde qui n'est plus adéquat aux anciennes théorisations.

³⁶⁹ Le débat, particulièrement en 1932, est relatif à la crise rencontrée par la République de Weimar. Dans le cadre de cette thèse, je ne développe pas ce contexte d'importance, mais il explique la critique que propose Schmitt du positivisme juridique, ainsi que d'une forme de libéralisme du laissez-faire.

individus, tout en interprétant, dans la continuité des arguments de Lippmann et de Hayek (chap. III), la démocratie comme une des causes de la déliquescence de la société politique allemande d'entre les deux guerres³⁷⁰. Pour reconstituer une unité nationale, il ne faut pas partir des conflits politiques, mais du raisonnement scientifique, point de départ assumé de l'École de Fribourg :

Nous souhaitons mettre en œuvre le raisonnement scientifique, tel qu'il est exposé dans la jurisprudence et l'économie politique, afin de construire et de réorganiser le système économique.

(Böhm, Eucken et Grossmann-Doerth, 1936, 23)³⁷¹.

La reconstruction du système économique devient la précondition minimale de société politique. Il faut reconstruire la possibilité d'une vie politique à partir du plus petit dénominateur commun, les individus et leurs intérêts (Rüstow, 1942, 281). Comme l'indique Odile Tourneux (2019, chap. 10), l'économique se trouve au cœur de la théorie politique ordolibérale, et constitue un véritable "paradigme politique". Ce qu'il s'agit de mettre en place est un système de concurrence réalisant un "marché sans pouvoir", selon l'expression de Raphaël Fèvre (2017b). Le critère du système des prix est le critère économique retenu par les ordolibéraux de façon unanime, et il se trouve, pour Eucken, au cœur de ce qu'il nomme la "constitution économique" : "la mise en place d'un système de prix de concurrence complète est le critère essentiel de toute mesure économique. Tel est le *principe de base* de la constitution économique" (Eucken, 1949, 232, je souligne)³⁷². Ce "principe de base" est un principe fondamental, c'est-à-dire celui qui sert à ordonner logiquement la constitution juridique dans son ensemble. En cela la norme fondamentale propre au positivisme juridique, qui est une norme historico-culturelle chez un Kelsen, par exemple, est remplacée par la norme idéale d'un marché concurrentiel. C'est sur ce point que l'on peut constater la jonction entre science économique, fixant le principe de base que l'État doit garantir et implémenter, et la science juridique, qui constitutionnalise ce principe dans un ordre normatif hiérarchisé.

³⁷⁰ Démonstration qu'on trouve particulièrement développée chez Röpke (1942), mais qui, plus largement, est un point d'accord des différents néolibéraux, voir par exemple Biebricher (2018, chap. 3).

³⁷¹ La version anglaise dit : "We wish to bring scientific reasoning, as displayed in jurisprudence and political economy, into effect for the purpose of constructing and reorganizing the economic system" (Ma traduction).

³⁷² Selon Nörr (1996) ce concept de constitution économique apparaît en premier lieu chez Böhm en 1933.

Cette jonction entre politique et économique ne s'arrête à l'explicitation du principe de base de la constitution, mais structure un ensemble de principes constitutionnels de second ordre qui visent à opérationnaliser le principe fondamental de l'institution d'un système de prix de concurrence. Les ordolibéraux pensent plusieurs principes constitutifs fixant les "règles du jeu"³⁷³ qui permettent de poser les conditions de possibilité de l'économie concurrentielle. Il y a donc une distinction entre l'ordre économique et l'ordre légal :

Quelle doit être la nature de l'activité de l'État ? La réponse tient dans le fait que *l'État doit influencer les formes de l'économie, mais non pas diriger lui-même le processus économique [...]. Planification des formes par l'État – oui ; planification étatique et contrôle du processus économique – non. Le point essentiel est de reconnaître la différence entre forme et processus, et d'agir en conséquence.*

(Eucken, 1951, 95-96, cité dans Fèvre, 2017a, 258)

Le mécanisme des prix et la forme idéale du marché est ce sur quoi repose la théorie économique-juridique de la politique d'ordonnement, qui donne naissance à l'ordre concurrentiel, pensé comme non pas le régime de la concurrence naturelle (ce qui renverrait au laissez-faire) mais comme une concurrence réglée. La rationalité de l'État qui produit les règles constitutives pour permettre le marché concurrentiel n'obéit pas aux mêmes règles que la rationalité individuelle située dans un environnement marchand. Autrement dit, si la critique des limitations cognitives vaut pour la rationalité individuelle, et elle est reprise par les ordolibéraux qui pointent que "le processus économique (...) dépasse largement la capacité d'un seul homme" (Eucken, 1948, 79)³⁷⁴, elle ne vaut pas pour la rationalité juridique de l'État, qui peut fixer les cadres de la concurrence libre, du fait que ces règles sont générales et se situent au point de vue des formes des interactions économiques, plutôt que des processus eux-mêmes. L'État peut bien fixer des règles du jeu (les formes), mais ne peut pas fixer les actions des individus dans ce jeu (le processus). C'est la distinction entre ces deux ordres sur lequel

³⁷³ Sur l'utilisation de cette expression chez les néolibéraux, voir Köhler et Kolev (2011) ou Kolev *et al.* (2019).

³⁷⁴ Plus largement dans cet article "Le problème politique de l'ordre", seul article à ce jour traduit en français, Eucken reprend l'argument de la complexité des sociétés économiques contemporaines ainsi que l'argumentation épistémologique sur l'insuffisance des connaissances possédées par un individu ou un groupe d'individu pour diriger l'ordre économique.

repose la théorie ordolibérale, puisqu'ils obéissent à une normativité distincte, justifiant l'institution rationnelle de règles générales pour les ordolibéraux.

Les ordolibéraux édictent cinq principes constitutifs, qui dérivent du principe fondamental de la constitution économique³⁷⁵. Ceux-ci ne doivent pas nous étonner car ils sont des conditions logiques à l'établissement d'une économie concurrentielle :

1. Le primat de la stabilité monétaire.
2. Le libre accès au marché.
3. Le droit à la propriété privée.
4. Le droit contractuel.
5. La responsabilité civile et commerciale des entreprises.

La stabilité monétaire est un thème important chez les ordolibéraux et plus généralement les néolibéraux³⁷⁶. En effet, une monnaie instable avec une inflation importante empêche la production d'anticipations par les individus et déforme le système des prix par ce biais, nécessitant une intervention étatique. Le libre accès au marché est une condition de la concurrence, qui ne peut être efficace que si un nombre important d'acteurs sont sur le marché, tout comme le droit à la propriété privée, dont Mises a démontré l'importance (chap. I) et le droit des contrats, précondition de tout échange économique (chap. II). Enfin, la responsabilité des entreprises ne consiste pas, comme dans notre langage contemporain, en une prise en charge des enjeux sociaux et écologiques³⁷⁷, mais dans la responsabilité des entreprises relativement à leurs pertes et les dommages qu'elles pourraient occasionner. C'est également une condition de la concurrence en ce que les entreprises sont soumises au droit, qu'il soit relatif aux dommages causés par les entreprises, au droit de la concurrence, ou encore au droit fiscal³⁷⁸.

³⁷⁵ En suivant, par exemple, Fèvre (2017a, 259) et Biebricher (2018, 45).

³⁷⁶ Simons (1934) défend par exemple également une politique de stabilité des prix. Par la suite la lutte contre l'inflation valorisée par la synthèse néoclassique est également une caractéristique des travaux de Friedman ou de Buchanan.

³⁷⁷ On parle aujourd'hui de "responsabilité sociétale des entreprises" par exemple, concept qui n'apparaît qu'à partir des années 1950-1960.

³⁷⁸ Cela n'empêche pas les ordolibéraux de légitimer un certain type d'intervention au sein du processus économique, ce qu'ils nomment des principes régulateurs (Fèvre, 2017a, 289sq), ce qui les différencie, dans l'intensité donnée à ces principes régulateurs autorisant par exemple des politiques contracycliques d'origine keynésienne en temps de crise, des Autrichiens ou des Américains par la suite.

Les ordolibéraux insiste sur le fait que les principes de la constitution économique sont des conditions logiques de possibilité de l'ordre concurrentiel et non des principes issus d'une norme exogène à l'entreprise juridique. Pour le dire avec les mots de Eucken :

L'ordonnement qui nous intéresse ici n'émane pas du droit naturel ni d'un plan supérieur d'axiomes dogmatiques. Par exemple, l'exigence de mise en place de la propriété privée est souvent déduite de la nature de l'homme et est justifiée en tant qu'impératif du droit naturel. Ce n'est pas le cas ici. La propriété privée s'avère – avec les autres principes – indispensable afin de constituer l'ordre concurrentiel.

(Eucken, 1952, 290, je souligne)

L'ordre concurrentiel produit ses propres normes. La question qui émerge naturellement est celle du point de vue depuis lequel les ordolibéraux s'autorisent une telle théorie constructiviste des règles du jeu, qui ne sont donc plus produites par le jugement décentralisé de la *common law* mais par un État fort et impartial ou, pour reprendre la métaphore du jeu, arbitre garantissant le respect des règles, après les avoir instituées. Qu'est-ce qui vient justifier qu'ils sont capables de tirer ces règles et leur donner un rôle fondamental ? En somme, qu'est-ce qui vient justifier d'organiser la société tout entière et le rôle de l'État autour d'une promotion de la concurrence. Plus encore, ce problème apparaît d'autant plus central que les néolibéraux ont critiqué les théories de la démocratie produisant des points de vue émanant nécessairement d'intérêts de factions. Comment les ordolibéraux concilient-ils leur critique épistémologique et le fondationnalisme normatif de leur constitution économique ? Comment extirper des points de vue situés et soumis à une pression économique un point de vue neutre et objectif permettant d'accéder aux normes de la vérité première ?

2.3 Science et expertise

La réponse ordolibérale consiste en une valorisation du point de vue scientifique, capable de s'extirper des jeux d'intérêts factieux. Leur argument est que l'économie politique permet l'accès à une neutralité et une objectivité détachée de tout contenu idéologique (Fèvre, 2017a, 47 ; Wörsdörfer, 2014). Le point de vue normatif des ordolibéraux se trouve donc justifié, légitimant l'exercice du pouvoir de l'État. Ce point de vue scientifique est explicite : "Les

hommes de science sont les seuls conseillers objectifs et indépendants en raison de leur position extraordinaire au-dessus des intérêts économiques" (Böhm, Eucken et Grossmann-Doerth, 1936, 27)³⁷⁹. Si le problème économique et politique est celui des factions, produites par les conflits d'intérêts, il faut des individus qui peuvent, en vertu de leur situation sociale, se situer au-dessus des conflits idéologiques. Si les conditions sociales déterminent bien les intérêts défendus par les individus, certaines conditions sociales "extraordinaires" sont propices à l'accès à la vérité objective. Les individus en capacité de se positionner depuis ce point de vue objectif sont les scientifiques, qui se situent au-delà des intérêts économiques car obéissant à un champ social autonome. Ils ont accès, selon l'expression de Eucken, à un "domaine de la vérité", et sont capables d'informer l'État sur ce qu'il doit mettre en place³⁸⁰. Le propos n'est pas de dire que les hommes de sciences, juristes et économistes, sont intrinsèquement objectifs, mais que leur position en tant qu'hommes de sciences les rend moins susceptibles d'être soumis aux pressions du jeu politique (impliquant promesses, élections et flatteries à la population) ou économique (impliquant soumission aux financeurs et aux partis). Cela donne, d'un point de vue sociologique, un accès épistémologique possible à la vérité. De ce fait, les ordolibéraux réintroduisent la possibilité d'un point de vue exceptionnel depuis lequel édicter les bonnes règles.

Pour que cette thèse soit acceptable, les ordolibéraux doivent ajouter une théorie montrant la possibilité d'accéder à des vérités premières. Chez Eucken on retrouve, pour justifier ce point de vue, une justification de l'abstraction tirée des travaux de son père, Rudolf Eucken, un néo-kantien important de la fin du XIXème siècle et du début du XXème siècle, mais aussi des travaux de Husserl, son collègue et ami à Fribourg. L'abstraction idéaltypique, permise par une variation eidétique propre au comparatisme historique, autorise l'isolement de formes de marché, méthodologie que l'on retrouve dans les *Fondements* de Eucken (Campagnolo, 2003 ; Commun, 2016). La méthode comparative consiste à faire varier les arrangements institutionnels des sociétés pour en faire apparaître les *formes* typiques qui régissent l'organisation de ces sociétés. La variation eidétique consiste à faire apparaître les *essences* institutionnelles des différentes sociétés, et donc de pouvoir isoler les formes concurrentielles dont il s'agit de découvrir les conditions logiques. Fèvre (2017a) montre qu'Eucken mène le comparativisme historique jusqu'à isoler une vingtaine de formes sociales

³⁷⁹ La version anglaise dit : "The men of science are the only objective, independent advisors due to their extraordinary position standing above economic interests" (Ma traduction).

³⁸⁰ Argument largement défendu par Röpke également (Röpke 1944, 229).

de l'économie, qui relèvent de mélanges à différents degrés de planification et de marché. L'argument se développe de la manière suivante. Le fonctionnement concurrentiel est isolé comme une forme de marché qui représente une vérité scientifique première, une vérité transcendante, ce dont Eucken arrive à la conclusion après une analyse comparée du fonctionnement des économies administrées et économies libres. Seule l'économie concurrentielle, en suivant un argument proche de celui que nous avons développé dans le chap. I, est susceptible de répondre de façon satisfaisante à la complexification du monde moderne ainsi qu'aux problèmes d'allocation des biens tout en limitant le pouvoir exercé par les individus et les entreprises (voir sous-section suivante). Si cette thèse est défendue, il est justifié pour les ordolibéraux de considérer que les experts scientifiques, c'est-à-dire eux-mêmes, ont la capacité d'énoncer la norme selon laquelle l'État doit se reconstituer, puisqu'ils ont un accès à cette théorie des vérités premières sur le monde politique et social, qui permet d'édicter les normes de la vie bonne³⁸¹.

Ceci entraîne une conséquence majeure pour les ordolibéraux d'un point de vue politique, c'est-à-dire que s'ils sont bien libéraux en reconnaissant l'autonomie des comportements individuels sur le marché, ils défendent en revanche l'hétéronomie du point de vue des règles du jeu, qui doivent demeurer en dehors du champ d'action possible de la sphère de décision démocratique, puisque seuls les experts économistes et juristes ont accès au royaume des essences premières. Eucken est encore une fois extrêmement clair sur ce point : "La liberté du consommateur existe, *mais pas la liberté de choisir comment définir les règles du jeu ou les formes du processus économique*. C'est précisément le champ de la politique de l'ordre" (Eucken, 1949, 227, trad. dans Fèvre, 2017, 254)³⁸². La liberté individuelle peut donc

³⁸¹ Vanberg (2004b) précise bien en effet que l'ordre concurrentiel n'est pas seulement un ordre légal et économique, mais aussi un ordre éthique, favorisant la réalisation de la spiritualité des individus mais surtout de leur liberté.

³⁸² Cela permet de discuter, si ce n'est d'infirmier, la thèse défendue par certains commentateurs sur le fait que la légitimation du principe concurrentiel chez les ordolibéraux consisterait en un argument de type contractualiste. Cet argument contractualiste, défendu par exemple par Laurence Simonin (2003) se fonde sur l'idée que le point de vue des consommateurs serait universalisable et donc que le consommateur souverain serait le fondement normatif de l'ordre concurrentiel. On retrouve couramment chez les libéraux la problématique de l'identification du groupe social dont l'intérêt est identique à celui de tous (chez Smith, 1776, dans sa critique des marchands qui ont un intérêt contraire à l'intérêt national, chez Mill, 1861, dans l'identification d'un petit groupe de représentants politiques qui œuvrent pour le bien commun), mais chez les ordolibéraux ce groupe est constitué, selon mon interprétation, en suivant une autre ligne de commentaire, par les scientifiques eux-mêmes, qui prétendent incarner le point de vue de l'objectivité. La citation de Eucken confirme ainsi clairement cette différence entre deux régimes de normativité en fonction des ordres : pour les choix économiques la norme de décision est le consommateur, qui est souverain, pour l'ordre juridique c'est le scientifique. C'est-à-dire que le choix des règles constitutionnelles ne fait pas l'objet, chez les ordolibéraux, d'un choix collectif, mais d'un choix élitiste. Il nous apparaît que l'interprétation contractualiste est une lecture rétrospective de l'ordolibéralisme à travers les théories du *Public Choice*. Viktor Vanberg défend une synthèse théorique des positions de Buchanan et des ordolibéraux en faisant

bien guider la croissance spontanée des institutions informelles, au sein de l'ordre socio-économique, mais jamais les institutions constituant les règles du jeu, dont la genèse est issue d'un processus élitiste et technocratique. Cette tension entre les deux niveaux de l'analyse ordolibérale, promotion de l'autonomie par le marché et hétéronomie de la production des règles du jeu, confiance dans l'ordre spontané économique et constructivisme du cadre juridique, conduit à un problème majeur : comment légitimer la contrainte technocratique sur des individus supposés être libres, c'est-à-dire comment concilier la valorisation de l'autonomie et l'hétéronomie décisionnelle ? L'autonomie individuelle n'est possible empiriquement que si elle est limitée, et donc si certaines règles structurent le champ d'interaction possible. Les règles ne sont pas des limitations à la liberté individuelle, mais des conditions de possibilité logique de l'exercice de celle-ci. La limite joue le même rôle que dans le cas de la démocratie.

Cet optimisme épistémologique, du point de vue de la formation des règles du jeu, rompt nettement avec la critique épistémologique du point de vue du processus marchand, dans lequel les individus sont incapables de planifier les résultats économiques, bien qu'ils puissent planifier leurs propres fins. Comme l'explique Wörsdörfer (2014, 250), les ordolibéraux sont convaincus de la malléabilité de l'ordre économique et politique par les scientifiques, capables de contenir les influences pernicieuses des idéologies et des intérêts de groupe. Qu'est-ce qui vient justifier, pour l'interventionnisme, l'optimisme au niveau des règles et le pessimisme au niveau des processus ? On retrouve chez les ordolibéraux le critère de la généralité des règles, permettant une détermination légitime, contrairement à des commandements particuliers. Si le marché est légitime comme un idéaltype on doit accepter comme une conséquence nécessaire ses principes constitutifs qui en sont les conditions de possibilité. L'argument est certes circulaire, c'est-à-dire que le marché idéal est la cause du marché existant, mais c'est un cas typique de réponse à une régression normative³⁸³. Cela n'est pas uniquement une détermination moyen-fin (les principes constitutifs étant nécessaires pour instaurer le marché), mais une véritable circularité normative en ce que la validité du marché est à la fois cause et conséquence des principes constitutifs. Pour rompre cette circularité, il nous faut considérer que le critère économique-juridique du marché concurrentiel libre est justifié, comme chez Lippmann, par une conception philosophique sous-jacente. De ce point de vue, ce dernier élément ne constitue que

usage d'un tel argument contractualiste. Néanmoins, ce contractualisme n'apparaît pas clairement chez les ordolibéraux, mais seulement chez les théoriciens de l'économie politique constitutionnelle, à la suite de Buchanan.

³⁸³ Dans une situation de régression trois réponses sont habituellement possibles, ce qu'indique le trilemme de Münchhausen : régression à l'infini, commencement arbitraire ou circularité logique.

la face émergée, le point de vue économique, de la théorie ordolibérale. Développons un argument pour montrer l'insuffisance de ce critère. Si les ordres sont interconnectés, ce que reconnaissent les ordolibéraux (s'il y a bien des règles constitutives le cours économique nécessite une activité constante de l'État via sa politique d'ordonnement et de la concurrence), alors la planification libérale du droit produit elle-même des effets indirects. Si on reprend les positions de notre chap. IV, on voit mal comment l'intervention directe sur le droit, permise par les ordolibéraux de façon scientifique, ne jouerait pas lui-même sur le mécanisme des prix. Formellement, cette thèse apparaît clairement :

La thèse de l'impossibilité de la neutralité sur les prix : Si $\exists r, r \in Rk, r \Rightarrow C \wedge C \Rightarrow P$ alors, en vertu de la règle de transitivité, $r \Rightarrow P$ ³⁸⁴

Modifier le contenu de la réglementation des contrats, condition de l'échange, est une activité qui implique une modification des prix par la modification des informations à prendre en compte dans le contrat. La politique de concurrence et d'ordonnement des ordolibéraux est en fait une politique interventionniste indirecte qui suppose que les scientifiques peuvent façonner la concurrence et les bons comportements des individus, ou que la concurrence réglée produit des résultats favorables pour la société et les individus. Il faut donc une théorie normative *a priori* des bienfaits d'une concurrence réglée. Sans cette justification conceptuelle première, on ne peut saisir la légitimité conceptuelle de la position ordolibérale.

2.4 Instrument de *disempowerment*

Ce nœud problématique constitue le cœur de la théorie ordolibérale, qui s'articule davantage autour du problème de la justification du principe fondamental de concurrence que celui, pourtant plus explicite, de la politique conforme ou non conforme. La leçon foucaldienne (voir épigraphe) d'un gouvernement *par la concurrence* comme une activité de production de comportements souhaités doit être méditée. Le centre névralgique de la théorie ordolibérale est moins la distinction entre intervention conforme et intervention non conforme, mais relatif à la défense d'une "métaphysique" du marché concurrentiel (Blümle et Golschmidt, 2000, 34).

³⁸⁴ Rk est l'ensemble des règles constitutives, r est une règle particulière, C la forme de la concurrence, et P le résultat du processus économique.

L'anthropologie politique du pouvoir

La position ordolibérale trouve son fondement philosophique dans une anthropologie du pouvoir, que Fèvre (2017a) a étudié. C'est à partir de cette anthropologie qu'il faut comprendre le rôle donné au marché comme fondement *de toute bonne régulation constitutionnelle*. La concurrence est valorisée normativement, car elle permet de diviser le pouvoir, ce qui maximise en retour la liberté, illustrée dès lors par la figure du consommateur. Plus encore, la théorie ordolibérale permet, selon les ordolibéraux, de promouvoir une bonne vie, selon une théorie proche de l'éthique des vertus (Nientiedt, 2019), c'est-à-dire en défendant que la concurrence sur un marché libre est un ordre éthique, dans lequel les individus développent leurs qualités morales. Ces deux arguments, minimisation du pouvoir et promotion d'une éthique des vertus, sont l'avvers et l'envers d'une même pièce, car c'est en réduisant la coercition extérieure autorisée par des positions dominantes, elles-mêmes permises par une faillite de la concurrence, que le marché permet l'éclosion de vertus individuelles – modération, prudence, mais aussi générosité etc. La concurrence est perçue comme une limite du pouvoir, pouvoir lui-même compris par Eucken comme un danger permanent pour la société humaine³⁸⁵ :

La poursuite du pouvoir est un instinct vital de l'homme. En même temps, c'est une force historique constructive de plus grande ampleur. Parfois au service d'une plus haute valeur. Souvent cependant, la soif de pouvoir est elle-même l'origine de la volonté de puissance. [...] Fréquemment, l'individu le plus fort est justement celui qui passe outre les principes moraux et juridiques. Pire encore : la violation consciente de tels principes accorde souvent un avantage dans la lutte pour le pouvoir. Dans ce cas, la force décide. Nombre d'actions efficaces de l'Histoire sont simultanément des crimes couronnés de succès.

(Eucken, 1940b, 479, trad. Fèvre, 2017a, 168)

En dernière instance, les arguments économique-juridiques des ordolibéraux viennent réaliser empiriquement les conséquences d'une philosophie politique du pouvoir, dont le but est de

³⁸⁵ Cela signifie bien qu'Eucken n'évacue pas toute conception de la nature humaine, mais, tout comme nous l'avons montré avec Hayek et Lippmann, ne valorise pas le cours naturel des choses pour fonder sa théorie politique, comme Spencer (chap. II). Constructivisme et naturalisme, sur ce point, ne s'opposent donc pas (voir chap. III).

minimiser le pouvoir qui peut se transformer en exploitation, ce qui valorise la liberté individuelle. On trouve cela explicitement défendu par Eucken :

La question essentielle est de savoir *si les formes de marché et le système monétaire peuvent être réalisés de manière à ce que 'l'exploitation' soit impossible*, que la concentration du pouvoir soit impossible et l'équilibre du processus global préservé. En d'autres mots : la propriété privée peut-elle devenir un instrument économique et social utile de la structure de l'ordre de la société ?

(Eucken, 1952, 273, je souligne, trad. Fèvre, 2017a, 264)

La concurrence est perçue comme un principe politique de fragmentation du pouvoir, le rendant de ce fait inoffensif. Cette concurrence agit donc sur deux niveaux, la production et la consommation. Du point de vue de la consommation, cela est illustré par la liberté du consommateur, qui est seul juge de ses choix, ce que l'on a souvent identifié comme la figure du consommateur souverain, particulièrement défendu par Röpke, à opposer aux tentatives de planifications économique-politiques. Niklas Olsen (2019, 65-104) a montré la récupération de la souveraineté du consommateur par les ordolibéraux³⁸⁶, dans la reconstruction politique de l'après Seconde Guerre mondiale. Ce nouveau sujet politique est perçu normativement comme étant à la fois la norme justifiant la concurrence et un idéal à réaliser par une politique de la concurrence³⁸⁷. Du point de vue de la production, car la concurrence réglée, où l'État veille à l'ouverture des marchés aux nouveaux entrants, et fixe des règles empêchant les entreprises dominantes de bénéficier de leurs situations de pouvoir par des processus non-marchands (barrière à l'entrée, cartellisation, dépréciation publicitaire des concurrents minoritaires...), limite le pouvoir des firmes et l'exploitation économique qu'elles peuvent exercer. Cela possède trois avantages distincts. Cette concurrence activement instaurée limite l'exploitation économique des travailleurs, puisqu'un monopole peut être *price-maker* sur son marché et donc appliquer des taux d'exploitation extrêmement élevés, du fait que les salariés ne peuvent vendre leurs services à un concurrent, permet la production de services et de biens à des coûts plus bas

³⁸⁶ Récupération, car le premier chapitre établit une généalogie du concept à partir du XVIII^e siècle, et que Mises a, le premier, identifié le consommateur comme nouveau point de légitimation de la démocratie de façon explicite.

³⁸⁷ On retrouve la circularité typique des ordolibéraux : le consommateur souverain est à la fois une norme première et un sujet à produire. La production d'un homme économique (qui n'est pas nécessairement l'*homoeconomicus* néoclassique), bien identifiée par Foucault (1979) et Dardot et Laval (2009) doit se comprendre dans cette circularité fondée dans une justification philosophique de la concurrence.

pour les consommateurs, ce qui favorise leur bien particulier et leur permet un plus grand épanouissement personnel et, enfin, produit les conditions de possibilité d'un développement de qualités telles que l'inventivité puisqu'une concurrence bien réglée alloue les positions dominantes en fonction des mérites des entreprises. C'est parce que la concurrence est "l'instrument de dépotentialisation du pouvoir privé dans l'économie le plus performant et ingénieux de l'histoire" sur ces trois niveaux qu'elle peut être valorisée pour incarner le libéralisme (Böhm, 1961, 42). Fèvre (2017a, 285) résume l'argument ordolibéral :

Du point de vue ordolibéral, l'argument fondamental pour soutenir la supériorité de l'ordre concurrentiel sur d'autres types d'organisation est d'ordre social : les individus – en l'absence de pouvoir économique privé – sont à la fois promoteurs et soumis à l'expression de la volonté générale (prix unique) qui dirige le processus de production à la faveur des choix de consommation.

Cela signifie que l'ordre concurrentiel est favorisé en fonction de son caractère socio-politique de maximisation de la liberté individuelle, en ce qu'il ne se trouve pas soumis à une volonté exogène lorsqu'il est contraint par le prix, mais par les préférences des autres individus ainsi que les siennes propres. Le marché possède le rôle politique d'expression de la volonté générale en agrégeant les préférences individuelles en un prix objectif.

L'argument métaphysique

Plusieurs commentateurs de la doctrine ordolibérale, en premier lieu Daniel Niendiedt ou encore Nils Goldschmidt, défendent que l'arrière-plan conceptuel métaphysique de l'ordolibéralisme remonte aux théories du droit naturel, prenant corps dans une métaphysique religieuse d'une société bien ordonnée, comprenant un ordre hiérarchique légitime (Ptak, 2009, 104). Les néolibéraux sont ainsi amenés à mobiliser les théories du droit naturel (Goldschmidt, 2002).

L'auteur qui apparaît comme une référence importante sur ce point, notamment pour comprendre le concept d'ordre, est Thomas d'Aquin (Goldschmidt et Blümle, 2002 ; Kolev, 2020)³⁸⁸. Chez Thomas d'Aquin, le concept d'ordre prend au moins quatre sens différents (de

³⁸⁸ Pour une discussion de la littérature secondaire discutant l'influence de Thomas d'Aquin et de son concept d'ordre sur les ordolibéraux, au profit d'une influence luthérienne qui justifie elle-aussi l'ordonnement (*Ordnung*) voir Krarup (2019).

Silva Tarouca, 1937) à savoir l'ordre comme constat de phénomènes ordonnés, partageant des relations non chaotiques, à savoir (i) des relations de convenance mutuelle, (ii) l'ordre comme réalité transcendante, produit par le métaphysicien en fonction d'un critère rationnel, (iii) l'ordre comme précision morale, distinguant plusieurs modes de l'être et (iv) l'ordre comme principe pratique de l'activité proprement humaine. On retrouve les deux premiers sens de l'ordre chez les ordolibéraux. L'ordre économique est descriptivement un ordre, car il n'est pas chaotique, y compris dans des sociétés où l'économie est administrée, c'est-à-dire qu'il existe des effets réciproques entre les éléments considérés, qui constituent des régularités "naturelles" de l'économie. La politique de l'ordre n'est pas descriptive mais normative, elle correspond au second sens de l'ordre chez Thomas d'Aquin, c'est-à-dire l'ordre comme réalité transcendante, accessible par la rationalité non plus de la théologie mais du théoricien. C'est la connaissance de cette réalité transcendante, rendue possible par l'héritage kantiano-husserlien de Eucken, qui autorise au savant d'ordonner activement la réalité³⁸⁹. Le principe d'ordonnement ordolibéral est la concurrence et celle-ci autorise une modification de l'ordre économique au sens descriptif. Ceci permet d'interpréter les cas empirico-historiques comme *des déviations* vis-à-vis d'une norme concurrentielle a priori, plutôt que comme *des variations* contingentes.

Le principe d'ordonnement métaphysique, qu'est la concurrence, est identifié par Böhm comme étant le "plus haut degré de réalisation éthique de soi-même" (Böhm, 1934, 173). Böhm défend que bien, que les préférences éthiques soient multiples dans nos sociétés, ce que le pluralisme moral d'un Hayek ou d'un Lippmann reconnaît, il doit être possible d'accéder à un principe moral objectif qui "transcende les unités de toutes sortes, qu'elles soient sociales ou culturelles" (*Ibid.*, 124), aboutissant à un accord sur la supériorité de la concurrence comme ordre éthique primordial. L'existence d'une telle norme morale, permettant de fonder la norme fondamentale de la constitution économique, est de première importance car une règle ne peut être dite juste si elle ne respecte pas cette norme extra-juridique qui est le principe normatif de toute législation³⁹⁰. Cette existence est reconnue par Eucken dans sa correspondance avec Böhm, puisqu'il se distingue lui-même de la position positiviste, en souhaitant aller au-delà

³⁸⁹ Pour un développement substantiel sur la notion d'ordre chez Thomas d'Aquin, voir notamment le travail de Teixeira Dos Reis (2015) dans sa thèse sur la justice humaine chez Thomas d'Aquin. La relation notamment de l'ordre comme réalité transcendante et la providence divine y est explicitée, au-delà de ce que nous pouvons mobiliser dans le cadre de notre propre travail (Teixeira Dos Reis, 2015, 13-15).

³⁹⁰ Les ordolibéraux rompent certainement avec le positivisme juridique d'un Kelsen, comme le note Nientiedt (2019). Le droit doit être soumis à un principe extra légal qui relève d'une loi naturelle accessible à la raison. Plus encore, Böhm défend qu'une loi injuste n'est pas vraiment une loi, contrairement au jugement kelsenien que les lois sont uniquement ce qui existe dans un corpus juridique. Une loi produite par le régime nazi est une loi pour Kelsen, et non pour Böhm (voir Kelsen, 1934, 20-22, pour la distinction qu'il propose lui-même entre théorie naturaliste et positiviste).

d'une pure analyse positive du droit : "Notre position est fondamentalement différente de celle des positivistes. Nous avons une idée de la bonne loi, en particulier de la bonne constitution économique" (Lettre de Eucken à Böhm, le 23 octobre 1941)³⁹¹. Dans sa réponse du 29 octobre Böhm donne le critère de l'éthicité (*Sittlichkeit*)³⁹² comme méta-critère pour justifier le principe constitutionnel de base qu'est la promotion de la concurrence, à savoir se demander si les principes de distribution de la production sociale est éthique³⁹³. Pour Böhm, ce méta-critère éthique est dérivé de la morale chrétienne, qui donne des "directions" (Böhm et Wolf, 1934, 730). Cela conduit par exemple négativement à considérer que l'instrumentalisation d'autrui ne peut être acceptée. Or, le marché concurrentiel est spécifiquement caractérisé, pour les ordolibéraux, par le fait que l'ordre concurrentiel est un ordre limitant ces possibilités de domination. Nous avons donc une théorie sur trois niveaux, tels que ceux-ci sont apparus au chap. IV, mais dont le niveau culturel comprend sous-basement religieux et culturel substantiel, visant à réaliser un ordre politique et économique privé de coercition et de domination.

Les positions juridiques des ordolibéraux, et celles Böhm en premier lieu, ne sont cependant pas, comme le remarque Nientiedt (2019, 125) systématiques³⁹⁴. S'il semble bien que l'ordolibéralisme octroie une place importante à une métaphysique religieuse comme justification éthique du principe de concurrence, il est difficile de trouver des développements des ordolibéraux sur ce point, tout comme il est difficile de se représenter les conséquences de ces positions métaphysiques. Cela est propre à la spécificité méthodologique de l'ordolibéralisme, qui passe par un fondement transcendantal du principe concurrentiel. En effet, dégager un a priori comme condition de possibilité a pour conséquence de ne pas interroger systématiquement le statut de ces a priori. Comparativement, la relativité des normes est acceptée par Lippmann : le marché, la concurrence et la *common law* sont les meilleures normes disponibles de notre époque historique donnée. En revanche, le concept d'ordre concurrentiel acquiert toujours une dimension éthique, en ce qu'il permet une allocation des biens tout en maximisant la liberté du fait d'une limitation du pouvoir, permettant le développement de chaque individu dans sa particularité.

³⁹¹ Les citations de ce paragraphe, de Böhm (1934) ou de la correspondance, sont tirées de Nientiedt (2019).

³⁹² Le terme est, comme on le sait en philosophie, celui utilisé par Hegel dans ses *Principes de la philosophie du droit*, néanmoins Böhm semble lui donner une acception particulière. Nous nous permettons néanmoins, pour rendre ce terme en français, d'utiliser la traduction généralement choisie pour *Sittlichkeit*.

³⁹³ Nientiedt (2019), d'où ces citations sont extraites, note par ailleurs que Böhm définit ainsi l'éthicité : "ethicality (understood as the willingness to take on personal responsibility before God)" (Böhm et Wolf, 1943, 729).

³⁹⁴ Particulièrement sur les relations entretenues entre justification du principe de base de la constitution économique et métaphysique religieuse.

La concurrence est donc conçue comme un fonctionnement souhaitable économiquement (permettant une allocation des biens adéquates à la société complexe), politiquement (maximisation de la liberté) et éthiquement (limitation de la domination). Elle est légitimée à la fois par ses conséquences mais aussi par la façon dont elle est perçue, c'est-à-dire comme une réalité transcendante autorisant le savant à l'instaurer activement dans le monde réel. La théorie ordolibérale est fondée sur une transcendance du marché concurrentiel comme forme d'organisation sociale réalisant un idéal éthique.

Conclusion

Les positions de Lippmann et des ordolibéraux sont, à bien des égards, opposées. L'auteur américain défend un évolutionnisme décentralisé, les allemands un constructivisme juridique centralisé par l'État ; le journaliste se réfère au réalisme juridique et les juristes et économistes à une théorie du droit naturel ; Lippmann refuse tout point de vue épistémologiquement synoptique alors que les auteurs du "Manifeste Ordolibéral" revendiquent un point de vue élitiste et technocratique. Ces différences majeures et fondamentales suffiraient à interroger la pertinence de traiter de ces théories dans un même chapitre. Pourtant, si on en reste à ce niveau d'analyse, on perd ce qui fait la richesse de cette confrontation, car ces caractérisations demeurent trop générales pour saisir *le problème que ces théories traitent et les problèmes qui demeurent ouverts par ces réponses*.

Le problème est identique, il s'agit de proposer une théorie du droit qui puisse répondre à la question qui définit, selon moi, la formation du néolibéralisme, à savoir : comment justifier un interventionnisme relatif à la production des règles du jeu, alors que l'interventionnisme a été soumis à une critique épistémologique extrêmement forte au préalable ? Comment planifier libéralement les conditions de fonctionnement du marché et plus encore légitimer conceptuellement cette planification ? Il faut bien reconnaître que ce sont ces questionnements qui gouvernent la production théorique des deux théories dont nous avons traité dans ce chapitre. La théorie lippmannienne de la *common law* cherche à mettre en cohérence la production juridique avec la critique épistémologique ; la théorie ordolibérale à distinguer des ordres distincts, obéissant à des normativités spécifiques, autorisant une critique de l'interventionnisme direct à un niveau et l'interventionnisme juridique à un autre. Chaque position possède les forces symétriques à l'autre. Lippmann propose une théorie cohérente avec

l'épistémologie néolibérale, en appliquant le principe de concurrence à la production des règles juridiques, sans faire intervenir de point de vue surplombant. Mais, de ce fait, il est amené à ne justifier qu'historiquement – comme meilleur mode d'organisation présentement disponible – la reprise normative qu'il fait de principe de concurrence, qui demeure en dernière analyse au cœur de sa position théorique, quitte à tordre les positions du *legal realism* dont il s'inspire. La théorie ordolibérale revendique et légitime son point de vue normatif, mais est conduite à accepter une métaphysique des ordres et un scientisme technocratique qui rompt assez radicalement avec la critique épistémologique néolibérale, en défendant une situation d'exception pour les scientifiques³⁹⁵. Ces différences montrent les difficultés qui subsistent, pour les néolibéraux – au-delà des slogans sur l'interventionnisme juridique et la formulation de règles du jeu – à tenir ensemble et en même temps une épistémologie critique vis-à-vis de la rationalité et une théorie normative de la production des règles à partir d'une norme fondamentale. La critique épistémologique néolibérale vise principalement à refuser l'idée d'une science fournissant des outils d'anticipation suffisant du devenir social – donc des actions de l'État sur ce devenir – pour refuser la planification au sens fort. Lippmann et les ordolibéraux apparaissent comme deux manières de fonder l'interventionnisme sur une idée différente : non fournir des outils d'anticipation positive, mais des outils d'anticipation négative générale (condition de négation des rapports de domination, de la guerre inter-individuelle, de l'absence de coordination objective, etc). Ces deux positions doivent moins être considérées comme des contradictions internes que des tensions fructueuses au sein d'un même espace problématique.

En effet, bien que les positions diffèrent largement, elles se fondent sur une même reconnaissance, qui gouverne distinctement les deux théories du droit, à savoir le principe de concurrence, qui est le critère permettant de juger normativement s'il y a amélioration des règles ou non. Les deux positions partagent, par conséquent, une même idéalisation de la concurrence, comme principe a priori de maximisation des libertés. Le libéralisme devient politiquement, économiquement et éthiquement, une théorie de la promotion de la concurrence. C'est ce résultat commun qui unit les différents courants néolibéraux, et qui structure un champ problématique à partir duquel comprendre les corpus postérieurs des néolibéraux.

³⁹⁵ D'après Wolgemuth (2013) ce problème apparaît évident aux ordolibéraux à partir du retour de Hayek à Fribourg en 1962.

Interlude : Une théorie en construction et ses problèmes

"Les valeurs de la civilisation sont en danger". Voici le cri de ralliement des libéraux en 1947, lors de la première réunion de la Société du Mont-Pèlerin. Cette crise nécessite un rassemblement, autour d'un double diagnostic, l'importance du marché (chap. I) et les faillites du laissez-faire (chap. II). À ce premier stade, néanmoins, les néolibéraux en sont encore au début de leur histoire, et les théories sont incomplètes et balbutiantes, luttant avec des problèmes ardues. En effet, si la crise est civilisationnelle, le libéralisme doit être rebâti comme une théorie qui est bien davantage qu'économique, mais comme la philosophie capable de répondre au défi des problèmes caractéristiques des sociétés contemporaines. Il ne suffit donc pas de clamer la supériorité du marché et du prix concurrentiel sur le socialisme, mais il faut proposer une véritable théorie politique libérale (chap. IV). Le *Statement of Aims* de la Société du Mont-Pèlerin ne s'y trompe pas, et adopte un ton prospectif. On peut lire que les efforts des membres du groupe réuni en 1947 ont produit des "explorations préliminaires", qu'il s'agit de "redéfinir les fonctions de l'État", ou encore d'explorer les "possibilités d'établir un standard minimum de vie". Plus encore, les individus réunis alors ne se réclament pas d'une théorie spécifique développée en commun, le groupe refuse de développer une "orthodoxie", et se réclame d'idéaux et de "larges conceptions" en commun dans l'idée de préserver et d'améliorer les sociétés libérales (voir Annexe 1). Il convient alors de ne pas prêter, dans ces phases d'élaboration, une théorie commune achevée, ni même une identité entre différentes perspectives qu'on classe sous la même catégorie de néolibéralisme (chap. V). Cependant, une unité existe, j'espère l'avoir déjà montré, au *niveau problématique*. Cela permet de se distinguer, comme je l'ai défendu dans l'introduction de cette thèse (section 6), à la fois des perspectives qui présentent le néolibéralisme comme une unité théorique théorique, et comme les théories qui présentent le néolibéralisme comme un champ de dispersion.

Ce qui unit ainsi les néolibéraux consiste davantage en une *identité de problèmes* qu'une théorie achevée acceptée de tous. Même Hayek et Lippmann, qui partagent pourtant des similarités que j'ai mise en avant dans ces premiers chapitres, ne peuvent être décrits comme partageant *une même théorie*. Les contextes diffèrent, bien entendu³⁹⁶, tout comme les

³⁹⁶ Je n'étudie pas en détail ces contextes dans cette thèse. Ce qui m'intéresse avant tout est la composition d'une même problématique. Néanmoins, on trouvera des études précises des différents contextes d'inscriptions dans la littérature secondaire. Voir par exemple Audier (2008, 2012), Burgin (2012), Jackson (2012), Beddeleem (2017),

trajectoires individuelles. Lippmann se concentre davantage sur une théorie juridique de la modification des règles, alors que Hayek s'intéresse principalement au fonctionnement du marché et à la critique de la planification. À titre d'exemple, alors qu'en 1937 Lippmann développe sa théorie de la *common law* comme méthode de contrôle social cohérente avec le libéralisme, Hayek ne se réfère en 1944 qu'à la très traditionnelle *rule of law*³⁹⁷ et au caractère formel des règles de droit. De plus larges différences apparaissent avec les ordolibéraux, qui insistent sur la dimension proprement constructiviste de la constitution économique. Dans ces parties, j'ai très largement réduit le champ des protagonistes mais ce constat de diversité ne ferait que s'alourdir avec une étude des travaux de Bertrand de Jouvenel, de Louis Rougier, de William Rappard, de Karl Popper, de Michael Polanyi, de Frank Knight, de Lionel Robbins ou encore de Fritz Machlup, Henry Hazlitt et Raymond Aron, pour ne nommer qu'une poignée d'intellectuels ayant participé au Colloque Walter Lippmann ou à la Société du Mont-Pèlerin, lors de ces moments de formation. On pourrait ainsi égrener et raffiner ces différences davantage, en pointant la diversité des profils et des trajectoires, entre-les Français, les Allemands, les Américains, les Autrichiens et les Anglais³⁹⁸.

Le problème nodal auquel se confrontent les néolibéraux tient à la possibilité de concilier leur anthropologie et leur épistémologie, qui nourrissent leur critique de la planification socialiste et des concepts traditionnels de la théorie politique, avec leur critique du laissez-faire, qui nécessite une activité étatique. C'est ce que j'ai appelé, à la suite de Thomas Biebricher, la "problématique néolibérale", qui est celle des conditions de possibilité d'une construction d'une troisième voie, qui fait tenir ensemble la défense du "premier principe" qu'est le marché, qui, par la concurrence, produit des prix permettant la coordination sociale, et une activité étatique devant instituer les conditions de possibilité du marché, pour s'assurer que le marché fonctionne de manière bénéfique. Le néolibéralisme, dans ce cadre, est une théorie politique fondée sur les bienfaits de la concurrence, dans laquelle le marché doit être soutenu par des institutions capitalistes qui visent à garantir l'effectivité du marché, notamment en limitant la démocratie, ou plutôt en soumettant la démocratie à une procédure empêchant la

ou encore Innset (2020) et Brookes (2021) pour des approches plus soucieuses du contexte historique de l'une ou l'autre branche du néolibéralisme.

³⁹⁷ J'indique très traditionnelle, car la référence de Hayek est Albert Venn Dicey, auquel il se réfère dans *La Route de la servitude*, qui développe une théorie systématique de la *rule of law* à la fin du XIX^{ème} siècle.

³⁹⁸ Différences traitées par exemple par Audier (2012, 2013), et profils individuels, notamment des Français au Colloque Lippmann, travaillés par Schulz-Forberg (2020).

souveraineté populaire de déborder sur l'ordre économique³⁹⁹. Face au constat que le laissez-faire est une fiction, et qu'il est impossible de ne pas intervenir ou de planifier, la question qui s'est posée est alors celle des conditions de légitimité de l'intervention étatique. La réponse standard des néolibéraux, scandée lors du Colloque Lippmann et lors de la première réunion de la Société du Mont-Pèlerin, est le maintien du mécanisme des prix et l'instauration de la concurrence, qui permet de distinguer les *interventions conformes* des *interventions non conformes*. Cette distinction séminale est cependant insatisfaisante sur bien des points, car le problème général auquel est confronté la théorie politique néolibérale se décline à chaque nouvelle étape du raisonnement – c'est d'ailleurs précisément cet état de fait qui en fait un problème fécond pour les néolibéraux. Bien souvent, ce problème néolibéral d'une troisième voie est identifié, sans être totalement déplié. Pour préciser, il faut voir qu'à ce stade les positions néolibérales se heurtent à trois difficultés : (i) une *difficulté épistémique* relative à la détermination de la connaissance des règles permettant la mise en place d'une forme spécifique de concurrence et de marché, c'est la question de la position dont les néolibéraux peuvent se prémunir pour énoncer des règles justifiées du fait de leur propre anthropologie et critique épistémologie de la planification; (ii) une *difficulté juridique*, relative à la façon dont se transforme le droit et les règles dans une société libérale pour pouvoir s'adapter au dynamisme d'une société plurielle qui ne cesse de produire des conflits et (iii) une *difficulté normative* puisque si la concurrence et le marché sont érigées en principes non seulement économiques, mais aussi en principes moraux et politiques, il s'agit non pas de les défendre en exprimant qu'ils permettent une meilleure coordination, mais de défendre les prétentions de ces normes à devenir les principes de l'organisation sociale.

Les premiers néolibéraux *sont conscients* de ces problèmes et tentent d'y apporter des réponses, en développant aussi bien une théorie des formes des règles qui évitent l'imposition d'un point de vue particulier, ou une théorie de l'évolution juridique, que des théories normatives mettant en avant les aspects bénéfiques de la concurrence pour distribuer le pouvoir et maximiser la liberté. Au premier stade de formation des théories néolibérales, les difficultés rencontrées relèvent de la forme que prend la problématisation néolibérale. Cette problématique entraîne une série de tensions théoriques qu'il nous fait déplier plus précisément.

³⁹⁹ Cette définition du néolibéralisme est désormais relativement consensuelle puisqu'elle est celle exprimée par Vallier (2021) dans la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, l'auteur étant par ailleurs plutôt sympathique envers ce qu'il appelle néolibéralisme.

La forme indéterminée du marché et de la concurrence

Le marché et la concurrence n'existent pas sans un régime de droits de propriété, des institutions comme la monnaie, un droit des contrats, un droit administratif, un droit de la concurrence etc. Toutes ces formes institutionnelles peuvent prendre des formes diverses. Si on en reste à la question des droits de propriété deux problèmes apparaissent immédiatement : (i) le problème de l'extension et (ii) le problème du type de régime de droit. Pour le cas de l'extension, il est évident que si on accorde des droits de propriété aux animaux, la conséquence est une transformation radicale du marché de l'alimentation, puisque les boucheries deviendront non pas des lieux de commerces normaux mais probablement des établissements clandestins sanctionnés par le pouvoir politique. Si on accorde, comme cela a pu être discuté récemment, des droits aux forêts, on peut de même s'attendre à une transformation radicale des marchés du transport aérien, ou des énergies fossiles. Jusqu'où doit aller l'extension des droits, qui a été un des éléments moteurs du progressisme libéral, militant pour l'égalité juridique de tous et toutes ? Pour ce qui est du problème du régime de propriété la difficulté est la même. On peut octroyer des droits fondamentaux intangibles (propriété sur soi par exemple) ou des droits conditionnels (la propriété sur les fruits de son travail par exemple). Qu'est-ce qui vient justifier d'adopter un régime de droit ou un autre ?

Une des réponses évidentes que nous avons pu rencontrer est que les règles qui instituent le marché et promeuvent la concurrence doivent obéir à une norme de concurrence et de marché. Cela peut avoir un sens lorsqu'on parle des conditions formelles pour l'existence de marchés concurrentiels : pour qu'il y ait un marché il faut un régime de droits de propriété. Mais cela ne répond pas à la question de savoir lequel. Pour discriminer il faut faire appel à davantage, à savoir *un modèle du marché qu'il s'agit de réaliser*⁴⁰⁰. Or, sur ces points non seulement ces modèles sont divers, mais de plus *ce qu'il s'agit de réaliser* dans le marché est parfois ambigu. La question de savoir depuis quel point de vue les règles sont édictées demeure problématique. Cela se comprend, à mon avis, à partir du fait que le champ d'adversité des théoriciens libéraux de l'époque n'est pas une pluralité d'autres positions libérales à partir desquelles il faut se démarquer, ce qui apparaîtra par la suite avec, par exemple, la position de John Rawls, mais l'existence de régimes autoritaires aussi bien fascistes que communistes. L'urgence est de lutter contre la montée des totalitarismes internationalement et la tentation

⁴⁰⁰ Cela est bien évidemment une réponse possible. Une autre solution, également adoptée par les néolibéraux, voir par exemple Hayek (1939) est le fédéralisme, qui introduit une concurrence entre les conceptions juridiques des différents pays. Il s'agit de subordonner la norme de production juridique à la concurrence effective.

planificatrice au point de vue local. Cela explique que Lippmann puisse se référer favorablement à la fois aux Autrichiens *et* à Keynes en 1937.

Toute une série de problèmes importants restent ouverts de ce fait : Comment exactement peut-on connaître les règles qui produisent les meilleurs résultats et permettent *d'améliorer* les marchés, et depuis quel point de vue ? Comment déterminer quelle forme historique de concurrence est meilleure qu'une autre ? Quel modèle de marché accepter comme principe normatif premier ? S'il est impossible d'arriver à un point de vue surplombant capable d'imposer un point de vue social, comment arriver à déterminer ce que doivent être les règles du jeu, alors même que ces règles peuvent produire des effets bien différents ? Quel est le point de vue légitime autorisant l'édiction de ces règles ?

Une théorie du droit incomplète

Ces problèmes s'articulent avec une indétermination au sein de la théorie du droit. Si l'interventionnisme libéral est avant tout un interventionnisme légal, il faut une théorie du droit conséquente. La première distinction d'importance est celle entre règles et processus, qui répond au problème de l'impossibilité du contrôle direct des activités individuelles par des commandements, dans le but de créer un ordre des interactions qui conserve une spontanéité et donc la liberté des individus en empêchant la coercition. Au-delà de la question épistémique du point de vue depuis lequel l'édiction est possible, se pose le problème de savoir la méthode d'après laquelle les néolibéraux autorisent la transformation des règles. Hayek développe une théorie de la *rule of law* qui consiste dans une détermination de la forme des règles, devant être impersonnelles, générales et abstraites, laissant le législateur dans l'impossibilité de connaître les résultats spécifiques des règles. Mais comment savoir si ces règles permettent effectivement une amélioration des institutions d'une société libre si, précisément, il est impossible d'en déterminer les effets ? L'autre solution a consisté à se fonder sur les traditions, comme réservoir épistémique et stock de sagesse historique sédimenté dans les pratiques humaines. Cela dit cette position pose trois problèmes. (i) Dans une situation de crise civilisationnelle le recours aux traditions passées est certainement insuffisant, (ii) il n'est de plus pas nécessaire que ces traditions soient libérales, si bien que le conservatisme peut jouer contre le libéralisme, (iii) on ne peut pas reconduire au niveau du droit le laissez-faire qu'on refuse au niveau économique, puisque cela relève de la même métaphysique naturaliste d'un méliorisme de l'évolution spontanée des règles de droit. À vouloir chercher une assise traditionnelle les libéraux risquent

ainsi de devenir conservateur et de ne plus chercher l'émancipation des individus, mais la défense des hiérarchies sociales⁴⁰¹. Lippmann et les ordolibéraux sont allés les plus loin dans l'exploration de la théorie du droit. Chez Lippmann la théorie de la *common law*, si on doit en respecter l'esprit pragmatiste, ne peut néanmoins venir systématiquement renforcer la concurrence comme principe organisateur de la société libérale. La symbiose entre marché, *common law* et la démocratie que suppose Lippmann est avant tout fondé sur un espoir dans la connexion organique entre ces principes que dans un argument décisif. Les ordolibéraux proposent une théorie du droit comme politique d'ordonnement qui obéit à des principes libéraux, étant donné que la concurrence joue un rôle à la fois politique, moral et économique. Néanmoins, cet interventionnisme juridique est adossé à une véritable métaphysique de l'ordre qui est coûteuse d'un point de vue libéral, puisqu'elle suppose un point de vue privilégié pour les savants eux-mêmes, capable d'isoler les formes institutionnelles idéales qui caractérisent les sociétés humaines.

Il n'est pas certain que ce problème puisse trouver une résolution systématique, et par ailleurs on retrouve ce type de difficultés dans toutes les théories voulant affronter les questions relatives à l'organisation d'un ordre socio-économique. Ce qui nous intéresse dans cette nouvelle partie est la façon dont ce problème a été identifié par les néolibéraux de la deuxième moitié du siècle, et la productivité de ce problème pour la pensée néolibérale.

Un libéralisme qui doit être davantage qu'une théorie de la coordination : l'idéal civilisationnel du libéralisme

Les ordolibéraux ont cependant souligné un fait important, à savoir que le libéralisme n'est pas qu'une théorie du marché, ce sur quoi j'ai insisté à de nombreuses reprises en soulignant la dimension sociale, voire sociologique, des théories néolibérales. La crise rencontrée est civilisationnelle, et elle nécessite une théorie de grande ampleur qui ne soit pas uniquement une critique d'un certain type d'organisation sociale mais propose également une théorie positive du libéralisme comme ordre social désirable. J'entends par là que le libéralisme doit se fonder sur une justification politique et morale. Je n'adjoins pas un réquisit extrinsèque en introduisant un justificationnisme de mauvais aloi, mais rend compte des positions néolibérales elles-mêmes, qui tendent à justifier le marché sur d'autres positions que la simple critique du

⁴⁰¹ Solchany (2015) pointe par exemple cette tendance chez Röpke.

contre-modèle de la planification socialiste. Il faut montrer davantage que la concurrence est un moyen de coordination sociale efficace. Il faut montrer qu'il s'agit d'un idéal normatif désirable, et qu'il s'agit du socle des civilisations occidentales.

Lippmann, Hayek et tous les autres, sont bien évidemment conscients de cela, et c'est pourquoi la concurrence et le marché sont défendus comme des processus civilisationnels et des vecteurs de modernité⁴⁰². Néanmoins, les défenses du libéralisme demeurent, au niveau de la justification philosophique, insatisfaisantes, comme nous l'avons vu avec Lippmann et sa défense de la maximisation de la liberté. Lorsque ce problème est pris à bras le corps, par exemple par les ordolibéraux, il entre par ailleurs en contradiction avec le scepticisme épistémologique par ailleurs soutenu par les néolibéraux, et nécessite d'introduire une théorie de la variabilité de la normativité en fonction des ordres considérés. À l'opposé, ce qui est relevé par Martin Beddeleem (2020b), la tension entre la critique d'une connaissance objective et l'engagement dans un militantisme partisan, est résorbée avec l'appel à une foi libérale résistant à un fondationalisme par ailleurs considéré comme relevant du constructivisme rationaliste. Mais on n'échappe pas si aisément à toute forme de constructivisme. Le refus de la possibilité d'une reconstruction de la société *ex nihilo* ne justifie pas qu'on ne doive pas justifier l'ordre libéral comme étant désirable, surtout lorsque cet ordre lui-même nécessite des changements parfois drastiques pour être mis en place.

À chaque moment de l'élaboration théorique se pose donc la redoutée question des règles : qu'est-ce qui autorise à les édicter, à les modifier, sont-elles justifiées, depuis quel point de vue ? La particularité de la position néolibérale, y compris au sein du libéralisme, est de penser cette question comme étant intrinsèquement reliée avec la question de la concurrence et du marché, en ce que le marché et la concurrence sont à la fois ce qu'il s'agit d'instituer et ce qui fonctionne comme critère normatif supposément acceptable, du fait que le marché est une institution qui objective socialement les différents points de vue sociaux sans en imposer un en particulier.

Les évolutions du néolibéralisme

Cette thèse ne constitue pas une histoire intellectuelle du néolibéralisme. Néanmoins, il convient de dire quelques mots relatifs à l'évolution de la Société du Mont-Pèlerin dans cet

⁴⁰² Dekker (2016) et Innset (2017, 2020), défendent particulièrement cette thèse.

interlude. Si les moments de formation de la "pensée collective" néolibérale sont marqués par une forte présence de penseurs polymathes, pensant le libéralisme comme une philosophie sociale et civilisationnelle aussi bien qu'économique, ce moment de problématisation commune laisse place à une *radicalisation* des positions, aussi bien pour des raisons *sociologiques* que *théoriques* (Christoph, 2012).

Au cours des années 1950 et 1960, plusieurs membres, tels Frank Knight, Raymond Aron, Bertrand de Jouvenel, Michael Polanyi ou encore Walter Lippmann, cessent de se présenter aux réunions, ou cessent d'être membres. La Société devient dominée par les Américains, et plus particulièrement les économistes, un tournant qui a été relevé par Caré (2016) et étudié par Audier (2012). L'Université de Chicago prend une place primordiale au sein du mouvement, représentée par des figures comme Milton Friedman, George Stigler, et par la suite Robert Lucas, Gary Becker ou encore Richard Posner. C'est généralement ce tournant et cette radicalisation qui est associée au néolibéralisme, par Klein (2007) ou Stedman-Jones (2012)⁴⁰³. L'ouverture réformiste du Colloque Lippmann, illustrée par la présence de figures comme Auguste Detoef ou Louis Marlio, a laissé la place à la défense plus explicite du marché contre l'État-Providence, et la domination sociologique de la Société par les économistes. Même Hayek, en répondant à Michael Polanyi qui demande son retrait de la Société, se plaint de la direction méthodologique prise au sein de celle-ci, s'écartant des "préoccupations philosophiques plus générales" (cité dans Beddeleem, 2020b)⁴⁰⁴.

Le néolibéralisme se caractérise, dans ce contexte de radicalisation, par une *hybridation* entre la volonté de réforme du libéralisme adaptée aux conditions et mutations contemporaines et une certaine science économique, à savoir l'économie pratiquée à Chicago. Les économistes de Chicago mettent ainsi avant tout l'accent sur la théorie des prix, vulgarisée par Stigler en 1966, alors que le paradigme dominant lors des années 1950 et 1960 demeure, partout ailleurs, celui de l'équilibre général, au sein de la synthèse néo-keynésienne, défendant plutôt une extension des dépenses publiques et le contrôle du chômage par l'inflation. Certains outils économiques deviennent les instruments de réponse au problème néolibéral, notamment pour répondre à la question des externalités et des faillites de marché. Théoriquement, une des tendances de réponse au problème néolibéral passe par une défense des nouveaux concepts

⁴⁰³ Cette évolution va de pair avec l'évolution du financement de la Société du Mont-Pèlerin, par des *think tanks* tels que le *Volker Fund* et la *Foundation for Economic Education*. Pour l'histoire de ces *think tanks* libéraux, voir Cockett (1995).

⁴⁰⁴ Audier (2012) propose par ailleurs une description des tensions au sein de la Société, notamment entre les Européens et les Américains, ce qui est explicité par "l'affaire Hunold".

issus de la science économique de manière à informer les politiques publiques. Cela témoigne ainsi d'une confiance renouvelée dans la capacité de l'économie, ou du moins d'une certaine économie, à décrire de façon adéquate la réalité⁴⁰⁵.

Les évolutions sociologiques et disciplinaires sont explicables d'un point de vue théorique. Les problèmes auxquels sont confrontés les néolibéraux nécessitent une spécification. Du point de vue épistémique, il faut déterminer le point de vue depuis lequel l'édition des règles est possible. Ce point de vue est obtenu à partir d'une précision du modèle du marché que les néolibéraux ont à l'esprit, ainsi que d'une théorie de la décision permettant de justifier les bonnes règles à partir des préférences des individus. D'un point de vue juridique, il faut déterminer le critère d'évolution des règles de droit, ainsi que leur production, ce qui nécessite d'avoir un critère d'efficience, ce que permet précisément la discipline économique. Enfin les défenses philosophiques du libéralisme comme défense de la liberté, ne sont possible qu'en précisant les concepts à l'œuvre et ce que permet le marché. Or, une telle quantification n'est à son tour possible qu'à partir de la mise en place d'instruments théoriques. En somme, l'indétermination même des problèmes néolibéraux appellent la radicalisation opérée par les figures historiques du néolibéralisme. Contrairement à ce qui a été souvent soutenu, les néolibéraux n'abandonnent jamais le discours philosophique et normatif. L'évolution du néolibéralisme *n'est pas l'histoire d'un abandon des préoccupations philosophiques pour un retour à un économisme proche du laissez-faire*. Qu'il s'agisse de James Buchanan, de Friedrich Hayek ou de Richard Posner, les trois figures qui peuplent la deuxième partie de cette thèse, aucun n'abandonne, malgré leurs différences évidentes, la justification normative du libéralisme et de la société de marché. En un sens, la radicalisation observée chez les néolibéraux peut aussi être comprise comme un *approfondissement* des problématiques néolibérales, au sens où le retour aux racines du problème fournit autant de résolutions de ceux-ci.

⁴⁰⁵ Beddeleem (2017) décrit ce tournant comme le passage d'une épistémologie sceptique à une épistémologie instrumentaliste, ce dont l'essai de Friedman (1953) est caractéristique.

Partie II. Trois reformulations du problème : Hayek, Buchanan, Posner.

Les principaux développements théoriques au sein du néolibéralisme, notamment mais pas uniquement chez les membres de la Société du Mont-Pèlerin⁴⁰⁶, ne sont pas venus de sa figure publique la plus reconnue, à savoir Milton Friedman, doté de remarquables talents d'orateur, mais plutôt de théoriciens, au premier rang desquels James M. Buchanan économiste et philosophe⁴⁰⁷, Friedrich Hayek à nouveau, qui a développé sa théorie libérale sur le temps long au cours de ses postes différents, à Chicago à partir de 1950, puis à Fribourg à partir de 1962, et Richard Posner, juriste et philosophe de Chicago.

Ces penseurs sont bien sûr différents, malgré leur appartenance commune à la Société du Mont-Pèlerin et leurs références récurrentes au libéralisme. On peut les distinguer en identifiant trois types de réponse au problème néolibéral. Chez Hayek, le recours à l'évolutionnisme constitue une défense du libéralisme qui tente d'être absolument cohérente avec le scepticisme du premier néolibéralisme. Chez Buchanan, le recours à la théorie du choix rationnel permet de produire, par l'artifice contractualiste, le point de vue de production et de modification des règles qui puisse être légitime sans faire appel à un point de vue extérieur à celui des individus des sociétés libérales eux-mêmes. Enfin, Posner propose une théorie du droit fondée sur le modèle du marché, allant jusqu'à faire de l'efficacité du marché idéal le critère normatif permettant de justifier les modifications réelles du droit en vue de produire les meilleurs résultats possibles.

Hayek et le recours à l'évolutionnisme : la constitution de la spontanéité libérale

Hayek développe ses positions en marge de la discipline économique. À Chicago, il est recruté dans un département de sciences sociales, et à Fribourg ses recherches se situent dans le cadre de la philosophie politique et de la théorie du droit. Si le marché demeure central dans sa pensée, comme l'institution libérale de production de la liberté par diminution de la coercition

⁴⁰⁶ Si le Mont-Pèlerin peut être un critère pertinent quoiqu'approximatif de sa création jusque dans les années 1990 (Mirowski et Plewhe, 2009), il faut, pour la suite, élargir ce critère à la multitude de *think tanks* et institutions qui incarnent le néolibéralisme contemporain (Mirowski, 2020).

⁴⁰⁷ Pour des développements plus spécifiques sur Friedman et à ses positions idéologiques libérales, voir Burgin (2012), Stedman-Jones (2012) et Wiedemann (2021).

ainsi que de création et d'expérimentation sociale, la pensée de Hayek s'intéresse particulièrement aux conditions de production de la société libérale de marché. En réponse au problème néolibéral, Hayek se plonge dans les questions relatives à l'émergence des règles et à leur évolution en soulignant la dimension décentralisée de ce processus. Pour cela, il fait appel à l'évolutionnisme darwinien et à la théorie de la complexité. Il tente de défendre le libéralisme sur de nouvelles bases épistémologiques, tout en demeurant en accord avec les constats du premier néolibéralisme.

Le cœur de cette évolution au sein de sa théorie relève de la conscience du problème néolibéral, à savoir la difficulté de penser une planification libérale en accord avec sa propre critique du constructivisme rationaliste. Ce problème constitue une clef de compréhension pour le développement de la pensée hayékienne en général, qui s'oriente explicitement vers des épistémologies à même de tenir, ensemble et en même temps, une critique de la centralisation et du contrôle avec la possibilité de constituer un cadre général libéral. C'est ainsi que j'interprète le recours de Hayek à l'épistémologie des systèmes complexes, ou l'usage particulier qu'il fait de l'évolutionnisme darwinien appliqué aux règles sociales et culturelles.

En suivant cette piste, développée dans le chapitre VI, Hayek n'est pas amené à défendre un libéralisme évolutionniste conservateur, comme beaucoup de critiques et de commentateurs, parfois sympathiques au libéralisme, le relèvent. Au contraire, Hayek défend la possibilité de constituer un espace de spontanéité sociale autonome, dont les bienfaits peuvent s'exprimer lorsque l'interventionnisme vise à maximiser la production d'anticipations correctes des individus.

Buchanan et la détermination contractarienne des règles du jeu

Contrairement à Hayek, Buchanan n'a pas participé à la constitution historique du néolibéralisme. L'économiste virginien était, en effet, trop jeune à la fin des années 1930. En revanche, il est un participant incontournable du mouvement à partir des années 1960, du fait de ses ambitions systématiques, ne s'arrêtant pas à l'analyse économique, mais produisant une véritable théorie philosophique contractualiste pour justifier le libéralisme. Il convient de présenter rapidement cet auteur influent, sur lequel les travaux se multiplient ces dernières années⁴⁰⁸. Buchanan a obtenu un prix Nobel en 1986 pour ses travaux qui ont participé à la

⁴⁰⁸ À la suite de MacLean (2017), on peut citer par exemple Wagner (2017), Wagner (2018), Boettke et Marciano (2020).

formation du *Public Choice*, ainsi que pour ses travaux en économie politique constitutionnelle. L'économie politique constitutionnelle s'intéresse directement à la question des règles politiques et de leur légitimation théorique à partir d'une critique du régime normatif démocratique. Le travail de Buchanan a participé à la fois à l'économicisation du politique, s'inscrivant en cela dans un moment d'impérialisme de la discipline économique (Fleury, 2009), mais, aussi et surtout, à la problématique néolibérale de la fondation des règles politiques et juridiques constitutionnelles⁴⁰⁹. Les liens de Buchanan avec les autres auteurs néolibéraux ne sont plus à démontrer. Président de la Société du Mont-Pèlerin de 1984 à 1986 Buchanan est au cœur de la nébuleuse néolibérale⁴¹⁰. C'est d'ailleurs par un autre économiste important, également membre de la Société du Mont-Pèlerin, qu'il a été "converti" à l'économie de marché, à savoir Frank Knight⁴¹¹, professeur à Chicago, donnant un cours sur la théorie des prix. Par la suite, l'auteur virginien, converti à l'analyse économique, s'est également ouvert à d'autres perspectives. Il a été proche de Hayek (Buchanan, 1992) et de la compréhension du processus marchand comme ordre spontané permettant la création de nouvelles informations, dont il a proposé une interprétation (Buchanan et Vanberg, 1991). À bien des égards, il a été ce que Steven Teles dans son livre *The Rise of the Conservative Legal Movement* (2007) appelle un "entrepreneur intellectuel". Buchanan a été au cœur de l'essor de l'Université George Mason en Virginie, comme organe institutionnel de propagation de sa pensée, dénotée sous l'appellation de *Public Choice*. Nancy MacLean (2017) décrit ainsi la construction d'une École à George Mason, qui deviendra un des centres de la pensée néolibérale⁴¹². Malgré cela, et son importance dans la transformation de la démocratie aux États-Unis (Amadae, 2003), il demeure en France

⁴⁰⁹ Buchanan a eu de nombreux co-auteurs, au premier rang desquels : Gordon Tullock, Robert Tollison, Richard Wagner, Geoffrey Brennan ou encore Roger Congleton, pour n'en citer que quelques-uns. Dans le cadre de cette partie je vais utiliser le nom de Buchanan plutôt que de citer systématiquement les co-auteurs qui ont pris part au développement de sa pensée, comme étant l'auteur invariant des théories que je développe.

⁴¹⁰ Sur les liens de Buchanan avec les autres auteurs (notamment Hayek, Friedman) on pourra se référer à Wagner (2017), Boettke (2018) ou encore Kolev (2018). Contrairement à Hayek et Friedman, néanmoins, Buchanan a avant tout orienté son action dans le champ théorique et non pratique. Comme eux, il a un épisode controversé au Chili sous Pinochet (Farrant, 2019 ; Munger 2018). Kolev (2018) a montré par ailleurs les liens existants entre Buchanan et l'ordolibéralisme. Buchanan a d'ailleurs été président du Walter Eucken Institute.

⁴¹¹ Buchanan (1999, 15): "But within six weeks after enrollment in Frank Knight's course in price theory, I had been converted into a zealous advocate of the market order." Pour l'influence de Knight sur Buchanan, malgré leurs nombreux désaccords, voir Emmett (2018). L'autre influence formatrice de Buchanan a été, selon lui-même, Wicksell. Sur Wicksell, voir le travail de Léon Guillot (2019).

⁴¹² Néanmoins, l'ouvrage de MacLean est controversé, pour des raisons à la fois méthodologiques et idéologiques. On peut par exemple se référer, pour se limiter à deux des nombreuses réactions qu'ont suscité ce livre, à l'article de Henry Farrell et Steven Teles, "Even the intellectual left is drawn to conspiracy theories about the right. Resist them", Vox, 9 Octobre 2017 ou encore Fleury et Marciano (2018). Ces deux réactions sont critiques vis-à-vis de la thèse et de la méthodologie du livre.

relativement peu étudié, dans une littérature qui se concentre avant tout sur la "contre révolution néolibérale" des années 1970 ou sur les origines intellectuelles du néolibéralisme⁴¹³.

Buchanan est un auteur central de la radicalisation du néolibéralisme. L'auteur virginien ne cherche pas à convaincre par des valeurs, par une philosophie générale qui conseillerait le prince perçu comme un despote bienveillant, mais au contraire comme un technicien, qui présente un savoir positif à une communauté dominée par un relativisme axiologique (Buchanan, 1987, 303). Buchanan illustre comment une pensée qu'il défend comme étant axiologiquement neutre arrive à défendre une théorie spécifique sur les normes fondamentales de nos sociétés, c'est-à-dire comment une approche défendue comme essentiellement méthodologique produit des conséquences normatives libérales (Prévoist, 1990, 318-319). En cela, ma lecture de Buchanan propose de lire son œuvre comme une réponse au problème néolibéral que nous avons identifié au chapitre IV : comment établir les règles d'une société libérale sans pour autant partir d'un point de vue épistémiquement synoptique lui-même problématique ? Comment faire émerger un point de vue apte à déterminer ce que doivent être les règles et juger de leur amélioration, lorsqu'on abandonne l'idée d'un contrôle de la société par le haut ?

La question des règles est au cœur de la pensée de Buchanan. Buchanan propose une résolution de la tension conceptuelle entre point de vue normatif pour établir des règles constitutionnelles et l'impossibilité, dans l'ordre marchand, d'introduire un point de vue surplombant, à l'aide de deux outils qui n'étaient que peu ou pas présents chez les premiers néolibéraux : les outils de l'analyse économique d'une part, la théorie contractualiste, de l'autre. Les outils de l'analyse économique servent à Buchanan à attaquer les théories concurrentes quant à la question de la légitimité des règles. L'ennemi théorique de Buchanan, qui nous intéresse dans ce travail, est une certaine conception de la démocratie comme institution politique décisionnaire, qui tend à promouvoir de mauvaises règles de coordination⁴¹⁴. Cette conception de la démocratie, caractérisée par le système au vote majoritaire souvent associée

⁴¹³ Deux des ouvrages de référence sur le néolibéralisme en français, Dardot et Laval (2009) et Audier (2012), ne mentionnent qu'en passant cet auteur. On peut noter une exception : la thèse de Christoph (2012), dont les derniers moments sont en partie consacrés à Buchanan. On trouve également le rôle de Buchanan mentionné chez Solchany (2016). Par distinction, Buchanan est davantage présent dans la littérature anglo-saxonne sur le sujet, voir notamment Amadae (2003, 2015), MacLean (2017) ou encore Biebricher (2018).

⁴¹⁴ Cela est bien sûr à lier avec les autres conceptions théoriques auxquelles s'oppose Buchanan, à commencer par l'économie du bien-être qui introduit ce point de vue surplombant sur la société, en prétendant légitimer certaines mesures ou interventions, sur la base d'une analyse qui constitue une fonction de bien-être pour une société dans son ensemble.

à l'idée de souveraineté populaire, est déjà critiquée par les premiers néolibéraux⁴¹⁵. Néanmoins, l'analyse économique du politique franchit un pas supplémentaire et montre que le processus démocratique, caractérisé par le vote majoritaire, produit les pires résultats possibles pour la collectivité. Contre cette tendance autodestructrice de la politique, il faut trouver des règles limitant le processus démocratique lui-même. C'est sur ce deuxième nœud problématique, celui de la fondation normative de règles s'appliquant au politique, que le contractualisme est retravaillé par Buchanan. L'économie politique constitutionnelle vise, dans sa dimension normative, à justifier des règles générales de limitation du processus démocratique, qui rentre en contradiction avec le processus économique. Pour que l'économie constitue bien un processus de découverte d'information et de coordination sociale, il faut que la sphère économique soit protégée contre les interventions politiques coûteuses et néfastes. La pensée de Buchanan se trouve dans la continuité du premier néolibéralisme, en ce qu'il cherche à tenir ensemble et en même temps une théorie de l'efficacité marchande⁴¹⁶ par l'échange et une théorie de la production de règles constitutives du marché. La particularité de sa pensée est d'utiliser les outils économiques pour justifier un point de vue contractualiste, à même de résoudre les ambiguïtés du premier néolibéralisme quant à la norme venant fonder les règles constitutionnelles. Chez Buchanan, cette norme est assumée comme étant la rationalité des individus, qui doivent consentir à des règles limitant le processus démocratique pour conserver les vertus de l'ordre économique. C'est dans ce cadre que la théorie de Buchanan est amenée à rencontrer celle de Rawls qui demeure, jusque dans les années 2000 un interlocuteur privilégié de Buchanan pour développer sa propre approche.

L'ambition de Buchanan est de produire une synthèse théorique entre différents courants théoriques distincts. L'ambition de concilier la perspective de la théorie des droits de propriété, de *Law and Economics*, du *Public Choice* ou encore du subjectivisme autrichien, tel qu'il est par exemple défendu par Hayek et Mises, est exprimée explicitement :

⁴¹⁵ Sur ce point, voir par exemple Colin-Jaeger et Verlengia (2020).

⁴¹⁶ J'utilise le concept d'efficacité ici dans le sens d'efficacité relative vis-à-vis de modèles concurrents, et non au sens d'efficacité comme optimalité, qu'on peut retrouver dans l'économie néoclassique. Je n'explorerai pas en détail dans cette partie la vision de l'économie proposée par Buchanan. Marciano (2009) a ainsi montré que Buchanan ne défend pas une conception de la maximisation menant à l'efficacité, à l'instar de l'économie néoclassique, Wagner (2018) étudie le fait que le modèle de la maximisation est néanmoins également présent dans le travail de Buchanan, ce qui mène à des tensions au sein de son œuvre.

Les diverses approches des courants qui se croisent doivent être les bases pour une conciliation, et non du conflit. Nous devons marier les approches du droit de propriété, du droit et de l'économie, du choix public, et du subjectivisme autrichien (...).

(Buchanan 1979, 7)⁴¹⁷.

Dans les chapitres VII et VIII de cette partie, j'étudie la réponse originale de Buchanan à la problématique néolibérale, en travaillant d'abord sur sa méthodologie, constituée par une application du paradigme de l'échange (chap. VII), puis en confrontant ses positions avec un autre libéralisme contemporain auquel il se réfère, à savoir celui de Rawls (chap. VIII). Buchanan arrive à défendre un pluralisme allant de pair avec une neutralité axiologique professée et un positionnement normatif quant à l'énonciation des règles normatives les plus fondamentales. Il faut donc insister sur la continuité persistante entre son analyse positive des problèmes de la démocratie et sa théorie normative dans le champ de l'économie politique constitutionnelle.

Posner et le marché comme modèle pour le droit

Tout comme Buchanan, Posner n'a pas été un artisan du premier néolibéralisme. Contrairement à Buchanan il n'est néanmoins que rarement mentionné comme une figure de proue du néolibéralisme⁴¹⁸, bien qu'il soit également membre de la Société du Mont-Pèlerin et se réclame très régulièrement du libéralisme dans ses écrits. Le fonctionnement bénéfique du marché n'est possible que grâce à un certain nombre de règles, permettant par exemple la stabilité des anticipations individuelles, et encadrant les transactions entre individus. La troisième option importante pour les néolibéraux, caractéristique d'une version plus economiciste de la détermination des règles du jeu, est illustrée par Richard Posner. La particularité de Posner est d'avoir une triple expertise. Formé en droit à Yale et à Harvard, où il a dirigé la *Harvard Law Review*, il suit également les cours de Stigler à Chicago, dans lesquels il s'imprègne de la théorie des prix au sein du département d'économie. En plus de cette double formation en droit et en économie, il est également praticien, puisqu'il devient juge de la cour d'appel au septième

⁴¹⁷ L'original dit : "The diverse approaches of the intersecting 'schools' must be the bases for conciliation, not conflict. We must marry the property-rights, law-and-economics, public-choice, Austrian subjectivist approaches" (Ma traduction).

⁴¹⁸ Vallier (2021) considère ainsi Hayek, Buchanan et Friedman comme les trois penseurs centraux du néolibéralisme d'un point de vue théorique, mais ne mentionne à aucun moment Posner. Bien évidemment mon constat laisse de côté des exceptions, au premier rang desquelles Amadae (2015) et Birch (2017).

circuit en 1981, en étant nommé par Ronald Reagan. Il en est d'ailleurs président de 1993 à 2000. L'originalité de Posner est d'avoir croisé ces formations et pratiques et, à partir de la fin des années 1970, d'avoir formulé une théorie normative de la transformation du droit, après avoir donné naissance au mouvement *Law and Economics*.

Le mouvement *Law and Economics* naît à Chicago dans les années 1950, sous l'impulsion d'Aaron Director, Simons et Hayek⁴¹⁹. Le nom même témoigne d'une interaction, *Law and Economics* c'est à la fois prendre en considération l'importance du droit pour le fonctionnement de l'économie, mais aussi de l'analyse économique pour la normativité juridique. Comme toute interaction, ce double rapport transforme tout autant la conception de l'économie, vis-à-vis d'une perception dominante de l'économie comme se développant dans un vide institutionnel, et le droit, comme sphère de normativité indépendante. Si Hayek et Buchanan se sont intéressés aux règles du jeu et à la définition d'une société libérale à partir des outils de la philosophie politique ou de l'évolution culturelle, l'approche de Posner se confronte aux mêmes problèmes, à savoir celui d'une détermination normative des règles du jeu et de l'organisation de la société libérale, mais à partir d'une théorie du droit utilisant les outils développés par l'analyse (micro)économique.

Posner propose, en effet, de répondre à la question de la transformation du droit à partir du critère d'efficience, pensé comme maximisation de richesse. Cela est légitimé, pour lui, à partir d'un modèle de marché, dans lequel les individus rationnels arrivent de façon autonome à une conclusion, par des négociations sans coûts de transactions, à la solution la plus optimale, c'est-à-dire celle qui produit le plus de richesse. La théorie posnérienne se relie au problème néolibéral car il propose une théorie de l'adjudication à partir d'un modèle normatif du marché. La norme économique devient la finalité de la transformation du droit. Le chapitre IX développe ces idées fondamentales, en montrant comment Posner est amené à défendre une véritable philosophie du droit dans la continuité du néolibéralisme, ce qui le conduit *in fine* à se rabattre, à l'instar d'un Lippmann, sur le pragmatisme juridique comme façon de défendre la supériorité des sociétés libérales et de son critère d'efficience, qui ne peut être fondé de manière extrinsèque à la rationalité marchande.

Le lecteur remarquera sans doute que la chronologie de cette deuxième partie est bien plus éclatée que celle de notre première partie. Les crises donnant naissance au premier

⁴¹⁹ Voir Van Horn et Mirowski (2009). C'est également confirmé par Coase lui-même (Coase, 1993).

néolibéralisme suscitent des échanges nombreux et denses, ainsi que des formations institutionnelles. La période a, de plus, été étudiée par plusieurs excellents travaux en histoire des idées, histoire intellectuelle et histoire de la pensée politique et économique. Pour ce second moment, ce type de travaux est plus rare, et le travail d'archive très incomplet. De ce fait, cette deuxième partie de thèse consiste en une discussion philosophique des thèses de ces différents auteurs et de la façon dont ils répondent aux problèmes légués par le moment de formation du néolibéralisme. Les différences entre les différentes théories sont marquées : Hayek est critiqué par Buchanan car il donne trop de place à l'évolution culturelle et l'interprète, selon ce dernier, de façon normative. De plus, l'auteur Autrichien se démarque très largement de l'économisme qui semble parfois être celui de Buchanan et de Posner, et surtout de ce dernier. Néanmoins, toutes ces différences méthodologiques se comprennent à partir d'une même matrice théorique, qui est celle de la promotion d'un libéralisme organisé à partir de l'efficacité et des bienfaits des marchés concurrentiels, qu'il s'agit de permettre et d'améliorer par des règles justifiées tout en tentant de ne pas faire appel à des principes transcendants. Ces positions sont des types de résolutions, parfois incompatibles entre elles, d'un même problème.

Chapitre VI. Peut-on gouverner la spontanéité ? Tension entre évolution et *design* des règles chez Hayek⁴²⁰.

L'homme de système, au contraire, a la faculté d'être très sage dans sa propre conception ; et il est souvent si épris de la beauté supposée de son plan idéal de gouvernement, qu'il ne peut souffrir la moindre déviation d'aucune de ses parties. Il s'efforce de l'établir dans son intégralité et dans toutes ses parties, sans se soucier des grands intérêts ou des forts préjugés qui peuvent s'y opposer.

(Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*)⁴²¹.

Si, en 1984, le philosophe britannique John Gray pouvait écrire que l'œuvre de Hayek n'avait pas encore été l'objet des commentaires critiques nombreux, cela n'est aujourd'hui plus le cas (Gray, 1984, ix). Depuis désormais plus de trois décennies, la littérature sur l'auteur autrichien est foisonnante, et a relevé un certain nombre de problèmes et de tensions au cœur de la défense du libéralisme de l'auteur de la *Constitution de la liberté*. Un des problèmes majeurs identifié par la littérature secondaire est relatif à notre problème plus général dans cette thèse. Une tension importante au cœur de l'œuvre de Hayek, de l'aveu des spécialistes mêmes du sujet, est celle qui existe entre une défense évolutionnaire du libéralisme, impliquant un libéralisme conservateur whig, et un libéralisme radical, impliquant un interventionnisme institutionnel

⁴²⁰ J'utilise le vocable de *design*, parfois utilisé en français, car la traduction par *conception* est légèrement impropre. En anglais *design* possède également la connotation d'une construction voire d'une planification guidée. Les créationnistes défendent par exemple *l'intelligent design*, généralement traduit par dessein intelligent, c'est-à-dire l'idée selon laquelle l'évolution serait guidée par une intelligence surplombante. Je ne saurais rendre exactement le terme par un seul mot en français. Pour éviter les périphrases systématiques je conserve donc le mot *design*.

⁴²¹ L'original dit : "The man of system, on the contrary, is apt to be very wise in his own conceit; and is often so enamoured with the supposed beauty of his own ideal plan of government, that he cannot suffer the smallest deviation from any part of it. He goes on to establish it completely and in all its parts, without any regard either to the great interests, or to the strong prejudices which may oppose it" (Ma traduction).

pour mettre en place et améliorer la concurrence et le processus marchand⁴²². On reconnaît là, sous une forme légèrement renouvelée, le problème que nous avons identifié au chapitre IV. En effet, Hayek, à partir des années 1950 lorsqu'il se trouve à Chicago, opère un tournant évolutionnaire dans sa pensée (Caldwell, 2004). Plusieurs questions sont demeurées ouvertes lors des premiers moments du néolibéralisme : *comment légitimer les règles du jeu ? Depuis quel point de vue ces règles sont-elles acceptables ? La défense d'un interventionnisme libéral au niveau des règles ne repose-t-il pas sur une forme de constructivisme par ailleurs critiqué ?* Si la question de la relation entre les règles constitutives de l'ordre social et l'ordre du marché demeure cruciale, Hayek montre comment les règles peuvent être comprises comme provenant d'un processus évolutionnaire, fonctionnant sur le mode de la concurrence. En réintroduisant le modèle de la concurrence au niveau socio-historique, Hayek formule une réponse au problème néolibéral, car le cadre libéral de nos sociétés n'est pas le fruit d'une construction rationnelle, mais d'une maturation lente de la tradition occidentale.

Le concept qui permet à Hayek de formuler cette réponse est celui d'*ordre spontané*, depuis devenu le signe distinctif du programme hayékien. Ce concept n'est pas nouveau chez Hayek, puisque le marché est, assez tôt, compris dans les termes caractérisant un ordre spontané, notamment lors de la critique épistémologique de la planification en régime socialiste (chapitre I). Néanmoins, la seconde partie de l'œuvre de Hayek, à partir de la publication de *Sensory Order* en 1952, constitue à bien des égards une systématisation des intuitions auparavant inchoatives relatives à ce concept⁴²³, si bien que l'on peut saisir l'intégralité des contributions ultérieures de Hayek par cette entrée. L'importance du concept d'ordre spontané a bien sûr maintes fois été identifiée comme constituant le cœur théorique de l'œuvre de Hayek⁴²⁴. *Qu'est-ce qui définit donc un ordre spontané ?* Je reviens plus amplement sur ce concept dans le corps du chapitre lorsque je développerai la façon dont Hayek enrichit sa pensée, en important les travaux issus des études sur les systèmes complexes. Il convient au préalable d'en redonner une définition de travail. Un ordre, c'est-à-dire un ensemble d'interactions ordonnées entre éléments, par exemple des individus, peut être dit spontané

⁴²² Voir par exemple les travaux récents de Boettke (2018), Boettke et King (2020) et Gaus (2018, 2020).

⁴²³ Toute coupure historique dans l'œuvre d'un auteur contient son degré d'arbitraire. On pourrait, bien entendu, distinguer davantage de phases dans l'œuvre de Hayek (Hutchison, 1981 ; Mirowski, 2007, Kolev, 2021), placer la délimitation à un endroit différent (Caldwell, 1988, 2004) ou nier tout simplement que de telles coupures soient légitimes (Boettke, 2018). Je prends ici la date de publication de *Sensory Order* comme repère, car cela marque le début d'une prolifération de la notion d'ordre spontané hors de l'économie pour être appliqué à la formation de l'esprit humain (Lewis et Lewin, 2015).

⁴²⁴ On peut citer, de manière non exhaustive, Gray (1984), Nemo (1988), Elster (1989, 250), Boettke (1990), Sugden (1993), Hodgson (1994), Shearmur (1996), Caldwell (2004), Gaus (2006), Lewis (2012), Bourdeau (2014), Debray (2016) ou encore Le Jallé (2017).

lorsqu'il n'est pas, et ne peut être, dirigé de manière centralisée, dans le but de produire certains résultats spécifiques. Le concept d'ordre spontané renvoie à la fois à celui d'une *structure*, puisque les interactions entre éléments du système sont ordonnées par des règles, et non chaotiques, et à celle d'*auto-organisation*, à savoir que cette structure n'est pas le résultat d'une intelligence capable de diriger consciemment toutes les actions prenant place dans cette structure. Pour Hayek l'exemple paradigmatique d'un ordre spontané est le marché, mais le marché n'est qu'un exemple, particulièrement développé, parmi d'autres. L'esprit humain et son système de classification des perceptions tel que décrit dans *Sensory Order*, est également un ordre spontané. Le concept est également exemplifié dans d'autres disciplines que l'économie, par exemple en biologie le corps humain, ou toute forme d'organisme, est un ordre spontané, puisque le développement ontogénétique d'un organisme est à la fois structuré, les cellules ayant des fonctions différenciées pour produire l'ensemble, et auto-organisé, à savoir qu'il n'y a pas d'instance centralisée permettant de gouverner l'évolution du tout. Plus généralement l'évolution du vivant est, elle aussi et pour des raisons analogues, un ordre spontané.

L'ordre spontané n'est plus uniquement, à partir des années 1950, le marché, mais constitue la réponse au problème néolibéral, qui consiste dans le fait de savoir comment émergent les règles qui encadrent et constituent le marché. Contrairement à d'autres, comme Buchanan ou les ordolibéraux, Hayek refuse donc toute entreprise constructiviste visant à établir les règles depuis un point de vue épistémique architectonique par ailleurs critiqué, pour faire place à une théorie évolutionnaire de l'émergence des règles. Le concept d'ordre spontané fournit une réponse consistant à expliquer l'émergence d'un ordre, y compris au niveau de la régulation, sans faire apparaître un point de vue centralisateur. Tout comme il y a un marché pour les biens, il faut saisir l'évolution culturelle comme un marché pour les règles sociales. En cela, évolutionnisme et ordre spontané sont deux concepts jumeaux, comme aime à le répéter Hayek (Hayek, 1973a, 23). De ce fait nous réinterprétons les travaux du "dernier" Hayek, des années 1950 à 1988, comme une tentative de réponse au complexe problème de la justification d'un cadre libéral.

La particularité de Hayek consiste dans le fait de franchir un pas supplémentaire dans la régression normative, que nous avons précédemment identifiée. Il ne s'agit plus seulement d'observer que le marché, pour être efficient, nécessite des règles, mais de rendre compte de ces règles de façon à ne pas faire intervenir une intentionnalité rationaliste problématique – c'est-à-dire un point de vue sur la société comme un tout. Les règles doivent être le résultat de l'action humaine, mais pas des desseins humains, selon la formule des *Essais* de Ferguson, que

l'auteur autrichien cite (Hayek, 1967b, 96). L'ordre spontané qu'est le marché ne se révèle donc être *qu'un* ordre spontané parmi d'autres. Néanmoins, et c'est sur ce point qu'il nous faudra insister, la prolifération des ordres spontanés conserve les traits majeurs du fonctionnement du marché, à savoir que l'ordre spontané sélectionnant les règles constituant l'ordre marchand est également un processus concurrentiel. Le raisonnement économique s'exporte ainsi en dehors de lui-même pour devenir la raison d'être des règles permettant sa propre existence. Un autre problème émerge : en faisant jouer un tel rôle à l'évolutionnisme, et en étendant le processus concurrentiel économique comme *explanans* du processus de production des règles, Hayek n'est-il pas conduit à réintroduire à un niveau supérieur, la naïveté qu'il critiquait par ailleurs chez les théoriciens du laissez-faire tels que Spencer (voir chap. II)⁴²⁵ ?

Ce recours à l'évolutionnisme complémente l'épistémologie hayékienne critique de tout point de vue centralisé, et constitue la colonne vertébrale de la philosophie sociale et politique de l'auteur autrichien, constitue les fondements d'un nouveau et véritable paradigme libéral. Cela pose également de nouveaux problèmes importants. *Descriptivement* le problème est le suivant : si l'intelligence humaine ne peut décider des règles auxquelles nous obéissons, de quoi sont-elles le résultat ? Hayek est-il capable de fournir une théorie non triviale de la façon dont évoluent les règles juridiques, politiques et sociales permettant la coordination ? *Normativement*, le problème est propre à la justification de sa philosophie politique : comment justifier la défense du libéralisme, lorsqu'on élimine le point de vue permettant de justifier des règles garantissant le fonctionnement du marché ? En se privant de la solution des ordolibéraux ou de Buchanan par la suite (chap. VII et VIII), Hayek ne ruine-t-il pas tout espoir de défendre effectivement le libéralisme ? En d'autres termes, en effectuant une théorie évolutionnaire descriptive pour expliquer l'émergence des règles sociales, Hayek ne se condamne-t-il pas à ne pas pouvoir défendre normativement le libéralisme comme meilleur philosophie politique et à se lier les mains quant à une défense pratique du libéralisme ?

Notons, immédiatement, que ces problèmes ne sont pas nouveaux, bien que substantiels, et renvoient à de très nombreux débats dans la littérature spécialisée sur Hayek, relativement à son tournant évolutionnaire. Les débats ont émergé relativement à la défense particulière de Hayek d'un certain mécanisme d'explication pour l'évolution culturelle, à savoir *la sélection de groupe*. Vanberg (1986) a, le premier, pointé que le recours à cette hypothèse issue de la biologie évolutionnaire rompait avec l'individualisme méthodologique supposément

⁴²⁵ Barbara Stiegler (2019) mentionne ainsi Hayek, dans la conclusion, comme figure développant la tradition évolutionniste initiée par Lippmann au sein du néolibéralisme.

défendu par Hayek. Par ailleurs, Steele (1987), Miller (1989), De Vlieghere (1994), Gray (1996), Leroux (1997) et plus récemment Beck (2015, 2018) et Wilson (2020) ont défendu qu'il existait des contradictions entre l'évolutionnisme hayékien et sa défense du libéralisme. L'évolutionnisme n'étant pas une théorie normative, il est impossible d'en déduire une théorie politique prescriptive comme la philosophie libérale de Hayek sans commettre de sophisme naturaliste, de dériver ce qui doit-être de ce qui évolue. Certains, comme Angner (2004), défendent que Hayek ait effectivement commis une telle erreur⁴²⁶, d'autres sont allés jusqu'à mentionner les tentations spenceriennes de cette partie de l'œuvre de Hayek (Gray, 1996 ; Gamble, 2013 ; Beck, 2018). Plusieurs auteurs remettent en cause ces thèses, défendant la compatibilité de la sélection de groupe avec l'individualisme (Caldwell, 2002 ; Nadeau, 2016 ; Shaefer, 2021), ou le fait que Hayek n'ait jamais commis le sophisme naturaliste (Shearmur, 1996 ; Whitman, 1998, 2004 ; Caldwell et Reiss, 2006). Il n'en reste pas moins que même des auteurs sympathiques envers Hayek, comme Boettke et King, identifient la tension entre évolution et design, entre explication de l'émergence des règles et défense du libéralisme, comme étant une tension "substantielle et difficile" subsistant dans le corpus hayékien jusqu'à aujourd'hui (Boettke, 2018, 286sq ; Boettke et King, 2020, 14 ; voir également Scheall, 2020, chap. 4). Ou bien la théorie de Hayek n'est pas normative, et il est impossible d'être libéral *et* de *designer* le courant de l'évolution, ou bien il normatif, et dans ce cas on voit mal de quel droit il pourrait l'être. Cette tension fondamentale émerge de la réponse hayékienne au problème néolibéral n'est donc pas une mince affaire et menace de jeter à bas l'ensemble de l'édifice. En réalité, il permet de témoigner de la manière dont le problème qui structure le premier néolibéralisme – notamment par les apports de Lippmann et du premier Hayek – continue d'être opératoire au-delà.

Ce chapitre articule donc deux problèmes importants chez Hayek, d'une part la contradiction supposée entre le concept d'ordre spontané et la nécessité d'un design institutionnel, et, d'autre part, la compatibilité de la défense du libéralisme avec l'évolutionnisme. J'argumenterai dans ce chapitre que la réponse évolutionnaire de Hayek au

⁴²⁶ L'argument de Angner est un peu plus subtil. Hayek n'aurait, selon lui, pas commis un sophisme naturaliste formel, mais tiendrait une thèse normative probabiliste selon laquelle les ordres spontanés produisent, en général et le plus souvent, des résultats désirables et efficaces. Il faut noter que Angner est loin d'être le seul à associer Hayek à une forme de sophisme naturaliste menant au conservatisme politique. Cette position est la plus répandue dans la littérature critique. C'est à partir de cette conception d'ailleurs que la plupart des critiques pensent identifier une contradiction fondamentale chez Hayek entre son évolutionnisme menant au conservatisme, et son radicalisme libéral. Voir par exemple la critique de Chamayou (2018).

problème néolibéral ne confine pas à une défense normative de l'évolutionnisme, mais défend toujours la nécessité d'une activité gouvernementale pour instaurer le libéralisme. De ce fait, la défense du libéralisme ne se fonde pas *uniquement* sur l'évolutionnisme, mais aussi sur une défense positive des vertus du marché comme moyen d'utiliser le plus de connaissance dispersée et donc de garantir la coordination des individus, ce qui revient à maximiser leur liberté. En arrière-plan, Hayek propose une justification du libéralisme en fonction d'un critère de maximisation des possibilités de formation d'anticipations individuelles correctes, et donc la possibilité pour les individus de planifier leurs comportements pour eux-mêmes. Cette prémisse normative est le complément nécessaire pour comprendre comment la théorie hayékienne peut sortir de l'ornière mentionnée dans le paragraphe précédent. Néanmoins, en reconnaissant l'importance d'une forme de planification institutionnelle, Hayek retrouve, à un niveau supérieur, le dilemme épistémique qui caractérise le problème néolibéral. Notre chapitre montre ainsi que les débats et controverses sur Hayek peuvent trouver une réponse au sein d'une compréhension adéquate de son système, mais également que de nouveaux problèmes, ouvrant de nouveaux champs problématiques, émergent une fois la théorie adéquatement reformulée. Ce chapitre se propose de contribuer aux deux niveaux : d'une part en mettant en avant la relative systématisme de la philosophie de Hayek ; d'autre part en en proposant une nouvelle lecture critique qui identifie les nœuds problématiques et les tensions inhérentes à la théorie hayékienne à un autre niveau que ce qui est généralement discuté dans la littérature secondaire. Comme nous avons déjà utilisé abondamment les travaux de Hayek des années 1930 et 1940 nous centrerons donc notre travail dans ce chapitre sur les publications de Hayek à partir des années 1960, à savoir *La Constitution de la Liberté* (1960), *Droit, Législation, Liberté* (1973, 1976a, 1979) et *La Présomption fatale* (1988), ainsi que les articles publiés dans les *Essais* (1967) et *Nouveaux Essais* (1978).

Dans une première section, je développe une des découvertes majeures de Hayek, qui oriente tout son travail à partir des années 1950, à savoir la découverte des théories de la complexité, dont il applique les leçons aux systèmes sociaux. L'implication majeure de cette application est l'impossibilité de diriger de façon centralisée les processus socio-économiques, du fait d'une impossibilité épistémique de prédire les résultats précis engendrés par une modification dans la structure de règles constituant un ordre complexe. De ce fait, la complexité, qui est une nouvelle façon, plus technique et précise, de parler de la *Great Society* lippmannienne, est un fait fondamental à prendre en compte pour toute pensée politique car elle met en exergue la primauté du problème épistémique (*the knowledge problem*). Dans la

deuxième section, je montre comment Hayek répond au problème descriptif relatif à l'explication de la génération des règles sociales et de l'ordre libéral. La théorie mobilisée, et sur ce point Hayek est un pionnier (Wilson, 2020), est la théorie de l'évolution culturelle. Dans cette section, je fais état des nombreuses critiques adressées à ce programme de recherche descriptif. Sans nier la pertinence de toutes ces critiques je montre néanmoins, dans la section 3, que Hayek lui-même était conscient des problèmes liés à l'évolutionnisme. La section 4 développe les positions interventionnistes de Hayek, et je montre comment le design peut prendre place au sein d'un ordre libéral, non seulement sous la forme d'une critique immanente des règles sociales, mais également sous la forme d'un libéralisme radical, pensant les conditions de possibilités d'un ordre spontané. Dans ce cadre, je montre comment la défense du libéralisme par Hayek ne se trouve pas en contradiction avec son évolutionnisme. La section 5 montre que le libéralisme n'est pas soutenu par l'évolutionnisme mais par d'autres arguments normatifs, tels que la supériorité épistémique de l'ordre libéral, amenant à une maximisation de la liberté et à la promotion du pluralisme et de l'expérimentation. Cette reconstruction quasi-systématique fait néanmoins apparaître, ce sur quoi nous concluons, les différents points théoriques où le problème néolibéral réapparaît, ouvrant la voie à toute une série de nouvelles critiques et de discussions.

1. Ordre spontané et complexité sociale

Pourquoi faut-il commencer par une exposition du concept de complexité chez Hayek ? À bien des égards, il s'agit du concept le plus important pour définir plus précisément celui d'ordre spontané. Le concept de complexité, que nous avons rencontré de façon préalable dans la première partie de notre travail pour décrire certaines intuitions de Lippmann et de Hayek, notamment le concept de *Great Society* relatif à la multiplication des interactions entre individus dans une société mondialisée, est certainement l'un des points nodaux explicites du travail de Hayek à partir des années 1950⁴²⁷ si bien que dans les années 1960 "Hayek voyait des ordres complexes partout" (Caldwell, 2000, 19). À partir de cette époque le concept acquiert un usage référencé, et, comme l'a montré notamment Paul Lewis (2012, 2015, 2016a,

⁴²⁷ Certainement du fait de séminaires réguliers à Chicago (Caldwell, 2000, 2004).

2016c)⁴²⁸ Hayek réceptionne une partie des travaux des disciplines formant aujourd'hui ce qu'on appelle la théorie des systèmes complexes. Hayek se réfère ainsi, par exemple dans ses articles compris dans les *Essais de philosophie, de sciences politiques et d'économie* (1967)⁴²⁹ aux théoriciens des systèmes Ludwig Von Bertalanffy, au théoricien de la cybernétique Norbert Wiener, aux travaux de Warren Weaver sur la complexité ou aux positions émergentistes de Lloyd Morgan et de John Stuart Mill. Tout cela est reconnu par ailleurs, y compris chez des auteurs critiques de la philosophie politique de Hayek, qui, malgré tout et du fait de la reconnaissance précoce de l'intérêt des concepts afférents à la complexité, décrivent Hayek comme un des "philosophes majeurs de notre temps" (Dupuy, 1992, 241).

Rétrospectivement, l'intérêt de Hayek pour le concept de complexité ne devrait pas nous étonner. Ses positions lors de la critique du calcul économique en régime socialiste l'ont conduit à développer des thèses épistémologiques fortes relatives à l'impossibilité de la centralisation économique. La connaissance ne pouvant plus être transmise à un ordinateur central et étant très largement tacite, chose que Hayek développe dans les années 1950 au contact de Michael Polanyi à Chicago, il reste à savoir comment la coordination sociale peut s'effectuer de façon précise⁴³⁰. Le concept de complexité, permettant d'enrichir la pensée de l'ordre spontané, vient en complément de la critique épistémologique générale, le *Abuse of Reason Project*, et constitue son versant positif. En cela, le concept de complexité est bien la "clef" de compréhension de la théorie positive de Hayek, comme le montre Gerald Gaus (2006, 232).

1.1 Qu'est-ce qu'un système complexe ?

Hayek développe explicitement sa théorie des phénomènes complexes dans deux articles, "Degrees of Explanation" et "The Study of Complex Phenomena", mais plusieurs développements complémentaires apparaissent également dans *La Constitution de la liberté* et de *Droit, législation, liberté*. Plutôt que de suivre les arguments de Hayek, qu'il faudrait

⁴²⁸ D'autres auteurs ont également largement fait état de la connexion entre Hayek et le concept de complexité, par exemple Chaumont-Chandelier (1999), Vaughn (1999), Kilpatrick (2001), Fiori (2009) et plus récemment Axtell (2016) et surtout Gaus (2006, 2007, 2018, 2019, 2020).

⁴²⁹ La date indique la publication dans le volume dédié, mais les articles composant le volume sont antérieurs. L'article "Degrees of Explanation" date par exemple de 1955.

⁴³⁰ Pour un développement spécifique à la constitution du concept de connaissance tacite, voir Oguz (2010) et Boettke et O'Donnel (2013).

recomposer car les différents critères permettant de définir la complexité sont éparpillés dans ses œuvres, nous partirons de l'ouvrage de James Ladyman et Karolina Wiesner, *What Is a Complex System ?* (2020)⁴³¹, qui propose une synthèse des travaux sur la complexité et notamment une présentation de ce qu'ils appellent les "truismes de la science de la complexité" (Ladyman et Wiesner, 2020, 9-10), faisant état des différents critères définitionnels d'un système complexe⁴³². Ces critères permettent de définir la complexité, en la distinguant d'une simple *complication*, à savoir la difficulté de comprendre un phénomène, et cela en objectivant certains critères. Les truismes sont au nombre de dix, qu'on peut retrouver dans la liste suivante :

1. *Un grand nombre d'éléments dans le système*, ainsi qu'un grand nombre d'interactions entre les éléments.
2. *Désordre et diversité* : les éléments sont hétérogènes et les interactions ne sont pas contrôlée par une instance centralisée.
3. *Boucle de rétroaction (feedback loop)* : les interactions sont répétées et constituent des séries plutôt que des interactions ponctuelles, si bien que les nouvelles interactions subissent les effets des précédentes. Par conséquent un système complexe est non-linéaire – c'est-à-dire que les *outputs* ne sont pas nécessairement proportionnels aux *inputs*.
4. *Non-équilibre* : les systèmes complexes sont ouverts et ne connaissent pas un point d'équilibre définis, du fait de la multiplicité des attracteurs. Un attracteur est un ensemble ou un espace vers lequel un système évolue, en l'absence de perturbations. L'équilibre renvoie ici à la stabilité autour d'un attracteur, et le non-équilibre au fait que le système est dynamique et évolue de manière non-strictement prévisible.

⁴³¹ Il faut noter qu'étrangement ce livre ne fait pas mention de Hayek, alors que l'économie est un des exemples récurrents pris par les auteurs, et que ceux-ci se réfère à certains économistes, comme Stigler, dont la contribution sur ces questions est bien mineure. Axtell (2016) propose une étude historique des relations entre Hayek et la science des systèmes complexes, en montrant comment les apports de Hayek ont parfois précédé les développements théoriques de ces sciences.

⁴³² Une autre présentation des critères définitionnels des systèmes complexes pour Hayek est proposée par Gaus (2006), notre présentation et celle de Gaus sont néanmoins équivalentes sur bien des aspects.

5. *Auto-organisation et ordre spontané* : une structure *émerge* des interactions entre les éléments du système, sans se réduire à leur addition.
6. *Chaoticité* : le système connaît une forte dépendance aux conditions initiales.
7. *Robustesse* : bien qu'en déséquilibre permanent le système est robuste, en ce qu'il est capable de survivre à de nombreuses perturbations émergentes ou externes.
8. *Structure imbriquée* : le système connaît une hiérarchisation interne avec des échelles différentes, et peut ainsi connaître des sous-systèmes eux-mêmes complexes.
9. *Histoire et mémoire* : un système complexe nécessite une histoire, et est capable de stocker de l'information relative à celle-ci.
10. *Comportement adaptatif* : un système complexe est capable de voir émerger des comportements modifiés en fonction d'un changement d'état de son environnement ou de son évolution interne.

La liste est longue et introduit un grand nombre de concepts techniques (*feedback*, attracteurs, émergence, non-linéarité, information) que je ne peux pas tous développer pleinement sans dédier l'intégralité de ce chapitre à une présentation de ces concepts définitionnels et rendre compte des différentes disciplines ayant donné naissance à ces termes. Je les explicite néanmoins davantage dans la section suivante en les appliquant à la théorie de Hayek. Par ailleurs, il est évident que ces différents points fonctionnent de concert, les points 2 et 5 étant complémentaires, tout comme les points 7 et 10 par exemple. Ces différents truismes ne mettent pas en avant des critères indépendants les uns des autres, mais des caractéristiques saillantes que l'on peut distinguer car n'étant pas nécessairement toujours reliés empiriquement. Nous nous contenterons d'expliquer ces concepts par le biais de Hayek, en renvoyant à l'ouvrage de Ladyman et Wiesner pour de plus amples détails. Les auteurs indiquent par ailleurs, dans la continuité de leur travail précédent (Ladyman *et al.*, 2013), que tous ces critères ne sont pas des conditions nécessaires pour tous les systèmes complexes, et par ailleurs que certains d'entre eux ne sont pas des conditions suffisantes pris indépendamment. Deux exemples peuvent faire apparaître cela. Il existe un débat sur le fait de savoir si les systèmes complexes doivent nécessairement être biologiques, et donc être pourvus d'éléments ayant une forme ou une autre d'intentionnalité. Si cela n'est pas le cas, et qu'on peut par exemple considérer que le processus de formation d'une galaxie est un système complexe, certains critères, comme le comportement

adaptatif, sont superflus. Inversement, certains systèmes correspondent à certains critères, mais ne sont pas considérés comme complexes, ce qui est le cas des systèmes chaotiques. Dans ce cadre, une pendule accrochée à une autre pendule constitue déjà un système chaotique, sans pour autant être reconnu comme complexe, car ce système ne possède pas suffisamment des autres propriétés mentionnées plus haut. Ces questions sont ardues et renvoient à des débats sur lesquels aucun consensus n'a encore émergé. Je me tourne ainsi sur la question qui nous intéresse avant tout : peut-on retrouver ces différents éléments dans la théorie des ordres spontanés de Hayek ?

1.2 L'ordre spontané complexe

Pour Hayek (1973a, 35), le concept fondamental est celui d'*ordre*, et l'auteur autrichien distingue fameusement entre les ordres construits (*made*) et les ordres endogènes (*grown*). Les deux types d'ordres diffèrent quant à leur origine, et seuls les derniers sont dits spontanés, dans le sens où ils ne sont pas le résultat direct d'une planification. Ces ordres spontanés ne sont *pas nécessairement* complexes, c'est-à-dire qu'un ordre peut émerger sans avoir été planifié, mais peut tout à fait être saisi du dehors dans sa globalité et organisé de façon délibérée par la suite. En revanche, l'ordre social caractérisant la société occidentale moderne est, pour Hayek, un ordre *à la fois spontané et complexe*. En ce sens, le concept d'ordre, et plus particulièrement d'ordre spontané, est plus large que celui de complexité. Le concept d'ordre spontané qui intéresse particulièrement Hayek est celui d'*ordre spontané complexe* caractérisé par trois éléments, à savoir (i) qu'il n'est pas le résultat d'une planification délibérée, (ii) qu'il est constitué de *relations abstraites*, notamment par des règles générales, et ne peuvent donc viser de réalisations particulières⁴³³ et enfin (iii) qu'il est composé de bien davantage d'éléments que ce que le cerveau humain – ou n'importe quelle intelligence totalisatrice non divine – est capable de totaliser⁴³⁴. Remarquons que le concept d'ordre spontané est plus large que l'utilisation faite par Ladyman et Wiesner, qui mentionnent l'ordre spontané dans leur

⁴³³ Ce point est très largement développé dans Hayek (1969), qui insiste sur la primauté de l'abstraction, c'est-à-dire que les règles constituent un espace cognitif commun permettant la formation d'anticipations individuelles, mais ne spécifie pas toujours des résultats particuliers à atteindre (par exemple un état distributif donné).

⁴³⁴ Ce point est certainement le *leitmotiv* de la théorie hayékienne, voir par exemple Hayek (1960, 160), pour une formulation parmi une multitude d'autres.

cinquième point. En effet, chez Hayek tout système complexe pourra être dit spontané, bien que tout ordre spontané ne puisse être dit complexe.

Notons immédiatement que Hayek fait une différence immédiate entre les systèmes biologiques et les systèmes physiques. Pour lui uniquement les seuls les premiers méritent d'être considérés comme des systèmes complexes (Hayek, 1955), car ils sont constitués de phénomènes composés d'un grand nombre d'éléments, mais aussi parce que les interactions sont celles entre des éléments doués eux-mêmes d'intentionnalité, c'est-à-dire de la capacité de réagir vis-à-vis de leur environnement et de produire une représentation de leur propre fin (Hayek, 1964a, 25). Si Hayek semble parfois considérer explicitement que le seul critère non-ambigu est le nombre des éléments et leur interaction (Hayek, 1964a, 24)⁴³⁵, son propos général rend compte de bien plus d'éléments mentionnés ci-dessus.

Le monde social est éminemment complexe, avant tout car il est composé d'une multitude d'individus aux relations diversifiées et nombreuses, ce qui correspond au deux premiers points définitionnels, synthétisés par ailleurs dans le concept de *Great Society* ou celui de *Société Ouverte*. Ce point est désormais connu, mais il n'est pas trivial car un grand nombre d'individus aux préférences non-homogènes, et donc divers, produisent déjà des résultats imprévisibles *a priori*, du fait que les connaissances individuelles et leurs réactions aux règles et aux comportements des autres sont inaccessibles à un point de vue extérieur. Cela signifie également que le système ne connaît pas d'équilibres stables, puisque les comportements innovent au sein de l'ordre ainsi constitué. Cela est, bien sûr, saillant dans la distinction entre la théorie de Hayek et la théorie de l'équilibre général, qu'il critique très tôt (Hayek, 1937). Le marché, comme mécanisme de découverte d'informations et de connaissances, est avant tout un processus dont rien ne suppose *a priori* qu'il rencontre un équilibre théoriquement prédéfini. Comme nous l'avons exprimé plus tôt (chap. I) c'est d'ailleurs parce que le marché est un processus caractérisé par des asymétries d'information et du déséquilibre permanent qu'il est efficace, au sens où il agrège les informations privées en permettant la recombinaison des plans individuels de manière compossibles. Cette conclusion doit être étendue au-delà de l'économie et de la critique de la théorie de l'équilibre général, car s'il peut y avoir des équilibres ponctuels dans le monde social, notamment une règle qui peut être définie en un sens comme une règle à

⁴³⁵ À noter, par ailleurs, que le seul critère du nombre des éléments n'est pas définitif. Le nombre critique d'éléments nécessaires à la constitution d'un système complexe dépend du phénomène observé, et ne saurait être fixé abstraitement et dans l'absolu.

l'équilibre en produisant des anticipations multilatérales se renforçant mutuellement (Bicchieri, 2006; Guala, 2016), les règles elles-mêmes sont amenées à se transformer dans un processus évolutif d'adaptations aux circonstances ou relativement à des innovations individuelles. Le processus entrepreneurial existe au niveau de l'évolution des règles du système tout autant qu'à l'intérieur de l'ordre des actions dans le champ économique (voir section 2 sur l'évolution culturelle).

La théorie de la complexité offre une explication alternative à la façon dont un ordre sans nomothète peut être structuré et ordonné, à partir d'une organisation générale polycentrique (Hayek, 1960, 160). En ce sens le système comprend bien des espaces de délibération, des organisations comme les appelle Hayek, à savoir les ordres créés plutôt que spontanés, mais il n'y a pas de délibération possiblement efficace relativement au système dans son ensemble⁴³⁶. Il faut donc bien distinguer la *planification de l'ensemble* en vue de résultats spécifiques, et la *planification locale* au sein d'un ordre, pour saisir le fait que Hayek ne nie pas la possibilité de modifier consciemment l'environnement, mais la possibilité de modifier l'ordre général dans lequel nous vivons, qui est la condition constitutive de notre esprit et de notre mode d'existence sociale. Le principe d'un ordre polycentrique est par définition qu'il est possible, à un certain niveau, de centraliser suffisamment d'informations car la complexité du système n'est pas trop importante, c'est-à-dire que d'une modification dans un système de règle R_1 on est capable d'inférer une relation au moins probabiliste entre le nouveau système de règle R_2 et un ordre des actions résultants O_2 qui n'est pas dans une relation totalement chaotique avec O_1 . Mais à des niveaux supérieurs du système, lorsque les ordres complexes sont entrelacés, le système devient davantage complexe, et les relations entre ordres des actions et modifications dans le système de règles deviennent moins prévisibles, et par ailleurs les règles deviennent elles-mêmes moins conscientes car incorporées.

Le propos de Hayek implique, à partir de la reconnaissance d'un nombre important d'éléments (des individus) et de leur diversité (en termes de préférences, de temps et de lieu etc.), d'autres points définitionnels de la complexité, dont le premier est la *boucle de rétroaction* (*feedback loop*), mentionnée à plusieurs reprises par Hayek (1976a, 71, 125, 158). Hayek crédite Adam Smith d'avoir anticipé cette découverte de la cybernétique, à savoir que les individus voient leurs anticipations être parfois déçues, et que cela est une condition du bon

⁴³⁶ S'il n'y a pas de possibilité d'ingénierie totale efficace, cela ne signifie pas qu'il n'y a pas de possibilité d'ingénierie tout court. Le communisme stalinien constitue, pour Hayek, un exemple d'intervention non efficace qui abolit l'ordre spontané ou le détraque.

fonctionnement de l'ensemble. C'est parce que les individus doivent réviser leurs anticipations et leurs préférences par rapport aux prix que le système est susceptible *d'adaptations*. Chez Hayek, l'économie fournit un exemple de complexité en mettant en avant la révision continue des anticipations par les individus permettant de s'adapter à un environnement qui est en perpétuelle évolution. Un autre exemple, non économique de boucle de rétroaction positive pourrait être, à l'inverse, la gratification symbolique des individus lorsqu'ils se conforment à une règle établie. Le système complexe qu'est une société est également caractérisé par des boucles de rétroactions constantes qui permettent au système de s'adapter aux modifications environnementales permanentes⁴³⁷. Le mécanisme d'adaptation est explicité par Hayek dans sa théorie de l'évolution culturelle (voir prochaine section). Plus encore, un des apports importants de Hayek est de montrer que l'adaptation systémique n'est pas nécessairement consciente, lorsqu'un individu révisé ses anticipations sur le marché au vu de l'évolution des prix, mais peut également être un *phénomène émergent*. C'est le cas de l'évolution des règles sociales, décrites à de maints endroits par Hayek (1960, 26-34 ; 1973, 17 ; 1976a, 125 ; 1988). Le phénomène peut être dit émergent car il n'est choisi par aucun individu mais le résultat des actions humaines mais pas du choix intentionnel de qui que ce soit pris individuellement (Hayek, 1967b ; Lewis, 2015). L'émergence suppose ainsi, les exemples que donne Hayek étant notamment le langage et la monnaie, une *non-linéarité*, car le phénomène émergent est irréductible à la somme des parties en présence⁴³⁸ – les parties étant ici les actions individuelles particulières.

Les mécanismes d'adaptation et la robustesse du système, permis par les boucles de rétroactions, sont possibles car le système en général est plus ou moins stabilisé par *une histoire*. Sur ce point, les chapitres III et IV ont montré l'importance de l'histoire et du concept de tradition chez les néolibéraux, et en particulier chez Hayek. Le concept de tradition fonctionne comme un dispositif de stock informationnel, permettant la coordination sociale. C'est parce que le système possède cette histoire transmise par les traditions que les individus peuvent modifier intentionnellement leur plan sur une base mutuellement intelligible et donc

⁴³⁷ Il ne faut pas ici considérer la distinction entre un système et son environnement comme une distinction rigide. Si le système est ouvert, ce qui est le cas d'un système complexe, la modification de l'environnement peut être l'effet du système lui-même.

⁴³⁸ La non-linéarité suppose, pour les systèmes complexes que l'usage d'équations linéaires, de type $ax+b$ est impossible car le résultat n'est pas proportionnel aux entrées. L'émergence d'une institution sociale à partir d'interactions individuelles ne peut se comprendre par la simple superposition des actions individuelles mais implique quelque chose de plus. Hayek semble accepter cette thèse, et Lewis (2012) en propose une lecture cohérente. Bien évidemment l'émergence est un concept contesté, pour une synthèse sur ces questions voir Sartenaer (2018).

s'adapter. Plus encore, les traditions et les règles sociales, fonctionnant comme la mémoire du système, sont, elles aussi, issues d'un processus d'adaptations et d'un mécanisme concurrentiel. Hayek retrouve, à un niveau social et culturel, un processus de concurrence caractérisé par la sélection entre des règles ou systèmes de règles. Hayek développe très largement cette théorie des règles sociales comme des dispositifs qui permettent non seulement de stocker des informations permettant aux individus de se coordonner de façon rationnelle en fonctionnant comme des points de saillances dans un environnement plus ou moins stabilisé, mais aussi comme des dispositifs qui constituent les esprits individuels sur des bases communes, en constituant notamment des règles de perceptions analogues chez les individus (Hayek, 1967, chap. 3; voir aussi Gaus, 2006).

Enfin, le dernier élément important qui apparaît est *l'imbrication des structures*. Ce fait ne devrait pas nous étonner davantage car toute la théorie néolibérale est organisée autour de la dialectique entre règles et ordres, qui est notamment le titre du premier volume de *Droit, législation, liberté* (Hayek, 1973a), en d'autres termes une structure de règles, elles-mêmes issues d'un ordre spontané, constitue sans déterminer mécaniquement, un ordre des actions économiques. Le monde social est donc composé *d'ordres complexes enchevêtrés et interdépendants*, caractérisés, eux-mêmes, par des boucles de rétroactions et des mécanismes d'adaptations. Comme l'expriment Lewis et Lewin (2015) la théorie de Hayek est caractérisée par une ubiquité des ordres spontanés, qui décrivent aussi bien l'évolution historique des règles sociales que la formation de l'esprit humain d'un point de vue psychologique, en passant par le fonctionnement et l'évolution des normes sociales et le fonctionnement du marché.

Hayek ne retombe pourtant pas sur une conception organiciste de la société, dans laquelle le tout possède une existence propre et dans laquelle les individus remplissent des fonctions – bien que certaines règles puissent remplir des fonctions sociales sélectionnées dans un processus évolutionnaire. En effet, les interactions entre les ordres et les composantes n'impliquent pas une causalité descendante dans laquelle les parties sont déterminées à réaliser une téléologie objective, c'est-à-dire la finalité du tout. La coopération sociale est différenciée, et produit, par une dynamique concurrentielle de nouvelles données par et pour les individus eux-mêmes. La concurrence comme mécanisme de sélection des règles sociales et des pratiques est tout autant un phénomène de coopération qu'un phénomène de différenciation entre groupes et individus.

Tout cela nous indique que les truismes de la complexité s'appliquent remarquablement bien à la théorie hayékienne. Néanmoins, une question reste ouverte, qui est notamment mentionnée par Gaus (2018a), relativement à la quantification de la complexité chez Hayek. La question de la quantification de la complexité est, selon les aveux de Ladyman et Wiesner (2020, chap. 4), extrêmement complexe et non résolue aujourd'hui. Pour mesurer la complexité d'un système on mesure le plus souvent une des caractéristiques de la complexité (le nombre d'interactions, la capacité d'adaptations, la force des feedbacks etc.). Il serait difficile de donner une réponse de Hayek sur cette question, bien qu'il admette des degrés de complexités différents en fonction des systèmes (Hayek, 1973a, 42). Gaus (2018a) propose utilement une distinction entre *complexité maximale* et *complexité modérée*. La complexité maximale suppose qu'il y a une relation chaotique entre le système de règles et l'ordre des actions émergents, c'est-à-dire que la plus petite modification du système de règles peut produire une transformation complète de l'ordre des actions. Dans ce cadre, les systèmes maximale ont des propriétés holistiques, c'est-à-dire que l'ensemble des règles sont solidaires dans la production d'un effet. Dans un tel ordre complexe la modification d'une règle est donc un acte très largement incertain car il est impossible d'exprimer l'ordre des actions résultant dans un langage probabiliste. Dans un ordre modérément complexe, il est possible d'établir une relation entre une modification des règles et l'ordre résultant, bien que la prévision ne puisse être précise et doivent se contenter d'une prévision en termes de *patterns*, c'est-à-dire en termes de types d'effets qui résultent d'une modification d'une règle. Bien sûr, Hayek n'est pas extrêmement clair sur le type de complexité à l'œuvre dans les sociétés humaines, et on peut trouver chez lui des propos allant dans le sens d'une complexité maximale (Hayek, 1967a, 71 ; Hayek, 1988, 127⁴³⁹). Il me semble qu'on trouve, cependant, dans ses textes l'idée récurrente qu'il est possible de probabiliser les résultats d'une règle sur un ordre des actions résultant (Hayek, 1973a, 42 ; 1976a, 129-130 ; 1979a, 67). Je reviendrai sur les implications de ce point dans les sections 5 et 6.

1.3 Les leçons de la complexité

⁴³⁹ Pour cette section je me réfère aux éditions anglaises des textes de Hayek, car la traduction française passe, comme pour *La route de la servitude*, certains éléments importants de la conceptualisation hayékienne, sous silence.

Quelles sont les implications, pour la théorie politique de Hayek, d'une telle reprise des concepts des théories des systèmes complexes ? La première conséquence est que dans un système complexe les explications ne peuvent être précises et intégrales, comme cela est le cas avec les explications produites en physique, où il est possible de faire des prédictions exactes relatives à des événements très lointains, tels que des éclipses solaires⁴⁴⁰. Dans un système complexe, nous ne pouvons qu'établir des prédictions générales, autrement dit des prédictions sur des types de résultats (*patterns*) plutôt que sur des résultats particuliers (Hayek, 1955, 13). L'exemple typique d'une théorie ayant affaire à des phénomènes complexes et produisant ce type de prédictions est la théorie de l'évolution biologique (Hayek, 1964a, 31-32). La théorie de l'évolution formulée par Darwin produit, en effet, une explication de principe, nous savons par exemple que la théorie peut prédire que, sur le temps long, les espèces passant par le filtrage environnemental des variations aléatoires par l'environnement seront les mieux adaptées à leur environnement, mais nous ne pouvons certainement pas prédire exactement quelles adaptations seront conservées, étant donné le caractère aléatoire de la mutation et la complexité inhérente au processus évolutif. La première implication est qu'il est impossible, dans un système complexe, de produire des prédictions de détail ou une explication sous la forme d'une équation comportant l'intégralité des éléments. Le démon de Laplace lui-même ne saurait formuler une telle équation tout simplement car de nouveaux éléments se modifient et apparaissent en continu, tout en étant interdépendants. L'économie est dans la même situation. On peut bien sûr partir de quelques principes largement acceptés, tels que la propension à échanger et négocier (Smith, 1776, chap. 2), ou l'idée que les individus préfèrent un revenu important à un moindre (Hayek, 1964a, 35) mais cela ne suffit pas à produire des prédictions précises sur, par exemple, le prix d'un bien dans un an, car cela suppose une connaissance des informations locales et circonstanciées qui évoluent en permanence. La finance est l'exemple paradigmatique d'un système économique maximalelement complexe, mais la même conclusion vaut pour l'économie en général. On pourra prédire que si la demande d'un bien augmente alors le prix augmentera également, à offre égale, mais on ne peut pas prédire a priori sur quel bien cela se produira, ou s'il y aura un processus entrepreneurial faisant baisser le prix par la concurrence. En biologie comme en économie, nous sommes contraints pour

⁴⁴⁰ Sur ce point, Hayek (1955) associe explication et prédiction de manière discutable, mais cela dépasse le cadre de notre propos.

Hayek à fournir des explications de principes et ce non du fait d'une imperfection des disciplines, mais de contraintes liées à leur objet, qui sont des systèmes complexes⁴⁴¹.

La deuxième implication est un corollaire de la première. Si nous ne pouvons pas faire des prédictions précises sur le futur, cela signifie aussi qu'on ne peut pas *manipuler* un ordre spontané complexe de façon à produire les résultats désirés, car nous ne maîtrisons pas tous les mécanismes causaux produisant l'ordre spontané complexe. Hayek propose une critique de l'interférence avec l'ordre spontané pour des raisons aussi bien politiques qu'épistémologiques. Politiquement, le fait qu'une interférence avec un ordre structuré par des règles abstraites implique nécessairement une coercition directe sur les anticipations de certains individus, l'intervention est condamnée à être injuste (Hayek, 1976a, 128). Épistémologiquement, comme nous ne pouvons pas connaître le détail des résultats de notre interférence, notre action, en plus d'être injuste, ne peut pas être garantie. Il est tout à fait possible que l'interférence dans l'ordre bouleverse ce dernier, et produise un résultat contraire à ce qui était espéré, plutôt que conforme, puisque l'ordre spontané permettait un ajustement mutuel des anticipations. La seconde implication tirée de la pensée des ordres spontanés comme complexes est donc une critique de notre prétention à croire que nous pouvons diriger et manipuler ces ordres complexes ayant produit de la coordination. Pour le dire autrement, si un ordre spontané est complexe, les interférences ont bien des chances de bouleverser les situations de stabilité produites par des règles abstraites connues de tous ayant permis la formation d'anticipations compossibles. Prenons un exemple économique pour illustrer cela, notamment la fixation d'un prix par une autorité publique de manière discrétionnaire. Nous savons que Hayek (1944) développe une critique de l'intervention discrétionnaire sur le système du prix, et que le critère de respect du mécanisme des prix est d'ailleurs très largement accepté par les néolibéraux lors du Colloque Lippmann comme le critère d'une intervention conforme. On comprend mieux, avec les apports de la complexité, l'argument de Hayek. Il ne s'agit plus uniquement de dire que le prix est un mécanisme de coordination qui garantit une forme d'efficacité mais aussi, plus largement, que l'intervention pour viser une fin particulière (une plus grande égalité d'accès à un bien) n'est jamais garantie de ne pas produire une multitude d'effets pervers, car on ne peut pas anticiper la façon dont les individus reformeront leurs anticipations vis-à-vis de

⁴⁴¹ Sur ce point, comme me l'a fait remarquer Kevin Hoover, la question est moins celle de la possibilité de prédire que le degré de certitude et de précision de la prédiction. Tout le monde est, par exemple, capable de prédire, malgré la complexité, que les bons du trésor des États-Unis demeureront, dans un an, proches des niveaux d'aujourd'hui, mais aucun financier ne peut déterminer avec un degré suffisant de précision ces niveaux pour faire des gains systématiques sur le marché. Le degré de précision des prédictions est toujours dépendant de (i) l'objet étudié, et (ii) ce qui est permis comme degré de précision par les autres individus pourvus des bonnes méthodes.

l'intervention, du fait d'une recomposition des anticipations à un environnement spécifique⁴⁴². Des règles générales telles que la *rule of law* permettent précisément la formation de telles anticipations (Hayek, 1944 ; 1960, 222). La défense de la *rule of law* comme le règne de lois abstraites, générales et impersonnelles est le pendant, au point de vue juridique, de l'implication épistémologique relative à la possibilité de n'établir que des prédictions de principes et non de détail dans des systèmes complexes. La théorie de la complexité offre également un argument explicatif de l'échec de la planification socialiste. Dans un système complexe telle qu'une société composée d'individus hétérogènes visant à réaliser des fins diverses, toute planification de l'ensemble conduit à intégrer des interventions *ad hoc* dans le système du fait que le système réagit de manière non prévisible, et donc à réduire la liberté des agents pour rétablir de la prévisibilité. Ultimement ou bien la situation devient totalement dysfonctionnelle et les individus n'arrivent plus à atteindre leurs fins diverses, ou les individus doivent être rendus homogènes, le nouvel homme socialiste, pour rétablir un espace de prédictibilité⁴⁴³.

Nous avons ainsi anticipé la troisième implication, la plus importante pour notre propos, que Hayek tire de son étude des systèmes complexes, et qui est exprimée par une métaphore, à savoir la métaphore du jardinier (Hayek, 1955, 19 ; 1964a, 40). Les ordres spontanés sont, en effet, décrits par Hayek comme étant *grown*, c'est-à-dire issu d'une maturation lente. Nous pouvons *intervenir sans interférer*, à partir du moment où nous ne cherchons pas à modifier les résultats mais à accompagner le processus. Pour préciser la métaphore de Hayek ce dernier préférerait certainement le jardinier anglais à un Le Nôtre pliant la nature à son dessein. Cette métaphore offre à la fois une réponse et un problème. La réponse est claire : il s'agit de mettre en conformité notre théorie politique avec les leçons que nous tirons de l'étude de systèmes complexes. En effet, le jardinier reconnaît la complexité de l'ensemble constituant son jardin, et sait qu'il ne pourra transformer les plantes, ou qu'il ne pourra changer les équilibres en vigueur sans détruire son jardin. Il doit donc respecter la *nature* des éléments composant son jardin. Mais cette métaphore introduit également un problème : si l'ordre spontané complexe a besoin d'un jardinier, c'est parce que l'on sait que le jardin laissé à lui-même peut produire des résultats néfastes, et être envahi de mauvaises herbes selon un processus endogène, ou dévasté

⁴⁴² En spécifiant l'argument ainsi, on voit également que la critique peut porter non seulement sur la planification radicale, mais aussi sur un bon nombre de mesures interventionnistes au sein d'un système capitaliste, qui ne prennent pas en compte l'adaptation des comportements individuels à la suite d'une mesure. J'ai développé, dans l'introduction, la critique de Friedman et de Lucas vis-à-vis de la synthèse néokeynésienne, qui est cohérente avec l'esprit de cette critique.

⁴⁴³ Gaus (2018a) développe une argumentation semblable, mais qui pointe avant tout le dysfonctionnement inévitable d'un tel système.

par une nuée de sauterelles, pour prendre l'exemple d'un choc exogène. Une façon évidente de répondre à ce problème est de reconnaître que le jardinier hayékien connaît le principe d'évolution de son jardin et n'agit pas en vue d'une fin particulière, en cela il applique une forme de prédiction de principe et non de détail. Mais pour pouvoir s'opposer à la croissance endogène de problèmes dans son jardin, il doit pouvoir anticiper les mauvais résultats et d'une façon ou d'une autre *interférer avec ce qui se passerait naturellement* s'il n'était pas là. Hayek décrit ainsi l'interférence :

Le but de l'interférence est donc toujours de produire un résultat particulier, différent de celui qui aurait été produit si le mécanisme avait été laissé libre de suivre ses principes intrinsèques.

(Hayek, 1976a, 129)⁴⁴⁴.

Or, cette définition de l'interférence semble bien correspondre à ce que le jardinier produit. En effet, le jardinier empêche certains résultats d'advenir, comme l'invasion du jardin par des mauvaises herbes ou des insectes, qui sont pour autant des résultats naturels de l'interaction du jardin avec son environnement. De plus la connaissance de ce qui serait produit, *si les choses avaient suivi leurs principes inhérents*, suppose davantage qu'une connaissance des principes, mais aussi des résultats que les principes, appliqués à la situation particulière, produiraient. Hayek n'est-il pas ici en train de reproduire, au niveau de sa théorie de l'interventionnisme conforme, une naïveté épistémique qu'il récusait au niveau du marché, à savoir une forme de naturalisation du processus spontané, ce qu'il prétendait précisément éviter en distinguant le spontané du naturel ? La métaphore du jardinier n'est pas en elle-même satisfaisante car le jardin anglais n'est pas une nature sauvage, mais une nature créée et maintenue par le jardinier qui n'est pas moins actif que le français. Ou bien la métaphore du jardinier est inadéquate, ou bien elle souligne la nécessité d'un type d'intervention visant à *produire un ordre spontané*. Nous verrons dans la section 4 comment la seconde option peut être mis en cohérence, sans éliminer tous les problèmes, avec la théorie normative de Hayek.

⁴⁴⁴ La version originale dit : "The aim of interference thus is always to bring about a particular result which is different from that which would have been produced if the mechanism had been allowed unaided to follow its inherent principles" (Ma traduction). La version française officielle pour ce passage, dit : "Le but de l'intervention est donc toujours de provoquer un résultat particulier, différent de celui qui se serait produit si le mécanisme avait été laissé à lui-même et avait suivi ses principes inhérents" (Hayek, 1976c, 156). En ne distinguant par interférence et intervention, il me semble que la traduction française aux PUF tord le texte, ce pourquoi je me permets de proposer une traduction alternative systématique.

On voit donc que Hayek a besoin d'une théorie normative, pour distinguer le normal et le pathologique du jardin libéral. Cela pose bien évidemment la question des normes à utiliser au sein du même niveau du système complexe.

2. L'évolution des règles : théorie positive de l'évolution culturelle

Si notre société, en tant que système complexe, ne peut être intégralement le fruit d'une délibération rationnelle, comment a-t-elle été formée ? La réponse hayékienne est claire : tout comme l'économie est un ordre spontané complexe, les règles sont également le produit d'une évolution qui est un ordre spontané complexe. Plus encore, c'est parce que la société est un ordre complexe que nous avons besoin d'une théorie évolutionnaire, la théorie évolutionnaire est ici la seule alternative crédible à une théorie téléologique, "*the only game in town*" (Gaus, 2006, 237 ; voir aussi Rosenberg et McShea, 2008, chap. 1). Si on ne peut pas déterminer les règles générales de nos sociétés de façon consciente il faut donc en donner une explication par un processus qui n'est lui-même pas centralisé.

Hayek mentionne, à plusieurs reprises, que les concepts d'évolution et d'ordres spontanés sont des idées jumelles (1973a, 23, 158 ; 1988, 146). L'évolutionnisme culturel joue donc un rôle central dans sa critique d'une forme de constructivisme du point de vue des règles (Hayek, 1964b, 1970). La théorie de l'évolution culturelle est le pendant des leçons tirés des systèmes complexes : comme il n'y a pas de possibilité d'instaurer rationnellement et de façon délibérée un ordre spontané, il faut proposer une théorie de l'émergence des règles permettant la coordination et la vie en société. Bien évidemment, une forme de planification et de délibération peut exister pour Hayek, qui se défend à de multiples reprises d'être un anti-rationaliste⁴⁴⁵, mais celle-ci ne peut prendre place *qu'au sein* d'un ordre plus général qui n'est pas planifié. Les formules hayékiennes sont sans équivoques : la rationalité est le résultat d'un processus évolutionnaire, et non sa cause (Hayek, 1979a, 75), la civilisation n'est pas le résultat d'un design humain mais d'une évolution adaptative (Hayek, 1960, 23, 59, 1973, 46), et les règles qui ont rendu la croissance de l'ordre spontané complexe dans lequel nous vivons n'ont jamais été délibérément choisies ni n'auraient pu l'être (Hayek, 1973a, 50). En définitive "*Nous n'avons jamais designer notre système économique. Nous n'étions pas assez intelligents pour*

⁴⁴⁵ Voir notamment Gray (1984) sur l'importance du kantisme pour Hayek, et la similarité, selon lui, de leurs approches, visant à pointer l'extension de la raison au-delà de ses usages légitimes.

cela" (Hayek, 1979a, 164, italiques dans l'original)⁴⁴⁶. Il faut donc à Hayek une théorie permettant de rendre compte de l'émergence des règles et de notre système économique, cette théorie prend la forme d'une théorie de l'évolution culturelle.

Hayek développe sa théorie de l'évolution culturelle, à partir des années 1950 (Caldwell, 2000 ; Angner, 2002). Les exposés les plus systématiques de sa théorie se trouvent dans trois sources, à savoir "Notes on the evolution of systems of conduct" (Hayek, 1967a), l'épilogue de *Droit, Législation, Liberté*, intitulé "Les trois sources des valeurs humaines", et *La Présomption fatale* (1988)⁴⁴⁷, mais tous les textes de la période mentionnent ou portent les marques d'un tournant évolutionnaire. En cela, Hayek était, comme le reconnaît David Sloane Wilson (2020, 152), un des grands théoriciens de l'évolution multi-niveau contemporain, Hayek est ainsi un des pionniers en théorie de l'évolution culturelle, qui a certainement posé des bases, bien qu'incomplètes et parfois floues, dans ce domaine, et ceci à une époque où l'évolution culturelle était considérée comme une forme de darwinisme social aux relents fascistes, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui (Gaus, 2019)⁴⁴⁸.

Dans cette section, je présente la théorie de l'évolution culturelle de Hayek, et je montre comment celle-ci vient répondre au problème de la sélection des règles, sans faire intervenir de point de vue rationnel extérieur au processus évolutionnaire. Les règles sont, pour Hayek, le résultat d'une évolution adaptative ayant produit des règles produisant des résultats particuliers dans des circonstances spécifiques. Le résultat, typique d'un système complexe, est prisé par Hayek comme étant difficilement modifiable. Néanmoins l'évolutionnisme, comme la théorie des systèmes complexes, ne possède pas de prémisse normative à même de déterminer pourquoi il faudrait défendre le libéralisme contre d'autres résultats éventuels de l'évolution culturelle.

⁴⁴⁶ L'original dit : "*We have never designed our economic system. We were not intelligent enough for that*" (Ma traduction). La traduction dit : "Nous n'avons jamais inventé notre système économique ; nous n'étions pas assez intelligents pour le faire" (Hayek, 1979b, 198). Je préfère garder le terme de "design" qui est au cœur du propos de ce chapitre, plutôt que de passer par la traduction, à mon avis impropre, par "invention".

⁴⁴⁷ Ce dernier texte est à considérer avec davantage de suspensions. Comme l'éditeur actuel des œuvres complètes de Hayek, Bruce Caldwell, le note ce texte a été écrit avec l'aide d'un éditeur, Bartley (le premier éditeur des œuvres complètes de Hayek), qui a été soupçonné d'infléchir à certains endroits le propos hayékien.

⁴⁴⁸ Et très certainement à raison puisque le paradigme de l'évolution culturelle est très largement critique de l'approche génocentrée caractéristique de la sociobiologie ou encore des dérapages courants, bien que non systématiques, de la psychologie évolutionnaire. Pour un survol éclairé de ces débats voir Rosenberg et McShea (2008, chap. VI).

2.1 Quel évolutionnisme ?

"Évolutionnisme" est en soi un terme ambigu, qui peut renvoyer à différents principes. En ce qui concerne Hayek, trois influences peuvent être considérées comme nourrissant son évolutionnisme : (i) l'importance de Carl Menger, (ii) l'évolutionnisme qu'on trouve chez les Lumières écossaises, comme Ferguson, Mandeville, Hume et Smith, et (iii) la théorie darwinienne. Cette question est d'autant plus complexe que Hayek lui-même propose une généalogie de sa propre pensée, en écartant la primauté de la théorie darwinienne au profit d'une tradition évolutionnaire écossaise (Hayek, 1973a, 23 ; 1979a, 154 ; 1988, 23-24), ou en exprimant explicitement que sa théorie de l'évolution culturelle n'est pas darwinienne (Hayek, 1988, 23). En suivant ici Angner (2002) ou encore Marciano (2009) l'influence la plus déterminante est, malgré ce que Hayek en dit lui-même parfois, la théorie darwinienne de l'évolution.

L'importance de Menger pour Hayek est indiscutable (Gray, 1984, 16), et ce notamment pour sa théorie de l'évolution institutionnelle. L'exemple le plus caractéristique de cela est la monnaie ou le langage, qui sont, dans la perspective mengérienne, des institutions émergentes des interactions humaines et de leurs besoins, sans qu'aucun individu ne décide individuellement de mettre en place ces institutions. Menger a certainement tracé le sillon menant Hayek à une théorie de l'évolution culturelle, mais le mécanisme d'explication des deux auteurs autrichiens diffère. Chez Menger, dans *Principles of Economics* (1981), ce qui permet d'expliquer l'émergence de la monnaie est *l'intérêt individuel*. Chaque individu ayant intérêt à échanger ses biens contre d'autres biens plus fluides (*i.e* s'échangeant plus facilement), les individus sont amenés à faire émerger un bien qui sert d'étalon pour tous les autres, à savoir une monnaie d'échange (préférentiellement transportable, divisible et quantifiable). L'explication de Menger de l'émergence d'une institution provient d'un mécanisme de type main invisible, dans lequel l'intérêt individuel des individus converge vers l'émergence d'un mécanisme de coordination. Cette explication n'est pas celle que Hayek défend puisque, dans sa propre théorie de l'évolution culturelle, il fait appel à un autre mécanisme explicatif pour l'émergence des règles sociales. On ne peut donc pas considérer que l'évolutionnisme hayékien est d'obédience mengérienne sur la question.

Il est impossible de sous-estimer l'intérêt de Hayek pour les auteurs écossais, qu'il a très largement commenté, qu'il s'agisse de Hume (Hayek, 1963), Mandeville (Hayek, 1966),

Ferguson (1979a, 159) ou Smith (Hayek, 1976b)⁴⁴⁹. Hayek défend, par ailleurs, que ce sont ces auteurs qui ont été des darwiniens avant Darwin (Hayek, 1973a, 23), ou même qu'ils ont directement influencé Darwin lors de l'écriture de *l'Origine des espèces* (Hayek, 1988, 24). Il est certain que ces auteurs ont une importance majeure pour Hayek, mais la théorie de l'évolution culturelle qu'on trouve chez eux est très largement inchoative, incomplète et non satisfaisante. On aurait ainsi bien du mal à trouver chez n'importe lequel de ces auteurs une théorie cohérente de la sélection des règles culturelles, et donc une explication de leur évolution. Chez Hume, on trouve bien une explication de l'émergence de conventions à partir de l'intérêt des individus, et chez Smith une théorie expliquant l'existence de certaines normes sociales à partir du processus sympathique, mais cela ne permet pas d'expliquer le mécanisme de sélection de règles concurrentes. Si Hayek est bien inspiré par les auteurs écossais, ils ne lui fournissent pas les conditions suffisantes d'une théorie complète de l'évolution des règles sociales et culturelles. L'évolutionnisme hayékien ne peut donc être celui des lumières écossaises, car on ne peut pas trouver de principes cohérents, chez ces auteurs, d'une théorie de l'évolution culturelle.

Reste donc la théorie darwinienne, à laquelle Hayek reconnaît des vertus comme exemple paradigmatique d'une science d'un système complexe (Hayek, 1955), mais à laquelle il récuse la priorité d'un point de vue historique. Deux éléments peuvent expliquer ce dernier point. D'une part, parce que la théorie de l'évolution darwinienne est dominée, au moment où Hayek écrit, par une interprétation génocentrée de l'évolution⁴⁵⁰, qui considère que la transmission d'information se fait uniquement par le biais de la reproduction sexuée léguant un héritage génétique à la descendance. Hayek critique à deux endroits ce génocentrisme lorsqu'il mentionne la sociobiologie, qui commet selon lui cette erreur (Hayek, 1979a, 153 ; 1988, 24), en se rendant aveugle aux spécificités de l'évolution culturelle. Cette approche génocentrée est problématique car elle rabat l'évolution sur une forme de nature, ce que Hayek refuse nettement, en ayant distingué son approche de la dichotomie classique entre nature et culture, pour distinguer un troisième terme qu'il fait sien, à savoir l'évolution spontanée. Pour autant, Darwin lui-même ne pouvait proposer de vision génocentrée car il ne pouvait, à l'époque où il écrivait, connaître le concept de gène, qui n'est devenu une entité décisive qu'à partir de la

⁴⁴⁹ Voir Le Jallé (2003), pour une lecture critique de la relation entre Hayek et ces auteurs écossais, principalement à Mandeville, Hume et Ferguson.

⁴⁵⁰ Pour une analyse des débats sur le génocentrisme entre Dawkins et Sober et Wilson en biologie on lira l'introduction à la philosophie de la biologie de Rosenberg et MacShea (2008, chap. VI). L'approche de Dawkins, vulgarisée dans son livre *Le gène égoïste* (1976), est caractéristique du génocentrisme.

réception des travaux de Mendel sur l'hérédité au début du XX^{ème} siècle. Plus encore, Darwin avait ouvert la voie à une compréhension de la sélection à partir de groupes, particulièrement dans *La Descendance de l'homme*, où on peut lire le passage suivant :

Or si, dans une tribu quelconque, un homme plus sagace que les autres vient à inventer un piège ou une arme nouvelle, ou tout autre moyen d'attaque ou de défense, le plus simple intérêt, sans qu'il soit besoin d'un raisonnement bien développé, doit pousser les autres membres de la tribu à l'imiter, et tous profitent ainsi de la découverte. La pratique habituelle de chaque art nouveau doit aussi, dans une certaine mesure, fortifier l'intelligence. Si la nouvelle invention est importante, la tribu augmente en nombre, se répand et supprime d'autres tribus. Une tribu, devenue ainsi plus nombreuse, peut toujours espérer voir naître dans son sein d'autres membres supérieurs en sagacité et à l'esprit inventif.

(Darwin, 1871, 139).

D'autre part, Hayek défend une vision particulière de la sélection culturelle fondée sur un principe qu'est la *sélection de groupe*, qui stipule que les règles sont issues d'un processus concurrentiel entre groupes, et que ce sont les groupes connaissant le plus de succès grâce à leurs règles qui s'étendent et sont donc sélectionnés. Or, cette hypothèse est critiquée en biologie à l'époque où Hayek écrit⁴⁵¹ et il prend donc soin de distinguer l'usage de la sélection de groupe en biologie et l'usage qu'il en fait en sciences sociales (Hayek, 1988, 25).

Néanmoins, et malgré ces réserves quant à l'approche génocentrée et les discussions relatives à la sélection de groupe en biologie, c'est bien de travaux de biologistes et de zoologistes se situant dans le cadre de la théorie de l'évolution darwinienne que Hayek tire les principes fondateurs de sa théorie de l'évolution culturelle. Comme l'a montré Angner (2002) c'est par le biais de Carr-Saunders, que Hayek cite dès qu'il parle d'évolution culturelle, et plus largement du groupe de zoologistes d'Oxford, notamment Wynne-Edwards ou Julian Huxley, que Hayek hérite des conceptions de l'évolution culturelle et les applique pour résoudre ses propres problèmes. Il s'agit donc d'une influence darwinienne qui ne s'identifie pas au

⁴⁵¹ Pour un travail philosophique et technique sur la question de la sélection de groupe, et plus largement le problème du "niveau de sélection" dans le cadre de la théorie de l'évolution, la référence incontournable est Okasha (2006).

darwinisme dominant de son époque, et encore moins au 'darwinisme social', auquel Hayek est parfois rattaché.

2.2 L'évolution culturelle : la conformité aux principes généraux de la théorie de l'évolution

Que vise exactement l'évolution culturelle pour Hayek ? Il s'agit d'une évolution des règles de conduite, des traditions, des normes gouvernant nos pratiques, mais aussi nos façons de percevoir (Hayek, 1962 ; 1988, 12). Les règles sont aussi bien – j'y reviens plus tard – des pratiques incorporées que des codifications conscientes ou semi-conscientes. Le phénomène qui intéresse avant tout Hayek est la façon dont l'évolution a produit des systèmes de règles permettant l'émergence d'un ordre complexe des actions, comme celui connu par les sociétés modernes occidentales à partir du XVIIIème siècle, ce que Hayek appelle parfois un 'ordre étendu' par opposition avec l'existence tribale des premiers humains.

Le concept de règle est central car une société est précisément constituée pour Hayek avant tout par un ensemble de règles (Hayek, 1967a, 67) qui ne sont, pour la plupart, pas connues en tant que tel mais incorporées par les individus sans être pour autant le résultat d'une transmission génétique. Les règles renvoient ici aux normes sociales. Comme l'exprime Hayek :

La culture n'est ni naturelle ni artificielle, elle n'est ni transmise génétiquement ni rationnellement élaborée. Elle est transmission de règles apprises de conduite, qui n'ont jamais été inventées et dont la fonction reste habituellement incomprise des individus qui agissent.

(Hayek, 1979c, 155)⁴⁵².

Gaus (2006, 247-252) explique, par ailleurs, comment ces règles sont incorporées par des individus, pour produire des dispositions à agir. Si on se rappelle les éléments développés dans notre présentation des arguments de *Sensory Order* (chapitre III), nous pouvons comprendre comment la théorie des règles peut s'associer avec la théorie connexionniste de Hayek, où le

⁴⁵² L'original dit : "Culture is neither natural nor artificial, neither genetically transmitted nor rationally designed. It is a tradition of learnt rules of conduct which have never been 'invented' and whose functions the acting individuals usually do not understand" (Hayek, 1979a, 155). Je suis ici la traduction aux PUF qui est correcte.

système nerveux central se recompose en fonction de nouveaux inputs. Apprendre une règle sociale, c'est composer un réseau neuronal qui associe des *inputs* sensoriels avec des *outputs* comportementaux (Lewis, 2015) – ce que Hayek décrit dans le processus de classification opéré par l'esprit –, produisant des types de phénomènes reconnaissables et des classes de sensations identifiables (Gaus, 2019). L'esprit humain doit être compris comme étant intégré dans une structure de règles, et le cerveau comme un organe capable d'absorber les règles culturelles (Hayek, 1979a, 155). Pour le dire avec le langage contemporain des sciences cognitives : il y a bien des modules cognitifs dans le cerveau humain, mais ces modules ne sont pas uniquement le produit d'une évolution biologique et génétique à l'époque des chasseurs-cueilleurs, comme le défend par exemple la psychologie évolutionnaire, mais également le produit d'un apprentissage social permis par une plasticité neuronale.

Hayek insiste donc sur la dimension *apprise (learnt)* des règles, mais cela ne signifie pas que cet apprentissage soit nécessairement conscient. Hayek distingue d'ailleurs plusieurs types de règles à deux endroits, "Les erreurs du constructivisme" (Hayek, 1970) et dans "Les trois sources des valeurs humaines". Les règles peuvent ainsi être (i) totalement implicites et inexprimées, comme le "sens de la langue", (ii) exprimées mais renvoyant à une formulation a posteriori d'une pratique traditionnelle déjà en place ou (iii) des règles délibérément mises en place, que l'on peut exprimer clairement (Hayek, 1970, 33). Plus tard Hayek parlera de "stratifications des règles" (Hayek, 1979a, 159) en distinguant les règles biologiques, profondément ancrées dans notre biologie, qui sont des règles d'apprentissage, par exemple les règles d'apprentissage du langage, Hayek cite Chomsky sur ce point (Hayek, 1969), et les règles traditionnelles qui, sans être davantage explicites pour la plupart, sont le résultat d'un processus évolutif. Hayek ne nie pas qu'il existe une dimension biologique à la capacité d'apprentissage, mais il tend à nier que cette capacité implique des comportements prévisibles, car ceux-ci dépendent très largement des circonstances évolutionnaires rencontrées par des sociétés spécifiques. Plus encore pour Hayek l'évolution culturelle double l'évolution génétique (Hayek, 1979a, 156) car elle permet une adaptation bien plus rapide que la lente sélection génique à partir de mutations aléatoires. En cela l'évolution culturelle "imite le lamarckisme" (Hayek, 1988, 25)⁴⁵³.

⁴⁵³ Cédric Paternotte m'a indiqué sur ce passage que les discussions en philosophie de la biologie nécessiteraient davantage de précisions : la fitness culturelle n'est pas la fitness biologique, et le lamarckisme implique des différences notables avec la sélection naturelle. Les proximités de l'évolution culturelle avec l'évolutionnisme

Un des facteurs importants de cette évolution décrite par Hayek est le fait que la sélection des règles qui structurent les groupes se fait de façon très largement inconsciente. Le processus de sélection des règles n'est pas guidé par la raison, mais par le succès du groupe (Hayek, 1979a, 166), et les règles elles-mêmes, du fait qu'elles sont pour la plupart inexprimées et implicites, ne peuvent être délibérément changées. Ceci permet aussi d'expliquer un phénomène important pour Hayek, à savoir que les règles qui sont sélectionnées peuvent très largement déplaire aux individus (Hayek, 1979a, 168 ; Caldwell, 2000, 2002). En effet, une règle peut être sélectionnée pour son succès au niveau du groupe, tout en déplaisant aux individus pris indépendamment. L'exemple paradigmatique de cela sont les institutions du marché, que l'auteur autrichien décrit comme une véritable contrainte, une "discipline", pour les individus (Hayek, 1976a, 133 ; 1979a, 163).

À ce stade, nous y voyons plus clair sur le phénomène et le processus que vise Hayek, mais nous n'avons pas encore explicité les principes qui, pour Hayek, expliquent le processus d'évolution culturelle. Pour présenter cela il est utile de passer par une exposition des trois principes qui définissent, chez Darwin, une théorie évolutionnaire. Ces principes sont ceux de l'adaptation⁴⁵⁴, que Rosenberg et McShea (2008, 16) expriment de la manière suivante :

1. Il y a une adaptation lorsqu'il y a reproduction avec un héritage de certains traits phénotypiques⁴⁵⁵ dans les générations suivantes.
2. Au sein de chaque génération les traits phénotypiques hérités connaissent toujours une variation⁴⁵⁶.
3. Les variantes héritées diffèrent dans leur valeur sélective (*fitness*), c'est-à-dire dans leur adaptation à leur environnement.

darwinien se trouvent au niveau des principes de l'adaptation et ne consistent donc pas en une identité stricte avec ce qui est, par ailleurs, produit en biologie évolutionniste.

⁴⁵⁴ Bien évidemment, l'adaptation n'est pas le seul principe de la théorie évolutionnaire, un autre principe important étant la dérive génétique, ce que rappellent Gould et Lewontin (1979). Néanmoins, Hayek fait principalement mention de l'adaptation, je laisse donc les débats sur la dérive génétique de côté. On trouvera une discussion relative à ces questions dans Rosenberg et McShea (2008, chap. 2).

⁴⁵⁵ J'utilise l'expression de 'traits phénotypiques' pour traduire '*traits*', ce qui correspond à une caractéristique d'un organisme, relatif à son apparence, son comportement, son anatomie ou sa physiologie moléculaire. La couleur des yeux est par exemple un trait phénotypique, qui connaît plusieurs variations (yeux bleus, marrons, verts).

⁴⁵⁶ En anglais les auteurs disent "some variation", ce qui indique que l'ampleur de la variation est généralement faible, mais le quantificateur est indéterminé et laisse ouvert la possibilité d'une variation importante.

À ces principes généraux il faut ajouter deux autres concepts importants que sont ceux d'*interacteur* et de *réplicateur*, qui apparaissent chez Dawkins (1976). Un réplicateur est une entité qui reproduit sa structure à l'identique lors de réplifications successives, alors qu'un interacteur est un élément de cohésion vis-à-vis de l'environnement et qui interagit donc avec celui-ci. En biologie, l'interacteur typique est un organisme, et le réplicateur généralement considéré est le gène. Mais il faut noter qu'une théorie peut être en accord avec les principes généraux de la théorie de l'évolution, tels qu'exprimés dans la version ci-dessus, sans pour autant considérer que le réplicateur doit être le gène puisqu'en droit n'importe quelle entité remplissant une fonction de réplification peut être en accord avec la théorie de l'évolution. La théorie de Hayek a souvent été critiquée comme étant incapable de correspondre clairement à la théorie de Darwin. Or, il me semble au contraire que la théorie de l'évolution de Darwin est formulée dans ses principes de façon suffisamment générale pour qu'on puisse produire une formulation de la théorie de Hayek qui corresponde assez bien avec celle-ci.

Pour être cohérente une théorie évolutionnaire doit comporter une unité de sélection, un interacteur, une source de variation, un réplicateur et un mécanisme de sélection (Caldwell, 2000, 297 ; Gaus, 2006, 241sq). *L'unité de sélection* est explicite chez Hayek, il s'agit de ce qu'on peut regrouper sous le terme de règles (à savoir les normes, traditions, pratiques incorporées) qui sont ce qui permet de différencier des groupes en faisant émerger des ordres d'action au sein d'un système de règles. Les règles sont donc héritées et transmettent des traits phénotypiques au sein des générations suivantes (*i.e* des comportements). Les groupes structurés par des règles sont donc *les interacteurs*, caractérisés par un ordre d'action lui-même irréductible au système de règle (Hayek, 1967a, 66)⁴⁵⁷. Le premier principe de la théorie darwinienne est vérifié.

La *source de variation*, qui correspond au second principe de la théorie darwinienne, est, elle, plus rarement explicitée par Hayek. Caldwell (2000, 297) identifie un tel processus dans le caractère dynamique de la concurrence entre individus. Il me semble qu'on trouve la

⁴⁵⁷ Les raisons de cette différence entre système de règles et ordre des actions sont importantes à avoir à l'esprit : (i) un même ordre d'action peut résulter d'un ensemble de règles différentes, (ii) *a contrario* le même ensemble de règles peut produire des ordres d'actions différents en fonction des circonstances et de l'environnement considéré et (iii) si l'ordre des actions est plus ou moins conscient, ce n'est pas le cas de l'ensemble de règles. Ces différences ont pour implication qu'il n'y a pas de relation mécanique entre l'instauration d'une règle et une résultante en termes d'actions, car la règle interagit avec une multitude d'autres éléments qui rendent la prédiction de détail impossible : la relation entre règle et ordre prend place dans un système complexe. Sur ce point, voir Mack (2006).

mention par Hayek d'une telle source de variation lorsqu'il indique que la plupart des étapes dans l'évolution de la culture n'ont été possibles que parce qu'un individu a brisé une règle traditionnelle et proposé une nouvelle forme de conduite (Hayek, 1979a, 161). Il est difficile de produire une théorie de l'émergence de tels comportements, car ils sont éminemment dépendants des circonstances mais on peut faire l'hypothèse raisonnable, en suivant Gaus (2006, 246), que la survenue de ce type de "mutations" n'est pas totalement aléatoire, mais répond à des problèmes. Lorsqu'une règle est répliquée dans un environnement qui tend à évoluer, du fait d'innovation technique, de la croissance d'un groupe, d'un changement de localisation ou encore de relations avec d'autres groupes, elle peut devenir maladaptée, ce qui la fait entrer en situation de crise. En somme, la défection vis-à-vis des règles a plus de chance d'advenir lorsque la règle est dysfonctionnelle et produit des résultats que les individus perçoivent de plus en plus comme des contraintes. Des règles implicites et traditionnelles usuellement interrogées deviennent conscientes et sont le sujet de défection lorsqu'elles entrent en crise. Cela correspond à ce que, en économie, nous connaissons sous le nom de processus entrepreneurial. Une clause est nécessaire pour concorder avec l'esprit général de la théorie de Hayek : si un individu peut briser une règle de manière plus ou moins réfléchie en la considérant comme non-pertinente, cela ne signifie pas qu'*au niveau de la sélection* le choix soit délibéré – c'est-à-dire que cela ne se situe pas au niveau d'une instance gouvernante qui guiderait le processus. L'individu peut fort bien briser ou modifier une règle en place et être imité par les autres individus non pas parce qu'il a raison – en un sens logique, puisqu'il pointe par exemple des incohérences injustifiées dans le système de règles en place – mais parce que la nouvelle règle qu'il met en place introduit un succès plus important, ce qui correspond au troisième principe de la théorie darwinienne, à savoir que la valeur sélective du nouveau comportement est plus élevée dans le nouvel environnement considéré. Le modèle de Hayek autorise bien du choix rationnel et conscient chez les individus, mais cela se produit très largement en deçà du niveau d'un organe central de prise de décision. La décision prise par un parlement ou un gouvernement pour modifier ou émettre de nouvelles règles ne constitue ainsi qu'une part très minoritaire de l'évolution culturelle, et *ne permet pas de guider l'ensemble du processus*.

Pour que la théorie soit complétée, il faut préciser la façon dont la règle peut se répliquer au sein d'un groupe. Trois candidats, certainement complémentaires, apparaissent sur ce point. Une façon de répliquer les règles est l'imitation. Il est certain que l'imitation est mentionnée à plusieurs reprises par Hayek. On peut par exemple lire que nous imitons les individus qui connaissent un succès en imitant leur comportement, par exemple un comportement rationnel.

Ce comportement est amené à se généraliser et s'étendre par imitation (Hayek, 1960, 59 ; 1979a, 75 ; 1988, 12, 21), chose qui est confirmée par une seconde mention du concept pour désigner la façon dont les règles sont transmises dans la sélection culturelle (Hayek, 1979a, 155). Mais pour qui a déjà joué à un jeu d'imitation, *e.g* téléphone arabe, l'imitation ne peut être considérée comme un mécanisme de répllication extrêmement fiable. Le deuxième candidat est bien sûr le langage, qui permet une répllication plus exacte d'une règle écrite. Néanmoins, deux problèmes majeurs viennent affaiblir le rôle donné au langage pour l'ensemble de la sélection culturelle: (i) le langage a pu apparaître relativement tardivement dans le processus de sélection culturelle et donc ne pas constituer l'unique facteur de répllication, (ii) si la plupart des règles sont implicites et inexprimées, ou ne sont exprimées qu'après avoir été stabilisée, comme le pense Hayek pour plusieurs règles, alors le langage ne peut être un facteur de répllication fiable et général. Le troisième candidat a été explicité par Gaus (2006, 251), insistant sur la dimension éminemment sociale de la formation du cerveau humain :

Nous pouvons voir comment les règles sociales ont une fidélité élevée, mais pas parfaite. Elles ont une fidélité élevée parce que nous ne nous contentons pas d'imiter le comportement des autres, en essayant de copier leurs produits [...]. Au contraire, notre environnement similaire nous imprime des cartes similaires du monde, qui incluent des perceptions similaires des instances comme étant "les mêmes" et des types d'actions similaires comme étant "la même" réponse. Dans un sens fondamental, nous disposons d'un ensemble similaire d'instructions – les réseaux neuronaux⁴⁵⁸.

Il faut noter ici que ce mécanisme de répllication introduit aussi une variabilité, ce qui conduit à renforcer notre point précédent, mais aussi à affaiblir le premier principe car la reproduction des règles ne se fait jamais exactement à l'identique. Il faut noter ici que cela n'introduit pas de faille insurmontable dans le raisonnement. Le fait que la répllication ne soit pas à l'identique est une force pour une règle : le caractère abstrait d'une règle encourage l'évolution en soutenant des pratiques et des interprétations diverses. Ce qui permet, précisément, à une coutume de se maintenir, est qu'elle est capable de soutenir une multitude de pratiques et de variations dans laquelle elle demeure identifiable.

⁴⁵⁸ L'original dit : "We can see how social rules have high, but not perfect, fidelity. They have high fidelity because we are not simply imitating the behavior of others, trying to copy their products [...]. Rather, our similar environment impresses on us similar maps of the world, which include similar perceptions of instances as 'the same' and similar types of actions as 'the same' response. In a fundamental sense, we have a similar set of instructions – neural networks" (Ma traduction).

Une fois ces éléments en place la logique générale de la théorie de l'évolution culturelle de Hayek peut être résumée ainsi : des groupes diffèrent lorsque leur système de règle produit des ordres des actions distincts. Il y a une concurrence entre groupes relativement au succès rencontré dans un environnement donné, si bien qu'un groupe peut se trouver dominant du fait du type de règle auquel il obéit, qui offre un avantage adaptatif. Cela signifie donc que la règle performe une *fonction* sociale particulière. Pour que ce modèle soit totalement cohérent, il faut ajouter que la sélection des règles ne s'opère pas uniquement entre les groupes, mais aussi à l'intérieur de ces groupes, avec l'énonciation de nouvelles règles, ou plus probablement la modification de règles existantes, par des individus qui sont donc imités et qui, produisant un sous-groupe, font émerger une nouvelle règle au niveau supérieur. À mon sens, le modèle hayékien mobilise non seulement l'hypothèse de sélection de groupe mais suppose plus largement une sélection multi-niveau (individu, sous-groupes, groupes)⁴⁵⁹. Quelques exemples peuvent illustrer cette logique générale, bien que ceux-ci ne doivent être pris comme des descriptions empiriques de ce qui s'est réellement produit historiquement. Dans un environnement géographique dans lequel trois tribus, A, B et C, cohabitent, seule la tribu A développe un langage, alors que les tribus B et C n'ont pas d'équivalent structuré. Le langage permet ainsi à cette tribu A d'échanger davantage d'informations sur l'environnement, en permettant une plus grande précision, concision et efficacité, notamment pour développer des plans, ou une forme de justice interne. *Ceteris paribus*, les règles linguistiques offrent un avantage à la tribu A, si bien qu'elle peut accaparer une plus grande part des ressources de l'environnement donné et donc croître. À ce stade, les tribus B et C se font probablement éliminer de cet environnement par la tribu A qui devient dominante, rejoignent A ou apprennent son langage de façon à pouvoir survivre. Les règles linguistiques sont sélectionnées par le processus de concurrence, car les groupes concurrents doivent ou bien adopter ces règles (ou une version modifiée mais performant les mêmes fonctions) ou disparaître. Une démonstration analogue peut être faite avec la monnaie. L'absence de monnaie introduit des coûts de transaction importants dans une société de troc. En effet, si chaque individu possède des biens spécifiques, ils ne peuvent échanger avec autrui que s'ils possèdent *exactement* ce qu'un autre individu désire (ou alors, en complexifiant, passer par un réseau : je donne un arc à X qui me donne un livre, car je sais que Y veut un livre contre son poulet). Un groupe qui, dans ces conditions, développe une monnaie, à savoir un bien qui est universellement accepté dans le groupe comme moyen d'échange, probablement un bien divisible, quantifiable et transportable,

⁴⁵⁹ Chose d'ailleurs défendue par Hodgson (1991) contre Vanberg (1986).

dont la valeur (la désirabilité sociale) n'est pas importante au préalable, connaîtra un avantage évolutif important, car la monnaie réduit très largement les coûts de transaction et de recherche d'information entre individus.

Hayek propose donc une théorie très générale de la sélection de groupe, qui est compatible avec plusieurs explications de détails en fonction des cas. Comme le remarque Sugden (1993, 399), plusieurs modèles de sélection de groupe peuvent être considérés en fonction des passages où Hayek défend cette notion : une sélection par imitation, par extermination, par migration, par reproduction. Néanmoins, Sugden énonce ce fait comme une critique, alors que cela montre juste que Hayek n'est arrivé qu'à formuler les principes généraux de l'évolution culturelle, compatibles avec plusieurs types d'explications de détails⁴⁶⁰. En cela, sa théorie demeure très générale, inchoative, non formelle, incomplète et certainement peu utile sous cette forme pour mener des analyses empiriques, mais ne se trouve pas être en contradiction avec les principes généraux de la théorie de l'évolution, ce qui était l'objectif de notre démonstration dans cette partie.

2.3 Un évolutionnisme incohérent ?

L'hypothèse de la sélection de groupe, qui est le cœur de la théorie de l'évolution culturelle de Hayek, a été néanmoins très largement critiquée, soit pour des raisons logiques, soit pour l'application qu'en fait Hayek⁴⁶¹. La théorie de la sélection de groupe serait (i) contradictoire avec l'individualisme méthodologique soutenu, par ailleurs, par Hayek, (ii) une théorie dépassée au sein de la biologie évolutionnaire et incohérente logiquement et (iii.1) l'utilisation qu'en fait Hayek serait normative et conduirait à une forme d'adaptationnisme naïf, à la fois normativement et descriptivement problématique, (iii.2) contradictoire avec ses positions libérales. Dans cette sous-section nous traiterons ces différents points d'importance croissante. Il est important de discuter ces points, pour montrer à quel niveau notre propre interprétation de Hayek joue.

⁴⁶⁰ Par ailleurs, les arguments de Sugden pour mettre de côté la sélection de groupe sont faibles : (i) il fait référence aux débats en biologie, sur quoi notre prochaine partie répond, (ii) il donne un contre-exemple le langage anglais qui est devenu dominant, en montrant que la concurrence est entre convention et non entre groupe. Or ce point (ii) est exactement mon interprétation de la théorie de l'évolution culturelle. Un groupe est caractérisé par un ensemble de règles qu'il suit, et n'existe pas autrement qu'ainsi.

⁴⁶¹ On peut, par exemple, citer Vanberg (1986), Steele (1987), Hodgson (1993), Witt (1994), Faria, (2017) et Beck (2018).

Individualisme et sélection de groupe

La contradiction entre l'individualisme et la théorie de la sélection de groupe, développée notamment par Vanberg (1986), est la plus facile à traiter. Comme l'ont bien montré Caldwell (2002) ou plus récemment Nadeau (2016), Lewis (2020) et Gaus (2020) l'individualisme n'est pas un élément essentiel de la théorie de Hayek. L'individualisme méthodologique est, de plus, un concept mal défini, qui renvoie parfois à un programme réductionniste, une thèse ontologique sur ce que sont les "réelles entités agissantes", une défense du subjectivisme ou une théorie de l'explication en sciences sociales (une bonne explication devant partir des comportements individuels). Deux arguments peuvent être mobilisés sur ce point. D'une part, la théorie de Hayek est individualiste en un sens complexe et non réductionniste, laissant place à un émergentisme et des relations entre différents niveaux d'analyse. Si les individus sont bien en un sens toujours les seuls qui agissent, ils font naître des institutions qui, par le biais de représentations collectives, produisent des effets qui ne sont pas contrôlables par les individus eux-mêmes. D'autre part, l'hypothèse de la sélection de groupe ne rentre guère en contradiction avec le subjectivisme défendu par Hayek, qui critique les hypostases ontologiques d'un Auguste Comte, à partir du moment où le groupe n'est pas perçu comme une entité causalement indépendante des individus. Or, Gaus (2006) a bien montré dans quelle mesure une norme était sélectionnée au sein d'un groupe, à partir de variations produites par les individus qui sont ceux qui rompent, à un moment ou un autre, avec des règles en place.

La sélection de groupe et le péril de l'invasion par des individus opportunistes

Le second problème pointé est plus périlleux. C'est à nouveau Vanberg (1986) qui développe cette critique, en suivant notamment les critiques développées en biologie par Maynard Smith (1964), Williams (1966) et Dawkins (1976). Ces auteurs soulèvent un point important : la théorie de la sélection de groupe ne peut être mobilisée comme allant de soi en sciences sociales, car elle est mise à mal logiquement par l'existence de comportements opportunistes au sein du groupe. Le problème est celui de l'explication des comportements prosociaux et coopératifs. En effet, l'hypothèse de sélection de groupe est mobilisée, en biologie, pour montrer que les groupes présentant des comportements altruistes, avec notamment des individus capables de sacrifier une partie de leur bien-être pour un bien plus grand de leurs congénères, sont caractérisée par une fitness plus importante que les groupes concurrents. Cette

démonstration repose sur la distinction entre *fitness inclusive* et *fitness individuelle*. La fitness inclusive renvoie à la possibilité pour un individu de favoriser la survie ou la reproduction d'autres individus du groupe, alors que la fitness individuelle renvoie à la maximisation de sa propre fitness par un organisme⁴⁶². Illustrons cela par un exemple. Deux groupes sont en concurrence sur un même territoire, l'un est composé d'individus strictement opportunistes, l'autre d'individus coopératifs. Les deux groupes jouent donc à un dilemme du prisonnier.

Dilemme du prisonnier classique

	Coopérer	Faire défection
Coopérer	3, 3	1, 4
Faire défection	4, 1	2, 2

Le groupe coopératif possède une fitness inclusive bien plus importante, car les deux individus étant coopératifs le dilemme n'en est plus un et les individus sont capables, par définition, de choisir la solution paréto-optimale (la double coopération) plutôt que l'équilibre de Nash en stratégie dominante, choisi par le groupe non coopératif (double défection). Au niveau inter-groupe on voit donc bien l'intérêt de cette hypothèse. Mais si la sélection de groupe explique bien le succès du groupe coopératif, et la disparition du groupe non coopératif, il n'explique pas en revanche comment un groupe coopératif peut se maintenir. En effet, à l'intérieur du groupe il y a une forte incitation à ce que les individus ne soient pas coopératifs, particulièrement si tous les autres le sont. Un individu non coopératif dans un groupe coopératif est dans l'environnement idéal pour maximiser sa fitness individuelle en tirant bénéfice de la coopération naïve de ses congénères. Pour cette raison, la théorie de la sélection de groupe a été très largement récusée jusque dans les années 1990.

Cette critique de la théorie hayékienne est faible sur deux points. D'une part, parce que l'hypothèse de la sélection de groupe a été remise au goût du jour au moins depuis la publication des travaux de Sober et Wilson (1998), et a connu depuis de nombreux avocats, notamment Boyd et Richerdson (2005). Les débats sur ces questions peuvent être retrouvés dans Okasha (2006, chap. 8) et Rosenberg et McShea (2008, chap. 6). D'autre part, au-delà de cette dimension relative à l'autorité des débats en biologie comme point de référence, parce que la

⁴⁶² Notons que le concept de fitness inclusive ne renvoie pas nécessairement à l'hypothèse de sélection de groupe. La *kin-selection* (sélection de parenté) développée par Hamilton (1964) peut être expliquée par le fait que les gènes se reproduisent, et non les organismes, et donc qu'un individu peut être entraîné à se sacrifier pour sa famille, qui sont porteurs des mêmes gènes. Cette explication est notamment développée chez Dawkins (1976).

théorie de Hayek elle-même possède les armes pour répondre assez aisément aux critiques classiques de la sélection de groupe. Hayek prend soin de distinguer sa théorie de l'évolution culturelle en sciences sociales des débats sur la sélection de groupe en biologie, car selon lui les règles développées dans les sociétés humaines fonctionnent précisément de façon à éviter la prolifération de comportements opportunistes dans un groupe coopératif. Une règle qui favorise la coopération par le marché par exemple, n'existe qu'avec d'autres règles au contenu négatif qui sanctionnent les comportements opportunistes venant à voler les autres individus. Les groupes humains se protègent ainsi des comportements opportunistes destructeurs par des sanctions internes⁴⁶³.

Un usage normatif de l'évolutionnisme ?

Restent les critiques, davantage substantielles, sur l'utilisation que fait Hayek de la sélection de groupe. La première est relative au fait qu'en considérant que la sélection de groupe produit les règles les plus efficaces performant des fonctions sociales, Hayek serait conduit à soutenir une forme d'adaptationnisme naïf, selon lequel "tout ce qui existe est efficace"⁴⁶⁴. Gray (1984), Miller (1989), Voigt (1992), de Vlighiere (1994) et Leroux (1997) énoncent ainsi ce type de critiques. Si l'évolution sélectionne les formes les plus adaptées, alors le maintien d'une institution dans le temps signifie que cette institution sert une fonction sociale bénéfique. Cette thèse est également développée par Buchanan (1975) et Buchanan et Brennan (1985), quand il mentionne le travail de Hayek. De ce fait, la conséquence logique est l'impossibilité, pour Hayek, de *designer de nouvelles règles*⁴⁶⁵. Ce problème mènerait à la défense, sous une forme ou une autre, du sophisme naturaliste, à savoir que tout ce qui est (*is*), est bon, et donc doit être (*ought*). Cette lecture est très répandue et consiste à voir les théories hayékiennes de la complexité et de l'évolution culturelle le fondement normatif de défense d'une forme de *libéralisme évolutionnaire*. Cette lecture culminerait donc, comme l'exprime Naomi Beck (2018, 8), dans une philosophie conservatrice – malgré les réserves que Hayek lui-même

⁴⁶³ Ce point est très largement développé plus récemment par Bowles et Gintis (2013) par exemple, qui proposent une explication bien plus complète de ce point que Hayek, tout en se référant extensivement à la littérature expérimentale sur le sujet.

⁴⁶⁴ Le concept d'efficacité est bien évidemment ici vague et renvoie à quelque chose de plus général que lors de nos utilisations précédentes où nous faisons référence à l'efficacité des prix. En biologie l'efficacité correspond à la maximisation de la fitness reproductive, mais plus généralement le terme est utilisé pour exprimer qu'on produit le meilleur résultat possible dans des circonstances données.

⁴⁶⁵ C'est une critique extrêmement courante dans le champ de l'économie politique constitutionnelle, voir notamment les travaux de Vanberg (2008, 2011) et Peart et Levy (2008b).

professe vis-à-vis du conservatisme, notamment dans l'épilogue de la *Constitution de la liberté*. L'évolutionnisme de Hayek serait si influencé par sa théorie politique que sa position ne mériterait même pas le qualificatif d'évolutionnaire (*Ibid.*, 81) car Hayek limiterait l'évolution au développement de la société de marché, menant l'évolutionnisme de Hayek à une forme d'historicisme :

En effet, la description par Hayek de la civilisation moderne comme un ordre qui a évolué de manière totalement indépendante des intentions et des désirs des individus qui la composent pourrait être caractérisée comme une version alternative de la thèse selon laquelle l'histoire suit les lois inévitables du progrès.

(*Ibid.*, 102-103)⁴⁶⁶.

Positivement, cela revient à relever plusieurs faits importants, à savoir que l'évolution historique a donné naissance aussi bien à la société libérale anglaise du XVIII^{ème} siècle, dans laquelle Hayek puise ses racines intellectuelles, qu'à la société française pré-révolutionnaire, voulant rompre avec l'ordre établi. En cela la *tradition* constructiviste est tout autant une tradition que la tradition évolutionniste⁴⁶⁷. Même l'essor du communisme s'est construit historiquement à partir d'une évolution historique que personne n'a pu diriger dans son intégralité. Bien évidemment, le triomphe du communisme en octobre 1917 en Russie est le fruit d'un effort délibéré de la part des bolchéviks de prendre le pouvoir, mais les conditions de la prise de pouvoir et le succès de l'entreprise est dû tout autant aux intentions individuelles qu'à la maturation historique de la Russie, voire aux conséquences inintentionnelles des actions des opposants au communisme. Au-delà de ces arguments de fait, qui rappellent que si toute l'histoire est un produit de l'évolution culturelle, il n'y a pas de raison de tirer le bon grain de l'ivraie à partir de principes *eux-mêmes évolutionnaires*. En définitive, l'évolutionnisme descriptif de Hayek naviguerait entre deux eaux dangereuses : ou bien il conduit à une défense évolutionnaire du libéralisme qui confine au panglossianisme, ou bien il est incapable de fonder le libéralisme et peut tout autant justifier d'autres positions politiques et risque même de se retrouver en tension avec son libéralisme.

⁴⁶⁶ L'original dit : "Indeed, Hayek's depiction of modern civilization as an order that evolved wholly independently of the intentions and desires of the individuals who compose it could be characterized as an alternative version of the claim that history follows inevitable laws of progress" (Ma traduction).

⁴⁶⁷ Hayek (1960, chap. 4) parle de deux traditions en ce sens.

Ces critiques sont compréhensibles, car Hayek ne prend pas soin lui-même de distinguer nettement ce qui relève, dans son propos, de la théorie descriptive, sa théorie de l'explication de l'émergence et du maintien de certaines règles et de l'évolution de l'esprit humain, et ce qui relève de sa théorie normative, ce que sont les bonnes règles et sa défense du marché. Plus encore, dans certains textes de Hayek la tentation est grande de faire dériver sa critique du socialisme et sa défense du marché des implications de sa théorie évolutionnaire (Hayek, 1988, 6), ce qui laisse penser que sa théorie évolutionnaire est une base suffisante pour trancher les débats normatifs relatif aux formes sociales désirables. Dans "The Pretense of knowledge", le discours de réception du Nobel, on peut ainsi lire que l'ordre du marché est supérieur car il remplace les autres ordres avec lesquels il est mis en concurrence (Hayek, 1974, 27), ce qui peut laisser penser que l'ordre du marché est supérieur car il est celui qui survit au processus de sélection concurrentiel entre groupes⁴⁶⁸. Il est important de pointer ces ambiguïtés, mais cela ne correspond pas à mon avis à l'esprit du propos hayékien, qui prend ses distances à de multiples reprises avec la tentation de l'adaptationnisme naïf, qui stipulerait que toutes les règles sélectionnées et existantes sont les plus efficaces. Dans de nombreux passages, et dans toutes ses œuvres, Hayek met ainsi en garde contre le sophisme naturaliste et le caractère aveugle du processus évolutionnaire qui peut ne pas mener au progrès (Hayek, 1960, 25, 40 ; 1973a, 88). Il faut donc faire une distinction séminale, que Hayek n'explique pas toujours lui-même, entre ses travaux mettant en lumière *l'origine* de nos institutions, et ses positions relatives au *développement intentionnel* de celles-ci (Boettke, 2018, 288). Dans *La Présomption fatale* on peut ainsi lire un passage régulièrement cité :

Je ne prétends pas que les résultats de la sélection de groupe des traditions sont nécessairement 'bons', pas plus que je ne prétends que d'autres choses qui ont survécu longtemps au cours de l'évolution, comme les cafards, ont une valeur morale.

(Hayek, 1988, 27)⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Cette lecture correspond à mon sens à la lecture la plus courante de Hayek, qu'on retrouve y compris chez des chercheurs très connaisseurs de l'évolution. Bowles et Gintis (2013, 111) mentionnent ainsi Hayek en stipulant que chez l'auteur autrichien la supériorité du marché proviendrait de la sélection de groupe.

⁴⁶⁹ L'original dit : "I do not claim that the results of group selection of traditions are necessarily 'good' – any more than I claim that other things that have long survived in the course of evolution, such as cockroaches, have moral value" (Ma traduction).

Hayek ne prétend pas défendre une thèse normative : nous ne pouvons agir que parce que notre esprit a co-évolué avec ces règles, et que ces dernières produisent un champ d'intelligibilité commun permettant la coordination sociale et économique. Ces réserves ne sont pas, comme certains l'ont cru, uniquement rhétoriques, mais renvoient à un autre aspect du travail de Hayek, à savoir la nécessité d'améliorer les règles existantes, qui ne doivent pas être considérées comme des données insurmontables. La prochaine section met en avant la nécessité d'un type d'interventionnisme reconnu par Hayek.

3. La nécessité d'améliorer les ordres spontanés

L'anti-panglossianisme⁴⁷⁰ de Hayek ne devrait en aucun cas nous étonner dans le cadre de cette thèse. En effet, Hayek, à l'instar des autres néolibéraux, a maintes fois rappelé la nécessité d'améliorer et de modifier le cadre politico-légal constituant le marché. Le laissez-faire n'est pas une option politique logiquement possible (chap. 2). On pouvait ainsi lire dans *La route de la servitude* :

L'argument libéral est un argument en faveur de la meilleure utilisation possible des forces de la concurrence, comme moyen de coordonner les efforts humains. Il ne s'agit pas d'un argument défendant qu'il faut laisser les choses telles qu'elles sont. Il repose sur la conviction que, lorsqu'une concurrence efficace peut être créée, elle constitue un meilleur moyen de guider les efforts individuels que tout autre. Elle ne nie pas, mais souligne même, que pour que la concurrence soit bénéfique, un cadre juridique soigneusement étudié est nécessaire, et que ni les règles juridiques existantes ni celles du passé ne sont exemptes de graves défauts.

(Hayek, 1944, 37)⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Ce vocabulaire voltairien provient de l'article de Gould et Lewontin (1978). On se souvient en effet que dans les premières pages de *Candide* le docteur Pangloss, outre ses facéties avec Cunégonde, est décrit comment porteur d'une doctrine pseudo-leibnizienne énonçant que tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes.

⁴⁷¹ La version originale dit : "The liberal argument is in favour of making the best possible use of the forces of competition as a means of co-ordinating human efforts, not an argument for leaving things just as they are. It is based on the conviction that where effective competition can be created, it is a better way of guiding individual efforts than any other. It does not deny, but even emphasises, that, in order that competition should work beneficially, a carefully thought-out legal framework is required, and that neither the existing nor the past legal rules are free from grave defects." La version française aux PUF est là encore impropre, elle dit en effet : "Le libéralisme veut qu'on fasse le meilleur usage possible des forces de la concurrence en tant que moyen de coordonner les efforts humains ; il ne veut pas qu'on laisse les choses en l'état où elles sont. Le libéralisme est basé sur la conviction que la concurrence est le meilleur moyen de guider les efforts individuels. Il ne nie pas,

Si le libéral peut délibérément et rationnellement modifier et améliorer les règles du jeu, même lorsque ces règles sont initialement le résultat d'un processus évolutionnaire, cela signifie que Hayek refuse très clairement le laissez-faire au niveau évolutionnaire comme au niveau de l'ordre du marché. La postface à la *Constitution de la liberté* ("Pourquoi je ne suis pas un conservateur") rend claire l'impérieuse nécessité pour le savant de critiquer et de remettre en question les normes et les règles composant la société dans laquelle nous vivons. L'auteur viennois ne reconduit donc pas au niveau de la sélection de groupe une naïveté qu'il critiquait par ailleurs chez Spencer (voir chap. II). Tout comme le marché ne produit pas, laissé à lui seul (pourvu que cette expression ait un sens), des résultats indiscutablement bénéfiques, les systèmes complexes et l'évolution, ne produisent pas nécessairement des résultats optimaux ou considérés comme bénéfiques. La pensée de Hayek a-t-elle évolué sur cette question entre 1944 et 1988 ? C'est une lapalissade que d'exprimer qu'en quarante-quatre années la pensée d'un auteur connaît des évolutions, modifications, et produit des tensions. Néanmoins, cet aspect de la pensée de Hayek est, selon moi, resté stable et on peut lire dans la *Présomption fatale* que le cadre gouvernemental de l'ordre spontané est une question fondamentale (Hayek, 1988, 37). La question est cependant de savoir comment il arrive à articuler ce type d'interventionnisme avec la pensée sociale que j'ai présenté dans les deux premières sections de ce chapitre.

Deux arguments peuvent être mobilisés pour défendre l'idée d'une nécessité d'un certain type d'interventionnisme, à savoir un argument purement théorique, et un argument faisant appel aux considérations morales et politiques de Hayek lui-même. L'argument théorique consiste à montrer que dans les systèmes complexes, tout comme dans l'évolution culturelle, les résultats ne correspondent pas nécessairement à des résultats optimaux, mais peuvent aboutir à des équilibres auto-renforçant sub-optimaux. Pour un système complexe, le système peut se stabiliser au niveau d'un attracteur qui entraîne le système dans son entièreté vers sa perte. Un exemple pourrait être la description par Jared Diamond (2005) de l'île de Pâques⁴⁷², où la société Matamua a déboisé très largement l'île pour construire des statues, ce qui a asséché les sols et produit de la famine et des guerres civiles. L'équilibre du système conduit les Matamua, selon cette lecture, à déboiser très largement l'île pour construire de nombreuses

mais souligne au contraire que pour que la concurrence puisse jouer un rôle bienfaisant, une armature juridique soigneusement conçue est nécessaire ; il admet que les lois passées et présentes ont de graves défauts." On perd, dans cette traduction, l'idée de création des conditions de la concurrence, qui est pourtant centrale.

⁴⁷² Je précise qu'il s'agit de la version de Jared Diamond car il semble que sa lecture soit mise en cause par les découvertes archéologiques récentes. Mon exemple se veut juste illustratif et non une validation de l'explication de Diamond.

idoles dans l'espoir de faire revenir la pluie. Le déboisement, causé par les croyances religieuses locales, entraîne la chute de la société Matamua elle-même, du fait d'une destruction de son éco-système. Le système social s'est donc retrouvé dans un équilibre produisant sa propre auto-destruction spectaculaire. De la même façon, l'évolution ne peut être décrite comme produisant des résultats optimaux (dans l'ensemble des mondes possibles) mais des résultats efficaces en fonction d'un environnement et d'un temps donné. Une solution évolutionnaire *quick and dirty* peut donc être produite et stable évolutionnairement, tout en comportant bien des défauts, comme la proximité entre canal respiratoire et alimentaire qui cause les étouffements des personnes trop pressées de parler et de manger à la fois. Plus encore, l'évolution peut produire plusieurs équilibres stables mutuellement incompatibles, ce que l'exemple culturel montre avec la diversité des sociétés humaines (Whitman, 1998, 55). Une fois en place, une convention peut produire des anticipations individuelles renforçant la convention, sans pour autant que celle-ci produise les meilleurs résultats. Les exemples de conventions stables et sous-optimales, néanmoins conservée par dépendance au chemin (*path-dependency*) sont par ailleurs nombreuses, l'exemple paradigmatique étant les claviers QWERTY ou AZERTY qui ne suivent pas l'ordre alphabétique mais qui sont conservés du fait de l'habitude des usagers. L'évolutionnisme pose sans arrêt la question de l'évaluation des ordres émergés, et donc des critères permettant de juger de "l'efficacité" ou de "l'optimalité" de ces ordres, étant donné qu'ils ne nous fournissent pas eux-mêmes de concepts normatifs.

La théorie de Hayek a souvent été critiquée pour son *fonctionnalisme* (Sugden, 1993, 397-398 ; Beck, 2018), si bien que plusieurs auteurs se distinguent de cette lecture (Caldwell, 2002). Il nous faut distinguer à cet endroit deux fonctionnalismes distincts, à la suite de Rosenberg (2017). Un fonctionnalisme qu'on peut appeler naïf, que Rosenberg associe aux sociologues classiques comme Durkheim, défend que les institutions accomplissent une fonction qui est bénéfique aux individus composant la société. Cette thèse possède un corollaire normatif évident : si les institutions accomplissent une fonction sociale bénéfique, il faut être conservateur. Il faut distinguer un second fonctionnalisme, défendu par Rosenberg : les institutions sont bien des adaptations et accomplissent une fonction, mais cette fonction n'est pas à l'avantage des individus, mais il suffit qu'elle ait pu être à un moment à l'avantage de certains individus pour qu'elle se développe. Durant le processus historique néanmoins, une telle institution peut s'être maintenue sans n'être plus bénéfique à personne. Un exemple est la tradition de mutilation des pieds en Chine (*foot-binding*) telle qu'elle est décrite par Mackie

(1996)⁴⁷³. En effet, la tradition de mutilation des pieds a été adoptée il y a plus de 1000 ans car cette mutilation n'était accessible qu'à certaines familles riches, qui pouvaient se permettre le luxe de ne faire travailler leur progéniture féminine. De fait, ce trait a donc été associé à la richesse, mais aussi à la virginité, car les femmes de familles riches aux pieds mutilés étaient plus faciles à contrôler dans leurs déplacements (et donc il était plus facile de garantir leur virginité). Cette pratique a crû car la richesse et la virginité des femmes était valorisée. Avec le développement technique et économique, cette pratique a pu être étendue à l'ensemble des familles, qui l'ont donc pratiqué sous peine d'être exclue du réseau d'échanges matrimoniaux. La pratique n'apporte donc plus aucun avantage à personne mais uniquement des désavantages pour les femmes et la société considérée. Pour autant, cette tradition est demeurée en équilibre car il était désavantageux pour chaque famille de quitter l'équilibre constitué par les attentes multilatérales constituant la tradition, y compris lorsque les familles s'opposaient à la validité d'une telle pratique. Ce type de tradition constitue un exemple d'une tradition qui a évolué de manière à répondre à une stratégie de distinction, pour finalement se perpétuer sans avantager quiconque. Bien évidemment, cet exemple n'est pas développé par Hayek, mais, comme Caldwell le souligne (Caldwell, 2000, 2002), le principe de l'analyse de Hayek consiste à montrer comment évoluent des institutions, règles et traditions que la plupart des individus n'aiment pas, et, comme nous le verrons, il autorise ainsi la modification des règles issues d'un processus spontané par un design social.

Si les résultats d'un processus spontané peuvent être bénéfiques, c'est le cas du langage, de la monnaie, du système des prix, il n'est pas rare que l'évolution produise des résultats contraires à ce que certains individus valorisent moralement et politiquement. Plus encore, ces résultats peuvent se perpétuer avec la sélection de groupe⁴⁷⁴. On peut remarquer que l'évolution produit des résultats qui sont contraires aux préférences morales et politiques de Hayek lui-même. Certains produits de l'évolution culturelle, comme l'ont montré Bowles et Gintis (2013, 5) peuvent bien remplir une fonction, garantir une cohésion de groupe, sans pour autant que cette fonction soit à apprécier moralement. Les exemples donnés par les auteurs sont ainsi la xénophobie, le racisme et les formes extrêmes de nationalisme comme issus de notre histoire

⁴⁷³ Je suis redevable à Alexander Rosenberg pour cet exemple et la discussion sur le fonctionnalisme, c'est à la suite d'une discussion qu'il m'a envoyé son article ainsi que celui de Mackie.

⁴⁷⁴ Une des raisons évidentes est que si l'ordre des actions est le résultat d'un système de règle un groupe peut prévaloir sur ses concurrents pour son ensemble de règles, dans lequel se trouve certaines règles largement sous optimales voire inefficaces. La sélection de groupe n'opère pas une filtration fine mais peut très largement laisser passer des règles qui ne produisent pas d'avantages évolutionnaire. Par ailleurs, une fois les règles sélectionnées, si elles étaient effectivement bénéfiques au moment de la sélection elles peuvent, avec le changement environnemental, devenir maladaptées.

évolutive. Or, le nationalisme est un danger pour la civilisation libérale pour Hayek, au même titre que le socialisme (Hayek, 1976a, 111). Hayek était, à bien des égards, conscient de ces phénomènes et c'est pour cela que lui prêter une lecture panglossienne est fondamentalement trompeur. En effet, Hayek énonce à plusieurs reprises que l'évolution – et pour la même raison les systèmes complexes – ne peuvent prouver par eux-mêmes la supériorité des institutions de marché (Hayek, 1988, 20-21).

La théorie que Hayek propose est en ce sens une théorie descriptive portant *sur le passé* et expliquant l'émergence de l'esprit humain et des règles de la société⁴⁷⁵. Hayek montre comment la formation de l'esprit humain et de la rationalité est dépendant de règles qui sont le plus souvent transmises de façon inconsciente. Hayek pourrait bien-sûr se rabattre sur une position méta-éthique particulière, à savoir une théorie évolutionnaire, où l'évolution est ce qui produit le bon et le mauvais. Néanmoins, et cela semble cohérent avec notre propos dans cette partie, il refuse une telle vue (Hayek, 1988, 27), et se distingue nommément du darwinisme social. Enfin, cet argument, au-delà de ne pas voir que chez Hayek, comme chez les autres néolibéraux, la spontanéité fonctionne toujours de façon régulée, tend à assimiler le fonctionnement de l'évolution biologique avec une forme d'adaptationnisme naïf. Comme Whitman (1998, 50) le montre, les adaptations produites dans un environnement donné peuvent se révéler totalement en retard vis-à-vis de la modification de l'environnement, les adaptations peuvent donc devenir maladaptées, car l'adaptation n'est efficace qu'en fonction d'un environnement spécifique. Certains travaux de psychologie évolutionnaire les moins contestables font état de ce fait, à savoir que le cerveau humain s'est développé dans une période historique lointaine, ce qui explique notamment la plupart de nos biais cognitifs. Notre cerveau, qui était adapté pour une vie de chasseur-cueilleur durant le Pléistocène⁴⁷⁶, n'est plus adapté à la Grande Société, un fait que Lippmann notait déjà en 1922. Enfin, l'efficace produite par le processus évolutionnaire n'a aucune légitimité à être par soi désirable : si l'efficace pour un groupe consiste dans un environnement donné à se reproduire plus que ses concurrents, cela ne signifie pas que la reproduction est une bonne chose en soi. Les valeurs évolutives et nos valeurs morales ne concordent pas par essence. Les critiques ont raison lorsqu'ils énoncent que

⁴⁷⁵ Certains, comme Sugden (1993) et Gaus (2020) récusent l'importance de la sélection de groupe au-delà de période très lointaine, lorsque les différences entre groupes humains étaient étanches. Néanmoins il me semble que cela fait appel à une conception trop restrictive du groupe. Au moins en théorie il est tout à fait possible de concevoir que le groupe puisse constituer un sous-groupe d'une société donnée.

⁴⁷⁶ Le pléistocène est l'ère géologique qui a constitué le genre *Homo* dans l'histoire évolutive. Bowles et Gintis (2013), se fondant sur une série de travaux en biologie et en archéologie, avancent qu'une grande partie de notre fonctionnement mental est le résultat de l'évolution datant de cette ère, s'étalant de 2.6 millions d'années avant notre ère à l'invention de l'agriculture 10 000 ans avant notre ère.

la défense de l'évolutionnisme de Hayek ne peut justifier ses positions libérales. La théorie de l'évolution culturelle de Hayek n'est pas une théorie normative, et n'est pas le socle permettant de justifier la supériorité revendiquée de l'ordre du marché (Hayek, 1974)⁴⁷⁷.

Si Hayek reconnaît l'importance d'un certain type d'interventionnisme, du design, ne remet-il pas totalement en cause le rôle donné à l'évolution puisque les ordres spontanés ne seraient, finalement, pas spontanés⁴⁷⁸? Cette thèse n'est possible qu'en ignorant que depuis 1933, au moins, le problème qui intéresse Hayek est *précisément* la possibilité d'articuler sa défense du libéralisme, qui est normative comme toute défense d'une théorie philosophique, et sa critique épistémologique relative à la centralisation, qui constitue le creuset de son analyse des phénomènes sociaux, qu'il s'agisse de la complexité ou de l'évolution. Dans ce cadre, il faut voir que l'évolution et la complexité ne constituent pas le socle permettant de définir le libéralisme, mais constituent des éléments positifs que toute théorie politique, et donc le libéralisme de Hayek, doit reconnaître pour être pertinente. L'évolutionnisme et la complexité n'offrent ainsi qu'un élément critique et positif pour critiquer les tentations constructivistes et centralisatrices, mais ne sont pas, en elles-mêmes, des éléments permettant de justifier une théorie politique particulière. Gray (1996) reconnaît ce fait et fonde sa critique de Hayek sur ce point. Hayek resterait, selon lui, dans l'histoire pour sa critique du socialisme et de la planification, mais en aucun cas pour sa théorie politique, qui ne saurait être légitimée par ses critiques.

4. La défense de la civilisation occidentale : libéralisme whig ou radical ?

L'ordre spontané que valorise Hayek n'est pas n'importe quel ordre, mais celui d'une société libérale. La complexité est avant tout une caractéristique de ces sociétés, mises en branle par la mondialisation et la diversification des échanges. Le projet hayékien peut s'entendre comme

⁴⁷⁷ On peut bien sûr voir, comme me l'a fait remarquer Arnaud Milanèse, le processus de sélection de groupe comme un processus concurrentiel, un marché des normes et des traditions morales. Il me semble que c'est en effet l'attrait que possède cette théorie pour Hayek, à savoir d'expliquer le développement et l'évolution des institutions sans faire appel à un point de vue unifié et arbitraire. Cependant, le problème de la bienfaisance d'une concurrence au niveau des normes sociales se pose dans les mêmes termes que pour la concurrence au sein d'une société donnée : comment défendre que les résultats de la concurrence soient effectivement bénéfiques ? Il faut à Hayek une véritable philosophie politique, que je développe dans les dernières sections de ce chapitre, pour répondre à cette interrogation.

⁴⁷⁸ On retrouve cette critique chez (Légé (2007) ou Beck (2018, 102).

une défense de la civilisation à laquelle il appartient contre d'autres forces, qui sont-elles aussi le produit de l'évolution culturelle. Ainsi, dans la *Préemption fatale* (Hayek, 1988, 18) Hayek met en avant une contradiction entre deux résultats de l'évolution : notre moralité qui est issue d'un lointain passé, composé de petits groupes structurés par une solidarité mécanique et l'"ordre étendu", qui suppose de rompre avec notre moralité ancestrale pour au moins certaines de nos interactions⁴⁷⁹. C'est l'application d'un appareillage conceptuel inadéquat qui produit l'hybris rationaliste pour Hayek, à savoir l'application de conceptions issues de la société fermée à une société ouverte et complexe. Cette erreur est illustrée par Marx et Freud (Hayek, 1979, 173). Sur ce point comme sur d'autres, Hayek retrouve des idées que nous avons développé chez Lippmann dès les années 1920. La spécificité de Hayek, à la suite de Lippmann mais en développant bien davantage que le journaliste américain l'idée de complexité, est de concevoir la complexité sociale comme un fait indépassable des sociétés contemporaines, que toute théorie doit prendre en compte pour être pertinente. L'évolutionnisme en revanche, n'est pas chez Hayek le fondement de ses convictions libérales, mais une théorie de l'évolution culturelle et historique permettant de formuler les limites qui doivent peser sur la raison, puisque nous ne pouvons jamais que travailler au sein du cadre des valeurs et des institutions qui sont le résultat de l'histoire (Hayek, 1960, 63).

Dans cette partie, je montre que l'ordre complexe que Hayek valorise comme étant celui à l'intérieur duquel il faut se situer pour pouvoir instituer des changements incrémentaux et des améliorations partielles est l'ordre constitutif de la société occidentale libérale, telle que celle-ci a émergé au XVIII^{ème} siècle. Comme je l'ai déjà montré dans les chapitres précédents (voir chap. IV) les néolibéraux se sont retrouvés à la Société du Mont-Pèlerin avec une conviction commune : les "valeurs de la civilisation" sont en dangers (Whyte, 2019). Le danger vient du socialisme sous ses différentes formes, qui prétend rompre avec l'ordre libéral boitillant mais toujours existant des sociétés Occidentales. Cette défense de la civilisation occidentale n'est pas uniquement la reprise d'un ordre existant, à partir duquel il faut procéder à des arrangements, mais une défense substantielle d'une tradition libérale qui doit être caractérisée, pour Hayek, par une forme de design de l'ordre spontané et une gestion de la complexité. On

⁴⁷⁹ Dans ce cadre, il me semble que la critique principale et très intéressante formulée par Faria (2017) à la défense de la "morale du marché" chez Hayek est légèrement tronquée, car elle revient à montrer que la morale de l'ordre étendu n'aurait pu évoluer dans le cadre de la sélection de groupe. Il me semble que cela ne contrevient pas au propos hayékien, qui ne prétend pas que l'ordre capitaliste aurait survécu à la compétition inter-groupe, surtout si la morale de l'ordre étendu est une concurrence rude – certainement dépassée évolutivement en termes de fitness inclusive par un groupe coopératif –, mais qu'elle en est un résultat accidentel aux qualités bénéfiques et à protéger.

trouve la défense de deux formes de design pour Hayek, allant donc au-delà de l'idée d'une simple amélioration graduelle d'un ordre existant.

4.1 Les valeurs de la civilisation sont en danger : la défense d'un libéralisme whig

C'est l'idéal libéral constitutif, pour Hayek, de notre civilisation, qu'il s'agit de reformuler dans *La constitution de la liberté* :

En fait, depuis près d'un siècle, les principes de base sur lesquels cette civilisation a été construite sont de plus en plus ignorés et oubliés. Les hommes ont cherché des ordres sociaux alternatifs plus souvent qu'ils n'ont essayé d'améliorer leur compréhension ou leur utilisation des principes fondamentaux de notre civilisation.

(Hayek, 1960, 1-2, je souligne)⁴⁸⁰.

Si les principes libéraux doivent être défendus, c'est parce qu'ils sont mis en péril par d'autres forces issues de l'évolution, et qui sont aujourd'hui non adaptées au monde moderne, et notamment à la complexité de celui-ci, à savoir ceux qui appliquent les principes d'un ordre non complexe à la société complexe (Hayek, 1988, 13). Il faut défendre *une tradition* libérale, contre *d'autres traditions mortifères*, Hayek parle souvent de dégénérescence (Hayek, 1979a, 152), notamment la tradition rationaliste française (Hayek, 1960, chap. 4). De Salle (2003) et Servant (2014) ont mis en avant cette défense substantielle d'une civilisation libérale issue de l'évolution culturelle, qui est le produit des actions cumulées de centaines de générations (Hayek, 1960, 23). Hayek parle parfois comme si seule la civilisation libérale existait, ou si celle-ci était hégémonique en Europe, mais là encore il me semble qu'il faut distinguer un élément descriptif de sa théorie (une civilisation évoluée et est le résultat des actions non coordonnées de millions d'individus dont aucun n'aurait pu prédire l'issue), et une défense

⁴⁸⁰ L'original dit : "In fact, for almost a century the basic principles on which this civilization was built have been falling into increasing disregard and oblivion. Men have sought for alternative social orders more often than they have tried to improve their understanding or use of the underlying principles of our civilization" (Ma traduction). *La Présomption fatale* se clôt également sur cette nécessité de se battre pour la "survival of our civilization" (Hayek, 1988, 140). Dans le même livre, on trouve renouvelée à plusieurs reprises cette peur d'un délitement de la civilisation occidentale européenne (Hayek, 1988, 119). Dès le *Statement of Aims* de la Société du Mont-Pèlerin l'accent est mis sur la crise de la civilisation occidentale. Voir Annexe 1.

normative d'une certaine tradition. Hayek défend la civilisation libérale qui est née en Europe, selon lui, au XVIII^{ème} siècle (principalement en Angleterre). Mais ce n'est pas parce que cette civilisation est issue de l'évolution culturelle qu'il la défend. Sans faire cette distinction on comprend mal comment Hayek pourrait, en effet, s'opposer à d'autres traditions, la tradition libérale française par exemple, qui appartient elle aussi à la civilisation occidentale dans son ensemble. Plus encore, Hayek valorise, au sein de la tradition un certain type de libéralisme, qui n'est pas celui des Lumières françaises – Montesquieu et Tocqueville mis à part – ou des utilitaristes anglais mais le libéralisme écossais évolutionniste. On retrouve un double problème, à savoir celui d'un conflit des normes au sein de l'évolution, et du problème de l'évaluation de celles-ci. Hayek se situe dans la continuité *d'une* tradition occidentale, au sein de laquelle les modifications marginales doivent prendre place. Hayek considère qu'il faut donc favoriser *un des résultats* de l'évolution culturelle. Il est propice de citer un passage explicite de Hayek sur ce point :

Il existe, sans aucun doute, de nombreuses formes de sociétés tribales ou closes qui reposent sur des systèmes de règles très différents. Tout ce que nous affirmons ici, c'est que nous ne connaissons qu'un seul type de ces systèmes de règles, sans doute encore très imparfait et susceptible de beaucoup d'améliorations, qui rend possible le type de société ouverte ou "humaniste" où chaque individu compte en tant qu'individu et pas seulement en tant que membre d'un groupe particulier, et où il peut donc exister des règles de conduite universelles qui sont également applicables à tous les êtres humains raisonnables. Ce n'est que si nous acceptons un tel ordre universel comme un objectif, c'est-à-dire si nous voulons continuer sur la voie qui, depuis les anciens stoïciens et le christianisme, caractérise la civilisation occidentale, que nous pouvons défendre ce système moral comme supérieur aux autres - et en même temps nous efforcer de l'améliorer encore par une critique immanente continue.

(Hayek, 1976a, 27)⁴⁸¹.

⁴⁸¹ L'original dit : "There are, undoubtedly, many forms of tribal or closed societies which rest on very different systems of rules. All that we are here maintaining is that we know only of one kind of such systems of rules, undoubtedly still very imperfect and capable of much improvement, which makes the kind of open or 'humanistic' society possible where each individual counts as an individual and not only as a member of a particular group, and where therefore universal rules of conduct can exist which are equally applicable to all responsible human beings. It is only if we accept such a universal order as an aim, that is, if we want to continue on the path which since the ancient Stoics and Christianity has been characteristic of Western civilization, that we can defend this moral system as superior to others-and at the same time endeavour to improve it further by continued immanent criticism" (Ma traduction).

Ce passage est digne d'être commenté sur plusieurs points. Tout d'abord, cela indique que Hayek ne peut défendre l'évolution spontanée en soi, mais défend un certain résultat de l'évolution culturelle comme étant intrinsèquement positif, à savoir l'ordre étendu complexe qui caractérise les sociétés occidentales. Ce qui est bénéfique par ailleurs dans ce type d'ordre étendu, pour Hayek, est son caractère libérateur : l'individu n'est plus un membre d'un groupe, et contraint dans ses actions, par des attentes sociales ou des règles strictes explicites. L'auteur autrichien défend une équivalence entre l'ordre complexe et la liberté des individus, puisque le marché et la concurrence constituent une méthode d'ordonnement social qui ne fait pas appel à la volonté arbitraire d'autrui, et laisse donc les individus libres d'établir leurs propres plans. De ce fait, la position de Hayek se justifie en dernière analyse si la civilisation ayant donné lieu à l'ordre étendu est moralement préférable, car l'idéal de liberté est un idéal permettant la réalisation de formes plurielles de vies et donc de liberté. Je reviendrai plus extensivement sur ce point dans les prochaines sections. Le deuxième point est que Hayek favorise donc bien, dans les multiples équilibres caractéristiques de l'évolution culturelle, un des équilibres dans la continuité duquel il faut se situer. Enfin, dernier point que nous pouvons relever pour le moment – en passant sur la lecture historique totalisante que propose Hayek, certainement construite en partie sur un tri discutable –, Hayek indique une méthode pour le libéralisme à partir de cette tradition, à savoir la "critique immanente".

Avant de revenir sur ce dernier point, qui constitue une première instanciation d'un design nécessaire au bon fonctionnement d'un ordre spontané libéral, il nous faut cependant revenir sur la notion de supériorité civilisationnelle. Cette dernière peut aisément mener à des discussions houleuses, tant elle semble illustrer une forme d'ethnocentrisme occidental. Sans nier la légitimité de ce dernier point, il faut néanmoins souligner que la théorie méta-éthique que semble mobiliser Hayek est une forme de relativisme, qui ne prétend donc pas statuer sur la supériorité de la civilisation d'un point de vue extérieur au processus historique, mais du point de vue de la civilisation occidentale. En somme, cela constituerait presque un truisme puisque comme notre esprit a été formé dans cette civilisation il ne pourrait que réaliser la supériorité de ce qui lui permet sa propre réalisation (Hayek, 1960, 24). On trouve cet argument développé explicitement par Hayek dans l'épilogue à *Droit, Législation, Liberté*. Hayek exprime ainsi que si *pour l'anthropologue* toutes les civilisations doivent se valoir, ce n'est pas le cas pour le libéral (Hayek, 1979a, 172-173). Nous ne pouvons maintenir notre civilisation qu'en traitant les autres civilisations *comme inférieures*. Cela ne signifie pas pour Hayek que ces civilisations sont *réellement* inférieures, mais que chaque civilisation, pour se conserver,

doit garder une forme de cohérence entre les principes tenus pour vrais et acceptables, sous peine de se nier soi-même et de disparaître. On retrouve le pluralisme profond qu'on a déjà rencontré chez Lippmann dans le *Public Fantôme*. L'argument de Hayek rappelle ainsi les "absolus relativement absolus" de Buchanan (chap. VIII), car l'idée d'une supériorité de la civilisation occidentale est un énoncé relatif, du point de vue de cette civilisation, mais qui doit néanmoins être tenu comme un absolu *au sein de cette civilisation* pour maintenir son existence. Ce point est particulièrement important, pour Hayek, car l'import de croyances exogènes, Hayek mentionne dans ce passage l'égalitarisme, entraînerait une "tragédie" (Hayek, 1979a, 173) pour la civilisation, du fait qu'il réduirait le pluralisme et la diversité qui font le suc de la société occidentale et de son progrès⁴⁸² (voir section 5).

4.2 La nécessité d'une amélioration graduelle, la critique immanente

L'exemple le plus frappant d'une telle défense d'un gradualisme, caractérisée par le fait qu'il se définit lui-même comme un "old whig" (Hayek, 1960, 409 ; Gaus, 2019, 2020), est la présentation que fait Hayek de la *common law* (Hayek, 1973)⁴⁸³. À bien des égards, le fonctionnement de la *common law* illustre le type de design qui doit être réalisé dans une société libérale, où la modification des règles prend place dans un processus qui est lui-même spontané – la *common law* est dynamique et évolutive – et polycentrique, puisque les cours de justice peuvent être nombreuses et corriger les jugements émis. Hayek fait droit à une évolution polycentrique, caractérisée par des jugements certes intentionnels mais non arbitraires, à même de soutenir la spontanéité de l'ordre libéral.

⁴⁸² Le terme de progrès ne vise pas une fin spécifique, mais consiste dans la complexité grandissante au sein de la civilisation occidentale, c'est ainsi que j'interprète "In one sense, civilization is progress and progress is civilization" (Hayek, 1960, 39). En effet, pour pouvoir désigner un critère du progrès et donc évaluer celui-ci il faudrait pouvoir se positionner depuis un point de vue transcivilisationnel, ce qui reviendrait à trahir un hybris rationaliste. Le progrès ne peut donc être évalué qu'au sein d'une civilisation donnée, et coïncider avec le développement de celle-ci. Cela suppose, bien entendu, de savoir quelle est l'essence d'une civilisation donnée, et d'être capable d'en identifier les caractéristiques principales, ce qui s'avère hautement problématique, surtout si le pluralisme caractéristique de la civilisation en question suppose l'apparition de normes concurrentes en conflit éventuel. Je remercie Etienne Wiedemann de m'avoir permis de clarifier ce point.

⁴⁸³ La théorie du droit de Hayek a fait l'objet de plusieurs commentaires, parmi lesquels Nemo (1988), Sugden (1993), Hamowy (2003), Mack (2006), Ferey (2008) et Beck (2018). Cubeddu (2020) offre également une lecture montrant comment la défense de Hayek résonne avec celle de Bruno Leoni, avec qui il a été en contact, notamment au sein de la Société du Mont-Pèlerin. De telles formules allant dans le sens du gradualisme apparaissent bien sûr en dehors de considérations relatives exclusivement à la *common law*, voir par exemple Hayek (1988, 75) : "what we must do to keep the stream of production flowing and, if possible, increasing."

On trouve chez Hayek une multitude de propos venant asseoir la nécessité d'un gradualisme et d'une modification lente et décentralisée, nécessaire pour la maturation effective des sociétés libérales. Tout progrès doit ainsi être *construit sur une tradition* (Hayek, 1979a, 167), et le choix délibéré ne doit être effectué que pour graduellement améliorer des règles issues d'un processus spontané (Hayek, 1973a, 100). Si, dans *La Constitution de la liberté*, la *common law* anglaise ne constitue qu'un moment de l'histoire des idées libérales et de l'évolution du droit, au même titre que le constitutionnalisme américain (Hayek, 1960, 176) ou que le *Rechtstadt* allemand (*Ibid.*, 193), cette conception du droit, que nous avons déjà rencontré chez Lippmann au chapitre V de cette thèse, devient dans le premier tome de *Droit, Législation, Liberté*, un véritable modèle.

La distinction importante, pour Hayek, est celle entre l'évolution graduelle du droit opérée par la *common law* et la législation comme acte de décision politique. La législation est un acte de volonté du législateur, que Hayek appelle *thesis*, et qui correspond au droit créé intentionnellement pour régler un problème par une instance centralisée. Par opposition, le droit, "the law of liberty" (Hayek, 1973a, 94), le *nomos*, est caractérisé par sa nature évolutive et graduelle. Alors que la législation contrôle et organise consciemment (*Ibid.*, 124), le droit valorisé par Hayek dans la *common law* est spontané et décentralisé, existant de manière inchoative avant d'être promulgué par les juges. Dans ce dernier cas, le juge n'est pas à proprement parler un acteur créant la loi, mais un "maillon dans la chaîne d'événements" produisant le droit (*Ibid.*, 66), le servant d'un ordre spontané (*Ibid.*, 119). En somme le juge *découvre* la loi davantage qu'il ne l'invente, puisque celle-ci préexiste, dans les pratiques et usages de la communauté considérée, à l'explicitation qui en est faite, comme elles ont co-évolué avec la société humaine (*Ibid.*, 72), car elles existent de manière inarticulée comme préalable à toute activité humaine (*Ibid.*, 76). La *common law* peut être dite "émergente" (*Ibid.*, 86) dans le processus d'adjudication, dans lequel les juges ne sont pas censés formuler un nouveau principe, mais déceler un principe à partir de cas spécifiques. En situation, les juges se demandent ainsi quelles attentes peuvent être *raisonnablement supposées* chez les individus en interaction, de façon à permettre une coordination efficace. Il s'agit donc pour le juge de faire apparaître un jugement qui ne peut pas être arbitraire car fondé avant tout sur la reconnaissance d'une tradition préexistante (*established custom*) (*Ibid.*, 87). Dans ce cadre, le juge ne doit pas chercher à réaliser une fin, *e.g* la fin qui était associée à une règle en question à l'origine, mais à juger de la façon dont la coordination à partir des anticipations des différents individus peuvent être réalisées. Le droit qui émerge donc du jugement dans les cours (*judge-*

made law) est un jugement nécessairement *correctif* plus que *créatif*, il s'agit de faire prévaloir une tendance *déjà existante* contre certains comportements contradictoires.

Comme l'a fait remarquer le philosophe et théoricien du droit John Hasnas (2004), il est possible que la distinction de Hayek introduise une dichotomie recouvrant une distinction entre *customary law*, qui semble correspondre à l'évolution décrite par Hayek d'un jugement découvrant une loi préexistant dans les pratiques des individus, et la *common law*, qui nécessite davantage de design que ce que Hayek semble reconnaître. Hasnas (*Ibid.*, 94) explique ainsi que la *common law* américaine à partir de la fin du XIX^{ème} siècle⁴⁸⁴, et notamment sous l'influence du réalisme juridique, s'est développée non plus comme un droit coutumier, mais comme un corps cohérent de doctrines juridiques. La *common law* n'est donc plus alors considérée comme un droit généré à partir d'une analyse de cas et personnifiant une forme de sagesse pratique réalisée dans les comportements des individus de la communauté, mais comme un droit édicté par les juges en fonction de certaines doctrines systématisées. Ce faisant, Hasnas souligne que la *common law* que Hayek semble prendre comme modèle est en réalité un droit impliquant davantage de délibération que la *customary law* qui est la forme anglaise de la *common law* au XVIII^{ème} siècle, celle que commente par exemple Blackstone auquel Hayek se réfère. En pointant cette différence, Hasnas introduit une critique envers Hayek, à savoir que Hayek se tromperait de modèle, car la *customary law* correspondrait davantage à l'évolution historique de la *common law* décrite par ses soins. Or, il me semble que la présentation que fait Hasnas correspond au contraire assez bien à l'idée de critique immanente que propose Hayek, ce que les références positives à un des instigateurs de la *common law* américaine au tournant du siècle, Holmes, montrent (Hayek, 1960, 85 ; 1973a, 106). On peut lire que la *common law* est, pour Hasnas :

Il est vrai que les juges de *common law* ne peuvent décider que des affaires qui leur sont soumises. Mais dans chacune de ces affaires, ils peuvent émettre des jugements normatifs orientés vers l'avenir, qui entraînent des altérations mineures du droit. Bien qu'aucun juge n'ait le pouvoir de remodeler le droit à lui seul, en tant que groupe, les juges de *common law* peuvent apporter des modifications interstitielles au droit qui, avec le temps, en altèrent considérablement la substance. On pourrait dire que les juges de *common law* ont le pouvoir de légiférer à la marge du droit.

⁴⁸⁴ Horwitz (1992) propose une lecture systématique de l'évolution du système juridique américain entre 1870 et 1960, faisant état des transformations importantes dans le droit américain, sous l'impulsion, notamment, de la *sociological jurisprudence* d'un Roscoe Pound. Hasnas fait référence à ce développement historique comme base pour sa distinction entre *customary law* et *common law*.

(Hasnas, 2004, 98)⁴⁸⁵.

Cette définition de l'activité des juges de la common law américaine correspond à ce que défend Hayek en appuyant la nécessité d'une critique interne et décentralisée. Cela pointe néanmoins vers le fait que la distinction entre *nomos* et *thesis* est moins étanche que ce qui pourrait apparaître de prime abord, puisque la loi de la liberté peut découler d'une décision judiciaire intentionnelle et délibérée, favorisant une des forces sociales contre d'autres. Cela permet de rendre intelligible en quoi le droit et la législation ne sont pas uniquement opposés mais aussi complémentaires. Hayek reconnaît par ailleurs lui-même cela, lorsqu'il exprime que le droit spontané et issu d'un jugement relatif aux pratiques établies peut mener à des résultats indésirables (Hayek, 1973a, 88).

En plus de cette dimension intentionnelle de la juridiction dans la *common law*, Hayek, à la différence de Leoni (Cubeddu, 2020, 90-91), souligne également l'importance de la législation, qui permet de maintenir un "ordre d'action" qui peut sinon être entraîné par son propre cours à être, comme le jardin de la métaphore que nous avons utilisé plus haut, envahi par de mauvaises herbes. Dans ce cadre, comme pour l'évolution culturelle, la théorie de Hayek ne peut pas être associée à une pensée purement conservatrice⁴⁸⁶. Le juge est certes contraint dans son jugement par des règles passées, ce qui l'empêche de décréter des modifications arbitraires, mais il est possible de modifier le système de règle lorsque celui-ci est périmé vis-à-vis d'une évolution trop rapide de l'environnement, ou lorsque les règles coutumières entrent en contradiction (Hayek, 1973a, 88). Le fait que la législation soit permise lorsque l'évolution spontanée n'est pas assez rapide ouvre une possibilité majeure, car si la société libérale est caractérisée par son dynamisme l'environnement social change continuellement, ce qui rend possible un interventionnisme plus conséquent que ce que semble laisser entendre Hayek⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ L'original dit : "It is true that common-law judges can decide only the cases that are brought before them. But in each of these cases, they may make future-oriented normative judgments that work minor alterations in the law. Although no individual judge has the power to remake the law by himself or herself, as a group, common-law judges can make interstitial changes in the law that, over time, significantly alter its substance. One might say that common-law judges are empowered to legislate at the margins" (Ma traduction).

⁴⁸⁶ Posner (2005) a produit exemplairement une telle lecture de Hayek comme développant une théorie du droit essentiellement conservatrice et défendant une forme de *statu quo*.

⁴⁸⁷ On trouve chez Foucault (1979) la formulation d'une intuition semblable. La société néolibérale serait selon lui non pas une société de laisser-faire, mais, au contraire, une société dans laquelle l'ubiquité de la relation juridique implique une intervention permanente du légal pour reformuler les contrats et les arrangements entre individus, firmes et institutions. Cette intuition s'illustre encore davantage chez Posner, voir chap. IX.

Un problème important apparaît à ce stade, relatif à la fois à la capacité de juger ce qui relève d'une amélioration graduelle et à la possibilité d'intervenir législativement dans l'ordre spontané constitué par le droit. Pour qu'on puisse dire que la décision juridique constitue une amélioration d'un ordre il faut qu'on puisse statuer sur le critère de cette amélioration. Sans un tel critère parler d'amélioration est spécieux. On peut trouver chez Hayek une mention de ce critère : il s'agit pour le juge de réaliser la finalité de toute loi, à savoir "guider les anticipations" des individus (*Ibid.*, 89) et ce en fonction de la connaissance de "l'ordre des actions" produit par le système de règle. Au-delà de montrer que la législation est une partie inhérente du processus d'amélioration des règles, notamment pour sortir des impasses produites par l'évolution spontanée du droit (*Ibid.*, 100), la justification du point de vue du juge, qui est capable, par sa situation spécifique, de connaître la direction que doit prendre l'évolution du droit, à supposer que celle-ci soit univoque, est problématique. En effet, si le juge est capable de connaître l'ordre des actions résultants d'une modification d'une règle, cela signifie qu'il est en possession d'un savoir analogue à celui du planificateur socialiste, puisqu'il est capable de prédire comment les interactions entre individus et la formation des anticipations subséquentes se produiront, ce qui est exactement ce que la théorie des systèmes complexes interdit et la raison pour laquelle la planification socialiste est vouée à l'échec. Or, si nous n'avons pas de telles connaissances il est malaisé de spécifier comment nous pouvons parler d'une *amélioration*, qui suppose la comparaison de deux états connus. Si une telle connaissance était possible, on pourrait prédire intégralement l'ordre des actions résultant d'une modification du système de règle, et ainsi appliquer une théorie déductiviste du droit, ce qui est exactement, là encore, ce que Hayek refuse dans sa critique du positivisme juridique (Hayek, 1976a, 44), qui est, pour lui, une idéologie socialiste⁴⁸⁸.

La parade hayékienne a un tel écueil conceptuel au cœur de sa théorie du droit est l'appel à l'expérimentation juridique. Le juge ne pouvant prévoir les résultats du processus spontané caractérisé par la réaction d'un corps social à une modification dans le système de règle, est donc contraint à l'expérimentation par essais et erreur (Hayek, 1973a, 102-103), pour conduire à un ordre stabilisé évinçant les conflits. L'expérimentation vise à éliminer les problèmes plutôt qu'à chercher positivement à établir une fin spécifique, elle est un mécanisme adaptatif de

⁴⁸⁸ Sur ce point, et sur l'opposition de Hayek au positivisme juridique, voir Nientiedt (2020). La critique du positivisme juridique – par ailleurs, selon Nientiedt, probablement non justifiée, surtout si on a le positiviste de Hart à l'esprit – est fondée sur les mêmes fondations épistémiques : le positivisme juridique prétend pouvoir axiomatiser le droit intégralement, ce qui introduit l'idée d'une rationalisation totale du système de règles et de l'ordre des actions, menant à la négation de la complexité sociale et des adaptations des comportements individuels.

l'ordre social prisé par Hayek (1960, 63). Néanmoins, qu'il s'agisse de la création consciente d'une nouvelle règle ou du jugement relatif aux bénéfices d'une règle expérimentée, le problème demeure le même : qu'est-ce qui nous permet de nous prononcer sur l'amélioration d'une situation vis-à-vis d'une autre ? Autrement dit, quels sont les critères d'évaluation de l'amélioration d'un point de vue normatif ?

Ce problème fondamental fait apparaître une implication majeure de la théorie de Hayek, à savoir que l'amélioration doit être perçue en fonction d'une fin normative que réalise l'ordre des actions pour le juge. Cette fin normative est explicitée par Hayek, il s'agit de la capacité pour les individus de réaliser leurs fins les plus diverses possibles, ce qui était déjà, rappelons-le, un élément central de la notion d'ordre. Il faut garantir maximiser la plus grande validité possible des anticipations individuelles (Hayek, 1973a, 100-103). Ce critère est particulièrement important et je reviendrai dessus dans la section 5. Dans l'absolu, cela ne devrait point nous étonner, Hayek étant un libéral il est normal que sa théorie fasse droit au pluralisme radical des fins individuelles. Néanmoins, comme le remarque Hasnas (2004, 104 ; voir aussi Ferey, 2008), cela suppose que le juge lui-même soutienne les mêmes thèses que Hayek et ne défende pas une forme ou une autre, par exemple, de perfectionnisme. Plus encore, on peut noter qu'un tel critère demeure étonnamment malléable, puisque l'édiction de règles générales permettant la formation d'anticipations individuelles réglées ne conduit pas nécessairement à défendre le libéralisme spécifique de Hayek. Sugden (1993) mentionne, par exemple, qu'une telle conception pourrait être compatible avec un libéralisme bien différent mais développé de manière procédurale, à savoir celui de Rawls.

Il est peu probable, en effet, qu'un juge ayant à juger des bienfaits d'une règle ait historiquement, surtout dans une société libérale supposant une diversification des individus, eu à l'esprit ce type de critères de jugement, alors qu'il est très probable au contraire que plusieurs juges aient eu une certaine interprétation spécifique de ce que devait être l'ordre social. Mais, et sans discuter plus avant cette question empirique relative au fait de savoir si le développement historique de la *common law* correspond à la description hayékienne, le problème est avant tout conceptuel : si le juge doit déjà être libéral pour pouvoir améliorer un ordre spontané, cela signifie que le libéralisme est la condition de possibilité de l'amélioration de l'ordre spontané⁴⁸⁹. Hayek semble introduire, dans une société libérale plurielle, un point de vue unifié depuis lequel juger de l'amélioration de l'ordre des actions. Ce point nous conduit

⁴⁸⁹ Le libéralisme, en cela, est la philosophie politique propre à l'époque des ordres complexes mondialisés.

vers le fait que le *design* dont parle Hayek ne prend pas uniquement la forme d'une modification à la marge ou d'un *piecemeal engineering*, mais consiste également dans la défense plus fondamentale d'un *libéralisme radical* comme condition du bienfait des ordres spontanés.

4.3 Une défense radicale du libéralisme : au-delà du *piecemeal designing*

La définition hayékienne du libéralisme va donc au-delà d'une défense d'une critique immanente au sein d'un ordre complexe, mais suppose une défense plus radicale des principes libéraux. Ma thèse est qu'il faut comprendre son libéralisme comme n'étant pas dépendant des résultats de l'évolution culturelle et de l'étude des systèmes complexes, mais qu'il s'agit pour lui de montrer comment le libéralisme peut s'accorder avec ces éléments issus d'investigations positives et non normatives. L'évolution culturelle offre des leçons fondamentales, notamment sur le fait qu'il est impossible de partir d'une *tabula rasa* complète, car les anticipations individuelles constituant la société sont ancrées dans une tradition et des institutions. Si l'évolution et l'ordre spontané sont valorisés par Hayek, comme produisant des résultats bénéfiques, il s'agit avant tout d'une évolution et d'un ordre spontané qui doivent prendre place pour Hayek au sein d'un "système libre" (Hayek, 1960, 231).

La défense d'un radicalisme libéral est souvent considérée comme une 'tension' au sein de l'œuvre de Hayek (Kolev, 2010 ; Boettke et King, 2020), une surprise étant donnée sa conception de la complexité (Gaus, 2020), et a donné lieu à de nombreuses critiques ou de tentatives de réconciliations (Peart et Levy, 2008b ; Vanberg, 2008, 2011), mais il me semble que cette défense d'un libéralisme radical est première vis-à-vis de l'évolutionnisme ou de la complexité. Si les valeurs de la civilisation sont en danger, que les risques de dégénérescence sont importants, et que les ennemis du libéralisme prolifèrent, la défense du libéralisme *se doit également d'être radicale*. Le libéralisme de Hayek doit être compris comme une théorie sur ce que devrait être le cadre dans lequel une société complexe évolue. J'interprète ainsi Hayek comme un libéral radical, dont le fond de la théorie concerne avant tout le cadre général (*framework*) de nos interactions (Boettke, 2018, 274). Le radicalisme doit s'entendre comme une forme de *dogmatisme* revendiquée, revenant aux racines de ce qui constitue l'idéologie libérale :

Une défense efficace de la liberté doit donc être dogmatique et ne faire aucune concession à des considérations instrumentales, même lorsqu'il n'est pas possible de démontrer que, outre les effets bénéfiques connus, un résultat néfaste déterminé découlerait également de sa violation. La liberté ne prévaudra que si elle est acceptée comme un principe général dont l'application à des cas particuliers ne requiert aucune justification.

(Hayek, 1973a, 61)⁴⁹⁰.

Si la compréhension de Hayek comme laissant place à une part de design sous la forme d'une critique immanente est non controversée, bien moins de commentateurs reconnaissent le caractère radical du libéralisme hayékien⁴⁹¹, qui revendique une *idéologie* cohérente comme précondition de toute transformation politique rationnelle (*Ibid.*, 65). Il y a bien une dimension normative à l'analyse de Hayek, mais celle-ci ne découle pas directement de ses thèses sur l'évolution culturelle ou la complexité, bien qu'elles doivent être mises en cohérence avec ces faits incontournables des sociétés modernes.

Le point nodal nécessitant de prendre en compte cet aspect de la pensée de Hayek consiste dans le fait que pour qu'une amélioration puisse prendre place au sein d'une société et que cette amélioration puisse être libérale, il faut que le processus spontané de la société lui-même soit réglé par des règles générales, appelons les méta-règles, qui fixent des contraintes, sous la forme de valeur, sur ce qui peut être considéré comme un développement souhaitable. On trouve chez Hayek des formules allant dans ce sens à plusieurs endroits, à partir de son texte de 1949 "The Intellectuals and the Socialism" au moins. Dans ce texte Hayek relève qu'il faut "implémenter" la conception philosophique du libéralisme dans les sociétés modernes (Hayek, 1949, 433), en défendant un libéralisme véritablement radical (*truly radical liberalism*). Cette conception n'est pas demeurée lettre morte, mais se perpétue dans les autres

⁴⁹⁰ La version originale dit : "A successful defence of freedom must therefore be dogmatic and make no concessions to expediency, even where it is not possible to show that, besides the known beneficial effects, some particular harmful result would also follow from its infringement. Freedom will prevail only if it is accepted as a general principle whose application to particular instances requires no justification" (Ma traduction). La version Puf dit : "Une défense efficace de la liberté doit par conséquent être dogmatique et ne rien concéder aux expédients, même là où il n'est pas possible de montrer qu'en regard des avantages de l'expédient, qui sont connus, certaines répercussions nuisibles précises découleront de l'atteinte à la règle. La liberté ne prévaudra que si l'on admet comme axiome qu'elle constitue un principe dont l'application aux cas particuliers n'appelle aucune justification" (Hayek, 1973b, 72-73). Bien que non absolument fautive, il me semble que la traduction de *expedient* est peu claire, mais surtout que la traduction de *general principle* par axiome rompt avec l'esprit anti-formaliste de Hayek. Par ailleurs, l'idée de règle est ajoutée dans la traduction.

⁴⁹¹ Certains, bien sûr, s'y réfèrent, au premier rang desquels Mack (2006) ou Gaus (2018a, 2020), mais cela n'est pas toujours systématisé et explicité. Gaus (2018a) est une exception qui esquisse néanmoins, tout comme Sugden (1993), les justifications normatives non évolutionnaires que Hayek peut donner à l'ordre libéral.

travaux importants de l'économiste et philosophe autrichien, qui continue de se référer à un nécessaire *utopisme libéral*. On peut lire le libéralisme comme fonctionnant en deux temps : il faut d'abord défendre l'implémentation des principes libéraux, et donc les dégager historiquement et renouveler une tradition existence bien que faible, puis, à l'intérieur de ces principes, favoriser un développement graduel et progressif (Hayek, 1960, 231). Pour que le gradualisme se mette en place, il faut donc avant tout que la société soit organisée par un ensemble de principes libéraux fondamentaux (Hayek, 1973a, 56), sans quoi le développement spontané peut mener à la destruction de la liberté individuelle.

L'ordre spontané qu'est la société ne constitue donc pas, par son évolution même, un processus désirable, à moins que cet ordre ne soit lui-même encadré par des principes libéraux. L'utopisme libéral radical de Hayek est sur ce point sans appel :

Ce n'est qu'en gardant constamment à l'esprit la conception directrice d'un modèle intrinsèquement cohérent, qui pourrait être réalisé par l'application constante des mêmes principes, que l'on réalisera quelque chose qui ressemble à un cadre effectif pour un ordre spontané fonctionnel.

(Hayek, 1973a, 64-65)⁴⁹².

Si nous ne pouvons pas planifier les résultats spécifiques d'un ordre complexe, nous pouvons en revanche *ordonner les ordres spontanés* de façon libérale. En somme, l'évolutionnisme de Hayek, ainsi que sa théorie des ordres complexes, doit se penser comme étant d'emblée comprise dans une défense d'un constitutionnalisme libéral, illustré par les développements du troisième volume de *Droit, Législation, Liberté*, qui présentent un modèle d'une constitution idéale (Hayek, 1979a, b, chap. 17). On peut ainsi lire dans *La présomption fatale* que nous sommes capables de produire une mise en ordre de l'inconnu qu'en faisant en sorte qu'il ne s'ordonne lui-même, ce qui revient à "induire la formation" d'un ordre spontané (Hayek, 1988, 83), en mettant en place des "conditions générales" que sont les principes. Cette position n'est

⁴⁹² La version originale dit : "it is only by constantly holding up the guiding conception of an internally consistent model which could be realized by the consistent application of the same principles, that anything like an effective framework for a functioning spontaneous order will be achieved" (Ma traduction). La traduction Puf dit : "C'est seulement en se guidant constamment sur la conception d'un modèle intrinsèquement cohérent, susceptible d'être réalisé par l'application constante des mêmes principes, que l'on parviendra à quelque chose du genre d'un cadre effectivement favorable au fonctionnement d'un ordre spontané" (Hayek, 1973b, 77). Il me semble, non seulement que le début de la phrase est mal traduit, mais surtout que la fin de la phrase affaiblit la thèse de Hayek, à savoir qu'un ordre spontané fonctionnel doit prendre place au sein d'un cadre juridique et politique libéral.

pas particulière au dernier texte, le plus controversé, de Hayek, mais correspond à une position récurrente dans son propos, qui défend à de multiples reprises la nécessité d'instaurer un cadre (*framework*) dans lequel peut se développer une spontanéité libérale (Hayek, 1960, 222-223). Sur ce point notre analyse à partir de la problématique néolibérale nous permet de mettre en lumière un élément particulier de la théorie hayékienne bien peu souvent relevé dans les commentaires. Le rôle du gouvernement est clairement établi chez Hayek (1979a, 152) :

Le gouvernement est, par nécessité, le produit d'un dessein (*design*) intellectuel. Si nous pouvons lui donner une forme dans laquelle il fournit un cadre bénéfique pour la libre croissance de la société, sans donner à quiconque le pouvoir de contrôler cette croissance en vue de fins particulières, nous pouvons espérer voir le développement de la civilisation se poursuivre⁴⁹³.

Il faut *designer* l'ordre spontané, c'est-à-dire offrir un cadre dans lequel les processus sociaux et économiques eux-mêmes en une certaine sens incontrôlable peuvent se développer. Tout cela sonne, bien entendu, comme un paradoxe car cela semble contradictoire avec l'idée fondamentale de Hayek selon laquelle une société bien ordonnée caractérisée par de la coordination entre ses membres n'a pas besoin d'être constituée rationnellement (Mack, 2006, 263). La position de Hayek serait-elle inconsistante ? Caldwell (2002), à la suite de Barry (1989), souligne cette tension, rendant la convergence entre le projet hayékien et le projet de l'économie politique constitutionnelle difficile.

Cet air de paradoxe s'explique car les notions de "contrôle", de "design" et de "planification" renvoient chez Hayek à deux ensembles d'actions distinctes. Le contrôle peut

⁴⁹³ La version originale dit : "Government is of necessity the product of intellectual design. If we can give it a shape in which it provides a beneficial framework for the free growth of society, without giving to anyone power to control this growth in the particular, we may well hope to see the growth of civilization continue" (Ma traduction). La version Puf dit : "Le Pouvoir, au sens large, est nécessairement le produit d'un dessein intellectuel. Si nous pouvons lui donner une forme telle qu'il procure un cadre favorable à la libre croissance de la société, sans donner à quiconque mission de diriger cette croissance dans le détail, sans doute pouvons-nous espérer voir se poursuivre le développement de la civilisation" (1979b, 182). Là encore, la traduction française aux Puf est imprécise, en plus de traduire très étrangement *government*. Il faut cependant noter, comme cela est remarqué par Scheall (2020, 89-90) que les formulations de Hayek laissent parfois entendre autre chose, notamment lorsqu'il défend la dénationalisation des monnaies. Hayek (1976, 1978, 132) dit ainsi "It has been said that my suggestion to 'construct' wholly new monetary institutions is in conflict with my general philosophical attitude. But nothing is further from my thoughts than any wish to design new institutions. What I propose is simply to remove the existing obstacles which for ages have prevented the evolution of desirable institutions in money." Ici l'idée sous-jacente est la même que celle du jardinier : il faudrait que le libéral laisse mûrir les fruits de la civilisation, tels qu'ils apparaîtraient d'eux-mêmes sans obstacles. Cela revient, de façon sous-jacente, à remobiliser une métaphysique du laissez-faire.

prendre la forme d'une intervention directe sur les processus en vue de produire un résultat particulier, ce que Hayek associe avec le mode d'existence d'une *organisation*, mais aussi, à un niveau d'abstraction supérieur, la forme d'une règle avant tout négative qui permet aux individus de se coordonner. C'est bien sûr le premier sens qui est très largement critiqué par Hayek, de façon exemplaire dans "Les erreurs du constructivisme" (Hayek, 1970), à savoir lorsque les institutions et les règles sociales sont mises en place de façon à être orientée vers un but spécifique (*Ibid.*, 30). Le gouvernement libéral défendu par Hayek ne prétend pas sombrer dans un tel hybris néfaste. Si l'erreur du rationalisme constructiviste est de planifier un ordre spontané en vue de produire certains résultats particuliers, le libéralisme radical de Hayek ne peut être critiqué pour une telle erreur car le principe de celui-ci est précisément de mettre en place des règles générales sans pour autant *diriger* les différents processus spontanés qui prennent place au sein de la société ainsi constituée. Il s'agit bien, comme le remarque Sugden (1993, 407) *d'utiliser* l'ordre spontané pour induire certaines caractéristiques générales à même de produire le plus grand bien (voir section suivante). L'ordre spontané peut donc également être considéré comme un instrument de construction sociale, comme une planification pour la liberté.

Le libéralisme hayékien peut donc se comprendre comme une forme de *design d'un ordre spontané libéral*. Le jardinier libéral en charge du maintien de l'ordre complexe qu'est la Grande Société doit bien entendu agir, non seulement pour faire en sorte que les plantes et les végétaux croissent harmonieusement, mais aussi pour protéger le jardin de certaines forces inhérentes à son existence, à savoir la prolifération de mauvaises herbes, les déséquilibres dus aux forces relatives des différents végétaux en culture, et bien sûr également les chocs externes qui risquent de bouleverser les équilibres en place. Le design s'associe à la spontanéité en tant qu'il s'agit pour le constitutionnalisme libéral de Hayek, de produire le cadre général dans lequel un ordre spontané *fonctionnel et bénéfique* peut prendre place. Cet ordre libéral n'est de plus pas un ordre à implémenter *ex nihilo*, mais fait fond sur des traditions au sein de la civilisation occidentale, qui constitue l'arrière-plan culturel indépassable du libéralisme hayékien⁴⁹⁴. Il s'agit donc, pour Hayek, de protéger un ordre qui existe historiquement, qui est le résultat institutionnel d'une évolution historique (Hayek, 1970, 35), ou de le renouveler en tant que les traditions l'ayant constitué peuplent toujours notre civilisation. Les théories de

⁴⁹⁴ Cela signifie donc que le libéralisme de Hayek ne possède pas à proprement parler une portée universaliste, mais doit (i) être confiné aux sociétés occidentales ou (ii) s'implémenter en étant accepté par les autres civilisations dans un mécanisme concurrentiel. Sur ces questions complexes, par ailleurs, au cœur du libéralisme (voir Gaus *et al.* 2020), il n'est pas certain que Hayek ait une réponse claire et décisive.

l'évolution culturelle et des systèmes complexes nous explique comment le capitalisme a pu émerger, mais elles n'expliquent pas pourquoi cet ordre économique particulier doit être préservé, défendu et activement maintenu⁴⁹⁵.

En repensant de cette manière les relations entre design et spontanéité, on peut donc observer que la tension est moins importante que de prime abord, car l'ordre spontané favorisé par Hayek n'est pas valorisé normativement en soi mais comme un fait de la vie moderne. Si cette différence peut être estompée, elle ne disparaît pas pour autant totalement. En effet, il reste à savoir comment Hayek peut justifier le fait que cet ordre spontané libéral peut avoir de bénéfique, et donc ce qui autorise Hayek à effectuer un tri historique dans les traditions occidentales, le jardinier libéral à distinguer ce qui relève d'un ordre spontané bénéfique et d'une amélioration de ce qui relève d'une dégénérescence. Pour saisir ce que ce modèle a de souhaitable pour Hayek il ne s'agit pas de rester à la démonstration que nous avons menée dans cette section, mais également montrer quelle est la justification normative que Hayek offre pour cet ordre libéral⁴⁹⁶.

5. La défense normative de l'ordre libéral : maximisation des anticipations, liberté et pluralisme

Parler de fondement normatif chez Hayek ne va pas de soi. En effet, la particularité de Hayek est, contrairement à la philosophie politique traditionnelle, de partir du problème épistémologique de la coordination sociale (chap. 1) et, comme le défendent Scott Scheall (2020) ou Gaus (2018a), il ne peut pas être interprété comme proposant une *théorie idéale*⁴⁹⁷, partant de prémisses normatives sur ce qu'il convient de faire, pour advenir à un modèle d'une société qu'il s'agit de réaliser, à l'instar de ce qu'on peut trouver dans le Rawls de la *Théorie de la justice*. En somme, la philosophie de Hayek n'est pas une philosophie morale appliquée. La primauté logique, chez Hayek, est toujours celle de l'épistémique (Scheall, 2020, chap. 1), c'est-

⁴⁹⁵ Hayek (1988, 8-9) distingue de ce fait la question positive (comment cet ordre est advenu ?) et la question normative (pourquoi faut-il le maintenir ?).

⁴⁹⁶ Caldwell et Reiss (2006), pourtant partisan d'une lecture descriptive du programme hayékien, reconnaissent également que Hayek développe des arguments normatifs pour défendre la supériorité de la société de marché, donc l'ordre libéral.

⁴⁹⁷ Sur l'opposition entre théorie idéale et tyrannie non-idéale voir l'introduction de Gaus (2016). Je reviens sur cette catégorie, ainsi que sur la relation des néolibéraux à la théorisation idéale et non idéale en conclusion générale de cette thèse.

à-dire de ce qu'il est possible de réaliser en prenant en considération notre ignorance. C'est pour cette raison que la théorie hayékienne est une théorie d'un design de l'ordre spontané, qui ne spécifie pas des fins particulières, mais propose de spécifier le cadre dans lequel peut se développer un ordre complexe libéral qui est justifié du fait de l'impossibilité d'accéder à un point de vue surplombant sur les affaires humaines – ce qui correspond à une thèse typiquement néolibérale, comme nous l'avons vu dans la première partie de ce travail. Ce faisant, la théorie de Hayek n'est pas *princiellement* normative au sens où il faudrait partir de certains principes acceptés pour ensuite dérouler la théorie libérale. Néanmoins, on trouve chez Hayek plusieurs justifications à la supériorité du capitalisme, de l'ordre du marché et du libéralisme sur les modèles concurrents. S'il est impossible de fonder la légitimation de l'ordre libéral sur la théorie descriptive de l'évolution culturelle ou sur les leçons des systèmes complexes, il faut bien que la "supériorité de l'ordre du marché" (Hayek, 1974, 59) et donc du libéralisme hayékien, soit garanti par une autre source. Il me semble qu'on peut trouver de telles justifications chez Hayek, comme le suggérait déjà Robert Sugden (1993), qui insiste sur une veine contractarienne. Hayek ne propose certainement pas une *théorie idéale*, puisque les limites fixées par l'évolution et la complexité ont pour conséquence l'impossibilité de réaliser pleinement n'importe quel modèle politique absolument cohérent, comme une société parfaitement juste ou rétribuant le mérite. Cependant, même une théorie non-idéale fondée sur les contraintes mentionnées, nécessite une justification *normative* quant au fait que ce qui est *réalisable* dans une société libérale demeure, malgré les imperfections consubstantielles à la complexité de la société, désirable et défendable. À mon sens, on peut trouver chez Hayek trois types d'arguments justifiant la supériorité des institutions libérales, au premier rang desquelles l'ordre du marché. Ces arguments sont : l'argument d'un bien commun qu'est le cadre de coordination, une défense de la liberté individuelle et enfin une défense du pluralisme consubstantiel à la Grande Société, permettant l'expérimentation permanente. Ces trois développements sont différentes facettes d'un même argument mettant l'accent sur la supériorité épistémique du libéralisme.

La tentation de justification instrumentale

Avant de développer ces différents arguments, il nous faut mentionner la justification la plus explicite que Hayek donne de l'ordre libéral et du capitalisme, dans *La Présomption fatale*, ne serait-ce que pour expliquer pourquoi ce n'est pas sur cette justification que nous insisterons. Le libéralisme serait supérieur au socialisme en ce qu'il permettrait (i) une survie des

populations qui peuvent subvenir à leurs besoins et (ii) une augmentation de la richesse générale, alors que le socialisme conduirait à la pauvreté et à la mort (Hayek, 1988, 8-9, 27). La prémisse de cet argument consiste dans le fait que Hayek et ses opposants partageraient de fait les *mêmes valeurs*. Les libéraux comme les socialistes désirent la prospérité, dont les éléments sont l'accroissement des populations et l'accroissement de la richesse, l'accroissement des richesses étant corrélé à l'accroissement des populations. Cela conduit Hayek à proférer des jugements normatifs fondés sur une méta-éthique évolutionnaire douteuse :

Que nous souhaitions ou non de nouvelles augmentations de la production et de la population, nous devons (...) rechercher ce qui, dans des conditions favorables, continuera à conduire, au moins pendant un certain temps et en de nombreux endroits, à de nouvelles croissances [de la population].

(Hayek, 1988, 134)⁴⁹⁸.

Cette position instrumentale est néanmoins fragile. En effet, empiriquement l'accroissement des populations n'est pas l'apanage des sociétés libérales. Faria (2017) relève ainsi que la croissance de la population en Russie soviétique était plus importante que dans les sociétés libérales occidentales. Un argument semblable pourrait être fait pour la Chine communiste. Normativement, si on refuse la position méta-éthique de Hayek, rien ne nous oblige à considérer l'augmentation de la population comme une bonne chose en soi (rien ne nous oblige à la considérer comme une mauvaise chose, symétriquement, en somme rien ne nous oblige à en faire un critère). La deuxième variable mobilisée par Hayek, à savoir l'accroissement des richesses permise par les institutions capitalistes, est *peut-être* empiriquement moins contestable, mais demeure normativement tout aussi insuffisante, en ce que l'accroissement des richesses en soi ne peut constituer une justification de la désirabilité du libéralisme⁴⁹⁹. Il faut, pour que cet argument soit pertinent, d'autres arguments venant montrer les différentes fins désirables pour les individus que permet de réaliser l'accroissement des richesses. Plusieurs

⁴⁹⁸ L'original dit : "Whether we desire further increases of production and population or not, we must (...) strive after what, under favourable conditions, will continue to lead, at least for some time, and in many places, to further increases [of population]" (Ma traduction).

⁴⁹⁹ J'insiste sur le "peut-être", car si l'argumentation vaut certainement pour la plus grande efficacité des sociétés libérales vis-à-vis de l'URSS, cela ne signifie pas que le marché en soi est toujours et nécessairement un moyen efficace de produire de la richesse et la répartir. Cela est bien évidemment très largement discuté. En opposant, par ailleurs, aussi abruptement libéralisme et socialisme soviétique, Hayek ne peut pas rendre justice à la diversité possible des relations entre marché, société civile et État, qui peuvent être extrêmement diverses et faire apparaître des caractéristiques contradictoires entre elles.

arguments sont envisageables sur ce point. Si l'accroissement des richesses est, par exemple, extrêmement peu réparti et ne profite qu'à une partie de la population en produisant des désavantages systématiques, cet accroissement seul ne saurait être une justification pérenne⁵⁰⁰. Même en accordant que l'accroissement des richesses serait acceptablement réparti, rien n'indique qu'il serait moralement désirable. Un tel accroissement peut ainsi être perçu comme corrompant la moralité des individus, produisant une société de spectacle et uniformisant les rapports sociaux sous le signe de l'échange marchand⁵⁰¹. Plusieurs auteurs, à commencer par Adam Smith, sont par exemple sceptiques relativement aux vertus morales supposées du "doux commerce"⁵⁰².

5.1 Le cadre de coordination comme bien commun

La notion de "bien commun" peut apparaître comme étrangère à la théorie de Hayek. Comme on le sait (chap. III et IV), le concept de bien commun est avant tout critiqué dans la *Route de la servitude*, comme renvoyant à une fiction collectiviste d'un accord de tous les individus d'une société complexe sur une fin à réaliser. Une telle finalité commune ne peut être fantasmée au vu des différences de préférences entre individus dans une société caractérisée par l'individualisation grandissante de ses membres. Dans les travaux ultérieurs, Hayek énonce à nouveau ces critiques, et la notion de "bien commun" est considérée principalement de manière critique ou sceptique (Hayek, 1976a, 1 ; 1979a, 10, 165). Néanmoins, Hayek inaugure également un usage positif de ce concept, pour parler du cadre général permettant la coordination entre les individus dans une société libre. On peut donc justifier l'ordre du marché et les institutions libérales à partir de leurs bienfaits et ce *du point de vue des individus eux-mêmes*. On trouve cela exprimé clairement par Hayek dans un passage faisant référence aux travaux de Kant sur la métaphysique de la justice :

⁵⁰⁰ Je traite de ces problèmes plus précisément lors de l'examen de la thèse postnérienne de la maximisation des richesses comme critère éthique au chapitre IX.

⁵⁰¹ On reconnaît une critique, que je ne développerai pas, chez Debord, Marcuse ou Galbraith, dans les années 1960.

⁵⁰² Les thèses de Smith relativement à la division du travail se trouvent dans le livre V de la *Richesse des nations*. Je mentionne ces points dans Colin-Jaeger (2016).

Nous avons vu que le bien commun, dans ce sens, n'est pas un état particulier des choses, mais consiste en un ordre abstrait qui, dans une société libre, doit laisser indéterminée la mesure dans laquelle les différents besoins particuliers seront satisfaits.

(Hayek, 1976a, 114)⁵⁰³.

En quoi le cadre général de coordination d'une société libre peut-il constituer un bien commun ? Car il permet la réalisation et la facilitation de davantage de fins particulières, en augmentant le nombre *d'anticipations correctes et diversifiées* que les individus peuvent former (*Ibid.*, 1). Ce cadre général correspond chez Hayek à la *rule of law*, à savoir non pas une règle particulière mais la méta-doctrine légale (Hayek, 1955b ; 1960a, 205) qui doit contraindre le législateur. Ces contraintes sont la généralité (la règle doit valoir pour tous), l'impersonnalité⁵⁰⁴ (ne pas spécifier certains individus ou certaines fins comme étant prioritaires ou bénéficiaires), la publicité (elles doivent être connues à l'avance) et enfin semi-permanentes (donc être relativement stables dans le temps). Substantiellement parmi ces règles générales se trouvent par exemple la reconnaissance des droits de propriété privées des individus, le droit des contrats, les règles relatives aux conflits interpersonnels, au vol ou à la responsabilité individuelle (*Ibid.*, 158). Hayek est néanmoins plus spécifique sur ce qui est permis par les institutions de la société libérale, et propose même un critère normatif d'amélioration. Je propose de formuler le principe normatif soutenant la justification de Hayek comme suit :

Principe de maximisation des anticipations individuelles (PMA) : Le principe permettant de juger du bienfait d'une institution, ou ce qui justifie une intervention, est la préservation ou l'amélioration d'un ordre stable en ce qu'il permet la validité d'un maximum d'anticipations vérifiées possibles.

Ce critère est énoncé dès *La constitution de la liberté* au moins, où Hayek exprime ainsi que notre but devrait être d'augmenter les possibilités, pour les individus, d'établir des prédictions correctes (*Ibid.*, 30, je souligne). Le même critère est mentionné lors de la défense de la *common*

⁵⁰³ L'original dit : "We have seen that the common good in this sense is not a particular state of things but consists in an abstract order which in a free society must leave undetermined the degree to which the several particular needs will be met" (Ma traduction). La version Puf dit : "Nous avons vu que le bien commun ainsi conçu n'est pas un certain état de choses, mais réside dans un ordre abstrait qui, dans une société libre, laisse forcément indéterminé le degré auquel les divers besoins des particuliers seront satisfaits" (Hayek, 1976c, 138).

⁵⁰⁴ Hayek utilise même, en se référant là encore à Kant, l'idée d'un test d'universalisation négative pour se décider de la validité d'une loi, et notamment pouvoir éliminer graduellement les injustices (Hayek, 1976a, 43).

law par Hayek, notamment lorsque l'auteur autrichien indique quel critère doit suivre le juge quand il doit se décider sur une bonne règle. La bonne règle, en effet, celle qui "maximise" la production d'anticipations fiables dans la société dans son ensemble (Hayek, 1973a, 103)⁵⁰⁵. Enfin, dans sa défense de la catallaxie, (Hayek, 1976a, 109)⁵⁰⁶ Hayek défend que le cadre d'interaction, constitué par le marché, est à l'avantage de tous (lorsque les règles sont bien définies), c'est-à-dire permettent le bien-être des membres de la société (*Ibid.*, 6). Hayek tente de montrer comment l'ordre spontané créé par de telles règles générales conduit à un résultat bénéfique pour tous du fait de son avantage épistémique, c'est-à-dire de sa capacité à mobiliser davantage de connaissance que les modèles institutionnels alternatifs (*e.g* le socialisme). La catallaxie permet donc la formation d'un ordre dans lequel les individus voient leurs opportunités augmenter, quelles qu'elles soient par le biais du mécanisme des prix. L'argument de Hayek est que le mécanisme des prix, en véhiculant les informations minimales permettant à chacun de former des anticipations, permet la compossibilité des plans de vie individuels et donc pourrait être désiré par tous les individus. On retrouve ici des propos déjà développés par Hayek dans ses articles des années 1930-1940 (voir chap. 1), dont le caractère adaptatif est néanmoins mentionné comme garantissant la stabilisation du système et donc la maximisation de l'ensemble des anticipations satisfaites :

Le processus d'adaptation fonctionne, comme les ajustements de tout système auto-organisé, par ce que la cybernétique nous a enseigné à nommer la rétroaction négative : c'est-à-dire des réponses aux différences entre les résultats attendus et les résultats effectifs des actions, afin que ces différences soient réduites. Cela produira une correspondance accrue entre les attentes des différentes personnes tant que les prix actuels fourniront des indications sur ce que seront les prix futurs, c'est-à-dire tant que, dans un cadre relativement constant de faits connus, seuls quelques-uns d'entre eux changeront; et tant que le mécanisme des prix fonctionnera comme un moyen de communication des connaissances qui entraîne que les faits qui sont connus des uns, par les effets de leurs actions sur les prix, sont amenés à influencer la décision des autres.

⁵⁰⁵ C'est de cette formulation, qui mentionne un concept normalement étranger à Hayek, à savoir la maximisation, que je tire le principe formulé plus haut.

⁵⁰⁶ Hayek reprend, ce qui est une habitude dans *Droit, législation, liberté* des termes grecs, ici *catallein*, à savoir "faire de son ennemi son ami". Le jeu catallactique caractérisé par un ensemble de règles donnant naissance aux échanges économiques, lie en effet les individus ensemble dans un ordre étendu, permettant une concurrence sur un fond de coopération. On retrouve cette même défense de l'ordre du marché comme permettant une maximisation des anticipations vérifiées dans *La présomption fatale*, voir notamment Hayek (1988, 76-77).

(Hayek, 1976a, 125)⁵⁰⁷.

La concurrence, dans ce cadre, possède un rôle primordial, puisqu'elle permet l'ajustement des anticipations en montrant lesquelles sont erronées (*Ibid.*, 117). Bien évidemment, plusieurs anticipations doivent être trompées, et certains individus perdant dans le jeu que constitue la catallaxie, mais c'est à ce prix que l'ensemble des individus peuvent se coordonner et suivre leurs fins. Hayek l'indique d'une manière crûe, c'est parce que bien des attentes raisonnables sont constamment déçues que les revenus peuvent être aussi élevés (*Ibid.*, 128). Si la justification ne peut être celle d'un point de vue moral, par exemple une rétribution des agents au mérite (la prise de risque entrepreneuriale récompensée, par exemple), car les agents souffrent de perte non méritée, et gagnent de manière imméritée également (*Ibid.*, 71), elle est en revanche fondée sur le fait *qu'en moyenne* cet ordre augmente les chances des individus, ou plutôt d'un individu *pris au hasard* (*Ibid.*, 130). L'argument est subtil : il ne s'agit pas de dire que l'ordre catallactique est à l'avantage de tous, pris individuellement, car il est certain que certains individus ne voient pas leurs anticipations vérifiées, mais à l'avantage de *chaque individu tiré au hasard et donc inconnu au préalable*. Ce fait, à savoir que les règles du jeu doivent garantir une équité sous la forme d'une augmentation des chances de chacun, compris comme le fait qu'un maximum d'anticipations peuvent être vérifiées, est crucial pour le maintien de l'ordre libéral. C'est ce qui définit que cet ordre est juste : "les principes de justice définissent les exigences cruciales que les institutions et les activités conjuguées doivent satisfaire, si l'on veut que les personnes qui s'y engagent ne leur opposent pas de reproches" (Hayek, 1976c, 120). Cette caractéristique positive de la catallaxie est due à la forme que les règles possèdent. En effet, si les règles sont générales cela empêche de prévoir *a priori*, du fait

⁵⁰⁷L'original dit : "The process of adaptation operates, as do the adjustments of any self-organizing system, by what cybernetics has taught us to call negative feedback: responses to the differences between the expected and the actual results of actions so that these differences will be reduced. This will produce an increased correspondence of expectations of the different persons so long as current prices provide some indications of what future prices will be, that is, so long as, in a fairly constant framework of known facts, always only a few of them change; and so long as the price mechanism operates as a medium of communicating knowledge which brings it about that the facts which become known to some, through the effects of their actions on prices, are made to influence the decision of others" (Ma traduction). La version Puf dit : "Le processus d'adaptation opère, comme les ajustements de n'importe quel système auto-organisé, par ce que la cybernétique nous a appris à appeler le 'feedback négatif', ou rétroaction ; à savoir le fait que les réponses aux différences entre le résultat escompté et le résultat effectif des actions tendent à diminuer ces écarts. Il en découlera une coïncidence croissante dans les anticipations des diverses personnes, pour autant que les prix courants fournissent quelque indication sur ce que seront les prix futurs - c'est-à-dire aussi longtemps que dans un cadre connu et assez stable, un petit nombre de données de fait se modifieront à chaque moment - et aussi longtemps que le mécanisme des prix opérera comme instrument de communication des informations, assurant que les faits connus par quelques-uns influent sur les décisions des autres, à travers l'effet sur les prix des opérations des premiers informés (Hayek, 1976c, 155).

de la modification constante des circonstances qui constituent le monde socio-économique, qui ces règles peuvent favoriser :

Étant donné qu'il est impossible de prévoir, à long terme, quand et où se produira le concours de circonstances particulier auquel se réfère une règle, on ne peut pas non plus savoir qui bénéficiera d'une telle règle abstraite et dans quelle mesure des personnes différentes en bénéficieront. De telles règles universelles destinées à s'appliquer pendant une période indéfinie ne peuvent donc viser qu'à augmenter les chances des personnes inconnues.

(*Ibid.*, 156, traduction modifiée)⁵⁰⁸.

Les règles constituant l'ordre étant impersonnelles, elles ne peuvent favoriser des individus particuliers a priori et doivent donc constituer une amélioration des chances de tous les individus, ou plutôt de chaque individu tiré au hasard (Hayek, 1976a, 132). On pourrait penser que pour parler *d'augmentation*, ou de *maximisation*, Hayek utilise une distribution de probabilités, et ainsi évaluer les chances relatives des individus. Néanmoins, il se refuse à faire appel à cette possibilité, car nous ne connaissons pas les distributions de probabilités. En effet, nous ne pouvons connaître a priori les distributions, car nous ne savons pas qui sera avantagé et de combien. En définitive, le critère hayékien peut être formulé de la manière suivante : l'ordre libéral est bénéfique car il permet aux individus, tirés au hasard, de réaliser leurs fins, quelles qu'elles puissent être, et ce de manière supérieure à des modèles concurrents. Le fondement méta-éthique d'une telle position n'est pas utilitariste, puisque l'utilitarisme suppose la connaissance des probabilités et utilités – or comme ces choses sont inconnues on aurait du mal à dire que l'ordre catallactique maximise l'utilité –, mais individualiste en un sens normatif, c'est-à-dire qu'on permet à un maximum d'individu de réaliser le type de vie qu'il souhaite, sans faire intervenir la volonté arbitraire d'autrui.

Cette argumentation, qui souligne les vertus de l'ordre du marché, a été étudiée par Sugden (1993, 413) comme composant la justification normative du libéralisme chez Hayek, car l'auteur autrichien montre que l'ordre du marché peut être à l'avantage de l'ensemble de la

⁵⁰⁸ L'original dit : "Since in the long run it cannot be predicted when and where the particular conjunction of circumstances will occur to which any rule refers, it must also be unknown who will benefit by such an abstract rule and how much different persons will benefit. Such universal rules intended to apply for an indefinite period can thus aim solely at increasing the chances of unknown persons."

communauté politique. Hayek va par ailleurs jusqu'à mentionner un critère de choix proche de ce qu'on trouve chez Rawls, à savoir le fait que la meilleure société est celle dans laquelle nous choisirions de placer nos enfants, si nous devions connaître leur position sociale comme étant déterminée par une loterie (Hayek, 1976a, 132).

Il est indéniable que Hayek propose ce type de défense de l'ordre du marché et donc du libéralisme, qui est caractérisé par les institutions que sont le mécanisme des prix, la *rule of law* et le jugement des juges de la *common law*. Plus encore, lorsqu'il s'agit de spécifier les critères guidant l'appréciation du juge qui doit améliorer le système de règles existant, ou encore, lorsqu'il s'agit de justifier la supériorité des institutions du marché, Hayek se réfère systématiquement à ce critère de maximisation des anticipations (PMA). Néanmoins, cette défense laisse à désirer, car elle est avant tout fondée sur un appel à l'ignorance. C'est parce que le législateur ne sait pas quels seront les effets des règles, et notamment les effets sur la distribution des biens, qu'on peut estimer que les mesures sont à l'avantage de tous, donc équitables et justes. Mais l'ignorance du législateur vis-à-vis du résultat n'est pas une garantie de l'équité du résultat. Hayek refuse de parler de distribution de probabilité, car la relation entre l'ordre des actions et le système de règles est complexe, mais cette ignorance ne permet certainement pas de dire que l'ordre résultant est à l'avantage de tous, tout comme elle ne permet pas de prédire les résultats. Hayek n'offre donc pas vraiment la preuve que l'ordre du marché avantage tous les participants, tout comme il ne montre pas que même les plus désavantagés, les perdants, peuvent eux aussi profiter du jeu, car pour ce faire il lui faudrait un argument capable de montrer non seulement comment le marché coordonne des agents divers et produit un ensemble ordonné, mais également comment ce mécanisme de type main invisible permet en plus une répartition acceptable des biens pour l'ensemble des individus⁵⁰⁹. Le même problème épistémique se pose au niveau de sa théorie juridique. Sa théorie du jugement en *common law* ne permet pas non plus d'explicitement comment le juge peut avoir connaissance de l'ordre des actions des individus de façon à maximiser les anticipations individuelles, s'il n'est pas possible d'établir les probabilités résultant d'une modification du système de règles engendrant l'ordre des actions. Nous revenons donc à la distinction que proposait Gaus (2018a) entre *complexité maximale* et *complexité modérée*. Ou bien la complexité est maximale et, dans ce cadre, il est impossible de faire une modification dans le système de règles en ayant des

⁵⁰⁹ Une critique semblable est formulée par Scheall (2020). On peut interpréter certains travaux d'auteurs sympathiques vis-à-vis de Hayek, comme Sugden (2018), comme une tentative de renforcer cet argument, ce que réalise notamment Sugden en proposant un critère de maximisation des opportunités individuelles (plutôt que des préférences).

anticipations raisonnables sur le futur, car le système est holistique et la relation entre règles et ordre est chaotique, à savoir que la plus petite modification peut créer des résultats importants et imprévus, ou bien elle est modérée et il est possible d'établir des probabilités sur le futur. Si néanmoins cela est possible, et que l'incertitude n'est pas radicale, il n'y a a priori pas de limites théoriques aux modifications à faire subir au système de règles, y compris si ces modifications limitent l'étendue du marché ou contreviennent à la théorie hayékienne, et ce *à partir du moment où on peut établir raisonnablement des probabilités sur l'état futur de l'ordre des interactions*. En somme, la théorie de Hayek est ou bien *trop restrictive* (complexité maximale) et n'autorise aucune intervention, confinant à un conservatisme quiétiste, ou bien elle ne l'est *pas assez* et on voit mal ce qui garantirait la perpétuation du libéralisme en soi.

De plus, certains groupes peuvent être systématiquement avantagés ou désavantagés, ce que semble par ailleurs reconnaître Hayek à certains endroits (Hayek, 1976a, 131)⁵¹⁰, et cela y compris par des règles générales. En effet, le maintien d'un système de propriété et de contrat tel qu'existant implique le maintien d'une structure sociale donnée, et cela qu'importe les interactions ayant créé cette structure. Si la distribution actuelle des biens a, par exemple, été très largement déterminée par des injustices telles que le racisme institutionnel, la ségrégation et le sexisme, certaines classes de populations peuvent se retrouver systématiquement désavantagées par un régime juridique et économique reconnaissant le *statu quo* comme point de référence indépassable. Si Hayek reconnaît ce point comme étant potentiellement problématique, il ne pense pas qu'une réponse satisfaisante est possible. À moins, nous dit-il, qu'une telle injustice soit évidente et récente, il est généralement trop coûteux d'y remédier (*Ibid.*, 131). En effet, il ne peut y avoir de reconstruction de la société *ex nihilo* et les institutions sociales doivent être considérées comme données et en un sens à révéler (Hayek, 1960, 61). De ce fait, il n'est pas certain que l'argument de Hayek puisse supporter de manière pleinement satisfaisante sa défense du libéralisme sans pouvoir prendre en compte la persistance d'inégalités structurelles qui ne peuvent être corrigées par le marché. Les différences structurelles peuvent par ailleurs être cohérentes avec la maximisation des anticipations, si les conditions différenciées produisent des plans individuels relatifs à l'environnement social. Les

⁵¹⁰ Prenons l'exemple du basketball. Une règle générale peut-être par exemple l'interdiction de rester plus de trois secondes pour un pivot dans la raquette. Cette règle existe en NBA mais n'existe pas en Europe. Il est évident que cette règle appliquée à tous, mais elle a une conséquence particulière pour les pivots, qui ne peuvent plus se positionner en dessous du panier pour verrouiller systématiquement l'accès à la raquette. Bien évidemment cette règle a été prise *intentionnellement* par la NBA, pour favoriser un jeu d'attaque plus spectaculaire. Néanmoins, l'absence de cette règle, en Europe, introduit un avantage systématique pour les grands joueurs, et cela produit donc également un résultat sur le jeu.

préférences et plans individuels peuvent être adaptatifs. Si l'émancipation individuelle doit rester une valeur libérale, il faut donc aller plus loin que ce que propose Hayek.

En dernière instance, Hayek est contraint de revenir vers l'argument qu'il développe dans la *Présomption fatale*, à savoir que le niveau de revenu et de confort de nos sociétés actuelles n'est permis que par l'existence du marché (Hayek, 1976a, 140). De fait, cela revient à dire que la société complexe actuelle nécessite un marché et *naturalise* donc cet état de fait. L'argumentation est imparfaite, car pour proposer une preuve suffisamment convaincante de la supériorité de l'ordre du marché, à savoir que le jeu catallactique est à l'avantage de tous, Hayek devrait rompre avec ses propres principes et montrer qu'il est dans l'intérêt de chaque individu de participer à ce jeu, ce qui suppose une connaissance des intérêts de chacun et une possibilité de prédire que la distribution des gains sur le marché, sans être équitable, peut bien être acceptée par tous comme relevant de règles justes. Or, Hayek lui-même interdit l'usage de telles probabilités, bien qu'il parle souvent comme si cela était possible de les connaître (Hayek, 1973a, 42). À ce stade, l'argumentation de Hayek apparaît normative, mais cette défense laisse à désirer, car elle est fondée sur des principes branlants. La principale critique rencontrée dans cette sous-partie relève du fait que la défense de Hayek présuppose une connaissance qui est par ailleurs interdite par sa propre épistémologie. Son propos est donc contraint d'osciller entre, ce qui était déjà le cas pour les premiers néolibéraux, deux sens de marché, à savoir les marchés empiriques qui caractérisent les sociétés occidentales plus ou moins libérales, et le sens idéal du marché. Ce passage d'un concept à un autre, qui sert notamment à justifier la supériorité de son libéralisme utopique purifié à partir de la supériorité comparative des sociétés capitalistes sur les sociétés socialistes, est une confusion conceptuelle. S'arrêter là serait, néanmoins, manquer deux autres arguments découlant de sa défense épistémique de la supériorité du libéralisme, venant compléter l'argument d'un bien commun permis par le cadre de coordination constitué par les règles libérales.

5.2 La liberté consubstantielle à la société libérale complexe

La liberté est la valeur cardinale de tout libéralisme. Bien évidemment, les libéraux, de Smith à Rawls, donnent à ce concept un sens différent. Historiquement, un des clivages importants entre libéraux est celui entre conceptions négatives de la liberté et conceptions positives de la

liberté⁵¹¹. La liberté négative est généralement conçue comme la préservation d'un ensemble d'opportunités, à savoir qu'il s'agit de garantir aux individus une pluralité d'actions possibles sans être contraints par autrui. *A contrario*, la liberté positive est une liberté en termes de possibilités réelles, et met l'accent sur la possibilité effective d'un individu à réaliser quelque chose de façon autonome. En somme, la liberté négative défend la *possibilité* pour les individus de réaliser des choix, alors que la liberté positive s'intéresse aux conditions effectives de réalisation. Je suis libre au sens négatif d'atteindre un niveau de vie acceptable à partir du moment où aucun individu ne me contraint activement dans mes choix, et cela y compris si effectivement je n'atteins jamais ce niveau de vie ; en revanche je ne suis pas libre au sens positif d'atteindre ce niveau si les conditions de possibilité à cette accession ne sont pas disponibles (éducation, santé, logement etc.)⁵¹².

De manière purement conceptuelle, cette distinction est floue car tout dépend de ce que l'on considère comme relevant de la *coercition*. Hayek développe, au début de la *Constitution de la liberté*, une théorie essentiellement négative de la liberté, caractérisée par l'absence de coercition, comprise comme soumission d'un individu à la volonté arbitraire d'un autre (Hayek, 1960, 12). Cela signifie qu'on ne peut appeler coercition différents phénomènes importants, par exemple (i) l'absence de d'accessibilité à des services permettant le développement des individus, (ii) les conséquences négatives sur les individus qui ne sont pas le fruit d'une volonté arbitraire d'autrui, mais par exemple des conséquences inintentionnelles de leurs actions ou encore (iii) les limitations d'opportunités produites par différentes formes de vies sociales, par exemple une société de marché. Si on accepte ces différents phénomènes comme relevant de la coercition on est amené trop loin sur la pente d'une société illibérale, et vers un concept positif de la liberté. Or, Hayek critique très largement cette conception. En effet, Hayek se réfère négativement au "libéralisme social" d'un John Dewey, qui revient pour lui à la demande directe de pouvoir (Hayek, 1960, 17)⁵¹³, ce qui revient à traiter de façon différentes les groupes et octroyer des privilèges légaux en fonction des situations, ce qui rompt très largement avec

⁵¹¹ Pour une vue générale sur toutes ces questions, voir Gaus *et al.* (2020). Voir aussi le chap. V.

⁵¹² Je ne développe pas davantage ce point, mais la liberté positive est très largement défendue par une veine sociale du libéralisme, de Mill à Raz en passant par Green, Hobhouse et Rawls. Dans ce cadre, l'existence de structures de domination, comme le sexisme, qui assujettit les femmes en limitant les choix que les femmes pourraient, d'elles-mêmes, faire, constituent une limite à la liberté individuelle.

⁵¹³ Comme Gamble (2013) le note, il y a donc une distinction nette entre la liberté garantie contre la coercition, et la liberté de choix et d'opportunités, qui peut être contrainte par des forces impersonnelles. Chez Hayek, le prix d'un bien n'est pas une coercition – car ne résultant pas de la volonté arbitraire d'un individu – et donc n'est pas une atteinte à la liberté individuelle.

la *rule of law*, et introduit une concurrence pour les avantages qui ne peut que mener une société sur la pente de l'autoritarisme en privilégiant des conceptions substantielles du bien.

Néanmoins, la défense que fait Hayek de la liberté négative diffère de l'exposé traditionnel, car sa défense de la liberté est articulée avec sa théorie positive des ordres complexes. Son concept de liberté négative n'est pas un concept maximisant les opportunités⁵¹⁴, mais garantissant autant que possible la possibilité de former des anticipations correctes (*Ibid.*, 13), sans devoir suivre des fins imposées par un autre (*Ibid.*, 20-21), ce qui passe par une défense de la généralité et de l'abstraction des règles (Hayek, 1976a, 123), puisque des règles générales et impersonnelles ne peuvent impliquer une intention visant une fin particulière, ce qui est la définition de la coercition pour Hayek. Le critère de Hayek ne consiste donc pas explicitement en une maximisation des opportunités réelles octroyées aux individus, mais en une défense de la rectitude qualitative des anticipations. Dans cette perspective, la liberté est favorisée si les individus peuvent former un nombre limité d'anticipations correctes, plutôt que si un grand nombre d'opportunités incertaines sont ouvertes. *Le PMA est donc une façon de maximiser la liberté, au sens où la liberté est définie comme capacité à former des anticipations correctes en fonction d'un environnement stable*⁵¹⁵. Cela consiste en une liberté, pour chacun de, autant que possible, choisir sa propre vie. Dans ce cadre, la maximisation n'est pas quantitative mais qualitative, puisqu'il s'agit de garantir des anticipations correctes. L'ordre du marché peut être valorisé comme permettant l'extension de la liberté individuelle. Hayek montre comment la préservation de la liberté est nécessaire au maintien d'un ordre complexe, mais aussi comment la liberté constitue une méta-valeur, c'est-à-dire la valeur permettant la possibilité de toutes les autres valeurs. Cela est clairement exprimé par Hayek :

Certains lecteurs seront peut-être troublés par l'impression que je ne considère pas la valeur de la liberté individuelle comme un présupposé éthique indiscutable et que, en essayant de démontrer sa valeur, je fais peut-être de l'argumentation en sa faveur une question instrumentale. Ce serait un malentendu. Mais il est vrai que si nous voulons convaincre ceux qui ne partagent pas déjà nos suppositions morales, nous ne devons pas simplement les considérer comme acquises. Nous devons montrer que la liberté n'est pas seulement une valeur particulière, mais qu'elle est la source et la condition de la plupart des valeurs morales.

⁵¹⁴ Traditionnellement c'est ainsi qu'on entend la liberté négative, à savoir comment une liberté en termes d'opportunités. Mes opportunités sont ouvertes à partir du moment où je ne peux être contraint par autrui.

⁵¹⁵ Cette idée d'une maximisation de la liberté est également mentionnée par Hayek (1988, 63).

(Hayek, 1960, 6)⁵¹⁶.

L'argumentation est analogue à celui de la défense du cadre de coordination comme bien commun. En effet, le libéral est celui qui accepte la diversité et le pluralisme des préférences individuelles et des choix de vie. La liberté n'est pas une valeur parmi d'autres, mais la valeur qui permet la réalisation de toutes les autres valeurs, ou de la plupart de celles-ci. Le fait que les individus puissent construire des anticipations correctes est la condition épistémique pour que chacun puisse développer ses propres valeurs dans un ordre stabilisé. Hayek ne vise pas autant, dans sa démonstration, la liberté comme valeur en soi, mais comme condition de possibilité de l'expression des autres valeurs. Hayek peut ainsi défendre le libéralisme comme étant la théorie politique qui permet à chaque individu de réaliser ses propres valeurs privées⁵¹⁷. De façon caractéristique, le libéralisme est défendu comme le cadre général permettant l'existence d'un pluralisme valorisé individuellement par chacun des participants. De ce fait la défense de Hayek ne peut être dite purement instrumentale. En quoi est-ce que la défense de la liberté se trouve renouvelée par cet argument ? Hayek pense la liberté comme la contrepartie nécessaire à l'impossibilité de planifier une société complexe. C'est parce que l'ordre social est impossible à planifier qu'il faut conserver et protéger la sphère d'action individuelle :

Ce qui est essentiel pour le fonctionnement du processus, c'est que chaque individu puisse agir sur la base de ses connaissances particulières, toujours uniques, au moins dans la mesure où elles se rapportent à certaines circonstances particulières, et qu'il puisse utiliser ses compétences et ses possibilités individuelles dans les limites qu'il connaît et pour son propre objectif.

(*Ibid.*, 29)⁵¹⁸.

⁵¹⁶ L'original dit : "Some readers will perhaps be disturbed by the impression that I do not take the value of individual liberty as an indisputable ethical presupposition and that, in trying to demonstrate its value, I am possibly making the argument in its support a matter of expediency. This would be a misunderstanding. But it is true that if we want to convince those who do not already share our moral suppositions, we must not simply take them for granted. We must show that liberty is not merely one particular value but that it is the source and condition of most moral values" (Ma traduction).

⁵¹⁷ On trouve un argument semblable bien que considérablement moins développé chez Friedman (1962a,b), pour qui le capitalisme libéral permet l'émergence de préférences socialistes, alors que le socialisme ne permet pas d'idées divergentes.

⁵¹⁸ L'original dit : "What is essential to the functioning of the process is that each individual be able to act on his particular knowledge, always unique, at least so far as it refers to some particular circumstances, and that he be able to use his individual skills and opportunities within the limits known to him and for his own individual purpose" (Ma traduction).

Parce qu'il est impossible de planifier l'ensemble, il est donc essentiel pour le fonctionnement social (*the process*) que les individus puissent constamment adapter leurs comportements aux nouvelles circonstances et ainsi mobiliser la connaissance unique qu'ils possèdent (voir chap. I). La liberté est une forme de couteau-suisse, qui est remarquablement adaptée à la complexité, puisque les individus peuvent réadapter en permanence leurs actions en fonction des modifications qui ne cessent d'émerger, à partir du moment où le cadre libéral est suffisamment stable pour leur permettre de prévoir le cours de leur action. En somme, la liberté individuelle est ce qui permet, au niveau micro, le *feedback* permanent des activités pour produire l'ajustement de l'ordre libéral. Si on ne peut prédire les résultats et les variations d'un ordre complexe, il est impossible de planifier les comportements individuels, sous peine d'introduire des rigidités et de la coercition. La liberté permet au contraire aux individus de réagir en permanence aux modifications de l'ordre, de façon à permettre une adaptation constante du système à de nouvelles données qui ne manquent pas d'émerger. L'exemple typique est le processus de concurrence comme découverte d'information (Hayek, 1964), qui nécessite la possibilité pour les individus de réagir en permanence à des modifications des prix – prix qui doivent eux-mêmes être libres – pour que les résultats soient bénéfiques pour tous, à savoir que chacun puisse produire et consommer et ainsi profiter de la coopération permise par le signal prix.

A contrario, un système alternatif, défendant une conception plus spécifique de la liberté, comme capacité positive à avoir accès à certains types de biens, ou à réaliser pleinement son autonomie, risque d'être autodestructrice. En effet, un tel système implique une série de coercitions et d'interférences directes avec l'ordre spontané, en introduisant une forme d'égalitarisme. L'égalitarisme suppose, par exemple, une intervention sur les prix sur le marché du travail, notamment des salaires. Cette intervention égalise les revenus et masque totalement la rareté relative de certaines compétences et l'abondance d'autres. En plus de ruiner le système d'incitations sociales à l'innovation, cet égalitarisme produit donc aussi un grippage du mécanisme de coordination, qui conduit l'ensemble de la société à une perte de dynamisme et de richesse⁵¹⁹. L'argument de Hayek peut être reformulé de la manière suivante : sa théorie est appréciable car elle permet de défendre et de valoriser une conception de la liberté compatible avec les contraintes de la complexité, ce qui fait de cette valeur la condition de possibilité des

⁵¹⁹ Je recompose ainsi un argument qu'on peut trouver esquissé par Hayek (1976a, 130-132).

autres valeurs valorisées par les individus. Elle est certainement difficile à apprécier car elle introduit une discipline contraignante des règles abstraites (Hayek, 1976a, 133sq), mais demeure supérieure aux modèles alternatifs. Comme lors du point précédent, la défense épistémique de la liberté ne permet pas à dire que l'ordre spontané produira nécessairement des bénéfiques. C'est pourquoi il faut une forme de foi libérale dogmatique relative au fait que la liberté produira dans l'ensemble davantage de résultats bénéfiques que de négatifs (Hayek, 1960, 31). Bien évidemment, cette foi n'est pas nécessairement aveugle pour Hayek, mais fondée notamment sur l'observation historique du développement des "institutions de la liberté" (*Ibid.*, 30). Lorsque Hayek se réfère plusieurs fois à l'idée d'une maximisation de la production d'anticipations correctes pour les individus, il ne se réfère pas uniquement à une supériorité épistémique du libéralisme, mais aussi au fait qu'il faut *maximiser la liberté des individus, à savoir leur capacité individuelle à planifier*. Néanmoins, Hayek justifie les bienfaits de la liberté sous sa définition par une foi libérale qui ne peut être justifiée plus avant sans faire appel à une connaissance des résultats de la liberté tombant sous sa propre critique. Un dernier argument peut renforcer la foi libérale dans la défense d'un système libre, à savoir le pluralisme, permettant l'expérimentation permanente. Cet argument, là encore, n'est que le pendant des arguments déjà développés, qui ont déjà pour conséquence une forme d'adaptation constante et d'expérimentations sociales.

5.3 Pluralisme et expérimentation

La diversité et l'hétérogénéité des individus sont un élément au cœur de toute société complexe. En effet, un grand nombre d'individus identiques peuvent s'accorder sur une fin spécifique, mais le risque d'homogénéisation, et donc de coercition des individus, est grand lorsque les individus diffèrent. La défense d'un cadre de coordination commun qui maximise, en dernière instance, la liberté des individus, a donc un attrait important à savoir qu'il rend possible, dans le cadre d'une acceptation des règles du jeu, le pluralisme de la société et l'éclosion de fins diverses. Le commun impliqué par le cadre de coordination est composé de règles abstraites et impersonnelles, qui laisse, spécifiquement, les individus libres de la plus grande extension possible de leurs fins. Le libéralisme de Hayek défend le cadre de coordination qui laisse ouvert le plus de possibilités de planifications individuelles possibles. Le passage de la petite communauté à la grande société est donc également le passage d'un monde où l'individualisme se constitue dans un groupe homogène, à un monde où l'individu peut se développer hors des

carcans moraux et des contraintes du groupe. En somme, le libéralisme est également une condition de possibilité de l'écllosion de différentes formes de vie et d'individuations (Hayek, 1988, 62-63). L'ordre libéral doit être également pensé comme un ordre permettant *l'émancipation* des fins de la communauté close.

Le pluralisme est donc consubstantiel à l'ordre libéral complexe, et est défendu par Hayek comme étant d'une importance primordiale, car il permet *l'expérimentation* constante de l'ordre social. En effet, l'ordre libéral est, comme nous l'avons vu, caractérisé par des règles générales qui, en cela, sont relativement souples. La liberté accordée aux individus permet leur pluralité, et constitue la condition pour que les règles évoluent et soient discutées par les individus. Le dynamisme social est garanti grâce à l'expérimentation constante permise par la liberté individuelle. Celle-ci, loin d'être découragée, comme le voudrait une forme de conservatisme social et politique, doit être encouragée de façon à adapter nos pratiques à un environnement changeant. J'ai montré précédemment (section II) que la capacité à innover du point de vue des pratiques et des règles, était une des conditions de l'adaptation d'un ordre complexe (Hayek, 1960, 231). L'expérimentation est, de ce fait, centrale en ce qu'elle permet le progrès général, en permettant des adaptations auto-correctrices. Comme l'indique Hayek, le progrès général n'est possible que par la connaissance acquise dans ce processus d'expérimentation, lorsque des individus particuliers découvrent de nouvelles choses (*Ibid.*, 43), spécifiquement lorsque cela est couplé avec un modèle politique fédéraliste, où les règles elles-mêmes se trouvent en concurrence (*Ibid.*, 63). L'expérimentation renvoie ainsi à la dynamique entrepreneuriale, qui peut jouer dans le domaine économique, mais aussi dans le domaine moral et social, voire politique, avec de nouvelles formes de vies en commun.

Sans pluralisme, diversité des individus, et donc liberté d'être différents et d'explorer des formes variées de vie, l'expérimentation sociale, politique et économique est impossible. En dernière instance, l'accent mis par Hayek sur la spontanéité de l'ordre social a pour implication logique que le progrès doit passer par une forme de diversification des formes de vie, ouvrant les possibilités du futur (Hayek, 1979a, 169). Dans ce cadre, l'argument peut ainsi être défendu que la version utopique du libéralisme de Hayek encourage l'émancipation aux codes sociaux, l'expérimentation constante sur les règles. La liberté individuelle défendue et instituée par l'ordre libéral est donc une condition de possibilité d'émergence des autres valeurs. Plusieurs auteurs ont ainsi essayé de montrer comment le libéralisme pouvait faire le lit d'une forme de perfectionnisme, réalisant des valeurs morales particulières, par exemple les "vertus bourgeoises" pour McChloskey (2006), mais plus largement Hayek défend que la majorité des

valeurs défendues par les individus sont maximalement réalisées par le truchement de la liberté permises par l'ordre libéral.

Bien évidemment, rien ne contraint dans l'absolu à adopter les valeurs libérales : la coordination sociale permise par le marché et les institutions libérales, la liberté individuelle, le pluralisme et l'expérimentation ne peuvent être des valeurs absolues pour tous les individus, dans toutes les civilisations. La défense du libéralisme ne peut pas être transcendantale, car la liberté, même défendue comme une méta-valeur, repose sur une défense du libéralisme. La théorie rawlsienne rencontre à bien des égards des problèmes semblables, puisque le libéralisme politique doit lui-même être extrait des options discutées par les individus raisonnables pour constituer le cadre permettant la discussion politique⁵²⁰. Néanmoins, on trouve dans les textes de Hayek une veine justifiant normativement la supériorité de l'ordre libéral sur les arrangements institutionnels concurrents. Ces différentes justifications ne sont pas définitives, mais font apparaître la spécificité de l'argumentation de Hayek. L'auteur autrichien ne peut pas justifier l'ordre libéral, et principalement l'ordre du marché, comme supérieur à partir d'une connaissance spécifique. Pour ce faire, il doit donc passer par une argumentation visant à montrer que le libéralisme n'est pas uniquement un modèle parmi d'autres possibles, mais foncièrement le seul modèle qui permet à la pluralité des autres valeurs et modes de vie de s'épanouir. Il est donc contraint de minimiser la portée substantielle de son argumentation, qui repose tout entière sur le cadre constituant les interactions. La justification de la supériorité de ce cadre d'interaction ne peut, finalement, reposer que sur des fondements eux-mêmes discutables, voire en tension avec le propos même de Hayek. En se concentrant sur ces points, on peut donc faire apparaître de nouvelles lignes critiques.

Complexité, spontanéité et garantie des bienfaits du marché ?

L'objectif de ce chapitre était triple. Le premier objectif était de recomposer la réponse de Hayek au problème néolibéral. La solution de Hayek est à la fois simple dans son idée et difficile dans sa réalisation. La solution est simple et élégante en ce qu'elle offre une réponse systématique : il s'agit de montrer comment les règles constituant notre ordre social, politique et économique complexe sont elles-mêmes le fruit d'un processus spontané qui n'a pas été dirigé

⁵²⁰ Sur plus de discussions sur ce point voir notre travail, Colin-Jaeger, Dold et Gascoin (2021).

par l'intelligence humaine, et qui obéit à une logique concurrentielle au niveau évolutionnaire. La difficulté provient du fait que Hayek doit pouvoir justifier que le libéralisme qui émerge d'un processus historique évolutif et spontané doit être conservé. Le deuxième objectif de ce chapitre était de montrer comment cette tension entre évolutionnisme et *design*, entre une forme de constructivisme et la défense des ordres spontanés, pouvait être résolue. Hayek situe son analyse dans le cadre d'une étude des sociétés occidentales, ayant fait apparaître les institutions libérales, et peut défendre le libéralisme sans pour autant faire table rase de toutes les traditions et de l'histoire. Il s'agit de faire fond sur un passé commun nourrissant notre héritage libéral qu'il faudrait défendre et renouveler. J'espère avoir montré dans ce chapitre la relative originalité et richesse de cette réponse au problème néolibéral, souvent plus complexe que ce que critiques ou zélotes reconnaissent. L'évolutionnisme et la théorie de la complexité viennent fournir des arguments positifs en faveur du libéralisme, mais ne peuvent le justifier, c'est pourquoi Hayek propose d'autres arguments pour arguer de la supériorité et de la désirabilité des institutions libérales. Le troisième objectif de ce chapitre était d'en rendre compte.

Dans cette conclusion je voudrais insister sur le fait que cette recomposition quelque peu systématique de la théorie hayékienne ouvre vers une autre série de critiques, qui, contrairement à de nombreuses critiques que nous avons affronté dans ce chapitre, n'ont attiré que bien peu d'attentions. Je vais développer, dans les lignes qui suivent, quatre problèmes qui émergent de ce recadrage permis par ma relecture de Hayek, qui sont quatre problèmes directement liés avec le problème néolibéral, montrant ainsi que Hayek, loin d'avoir proposé une réponse définitive à ces questions complexes, a en réalité modifié les endroits où ces problèmes réapparaissent.

Le problème de la purification de la tradition

Hayek défend que sa théorie libérale prenne place, avant tout, dans le cadre de la tradition héritée de la civilisation européenne ou états-unienne⁵²¹. Ce faisant, il conduit une histoire de l'évolution des sociétés européennes et américaines, qui ont mené à la naissance des institutions de la liberté, depuis les stoïcs grecs jusqu'au constitutionnalisme américain. Cette histoire conjecturale est évidemment une reconstruction qu'il faut apprécier comme telle, mais lorsqu'on articule cette lecture avec la justification de l'interventionnisme libéral nous pouvons être amené à douter de la pérennité de l'ensemble. En effet, la lecture hayékienne de l'évolution historique le conduit à identifier les institutions libérales comme étant les principaux moteurs

⁵²¹ Quoique cela ne soit pas toujours ce qu'il exprime explicitement, voir par exemple Hayek (1960, 4).

du progrès et de la civilisation. Une purification monumentale de l'histoire des sociétés est donc accomplie par cette lecture rétrospective. Les systèmes de règles qui constituent les sociétés n'ont que très rarement, et ce depuis l'Antiquité, été des systèmes de règles cohérents et dénués de tensions, et donc d'influences multiples. Parler d'une civilisation occidentale européenne, comme si cela existait par soi et caractérisée par un ensemble de règles identifiables, à savoir notamment le droit de propriété hérité de l'Antiquité gréco-romaine, relève d'une naïveté historique. Paradoxalement, le libéralisme se fait ici ennemi du pluralisme des valeurs. Les traditions et règles multiples des sociétés européennes ont toutes participé à l'évolution culturelle, qu'il s'agisse du développement du féodalisme, de l'interdiction de l'usure, de la royauté ou encore des Lumières radicales et libertines, pour ne donner que quelques exemples que Hayek désapprouve. La défense du libéralisme de Hayek conduit à une lecture réductrice et biaisée de l'évolution historique, produisant une philosophie de l'histoire orientée vers une fin qu'est la grande société, devant purifier et conserver un héritage spécifique, à savoir les institutions de la liberté. C'est pourquoi De Salle (2002) n'a pas tort d'exprimer que Hayek, sans jamais réellement le dire, vise à retrouver les institutions de l'époque des whigs et à les réadapter à notre époque contemporaine. Les autres traditions historiques sont également le produit de l'évolution culturelle des sociétés. Enfin, cette conception puriste de la civilisation, comme étant articulée fondamentalement autour de quelques principes libéraux ayant guidé son évolution et son progrès, se heurte au fait du multiculturalisme de nos sociétés contemporaines, qui sont précisément confrontées à la pluralité des traditions et à des échanges permanents entre sociétés. Sur ce problème ardu en théorie politique aujourd'hui, Hayek n'offre que peu de solutions.

Ce problème résonne très largement avec le problème néolibéral plus général. Pour se positionner comme philosophe de l'histoire, capable de déceler dans les processus historiques ce qui a mené au progrès des civilisations, Hayek justifie en dernière instance son point de vue sur un *hybris épistémique* particulier qui est celui de sa propre position de savant capable de faire le tri entre les bonnes et les mauvaises traditions, entre ce qu'il faut conserver et ce qu'il faut rejeter. Or, en dernière instance ces principes normatifs ne peuvent être justifiés eux-mêmes par le résultat de l'évolution culturelle qui, s'il constitue bien une limite cognitive à ce que nous pouvons énoncer ou critiquer, ne saurait être suffisamment simple pour se présenter sous la forme d'une tradition univoque. En somme, la lecture historique de Hayek fait apparaître que son libéralisme précède son interprétation de l'histoire et la surdétermine. Le problème

néolibéral apparaît au niveau de la défense de la civilisation occidentale de Hayek, et plus seulement au niveau de sa défense du cadre politico-légal permettant l'existence du marché.

Le problème de la théorie de la transition

Un deuxième problème important apparaît une fois énoncé le relativisme culturel de Hayek, qui stipule que le libéralisme n'est possible que dans les pays avec une tradition libérale préalable qu'il s'agirait de renouveler et de défendre, sans quoi la défense du libéralisme et l'institution d'un cadre libéral ne peut qu'être une exemplification d'un rationalisme constructiviste. Ce problème est celui de la *transition libérale*, qui a notamment été identifié par Scott Scheall (2020). Si un système de règle d'une société donnée implique un ordre des actions stables, qu'est-ce qui autorise donc le libéral à instaurer un changement de système, quitte à bouleverser les anticipations en place ? N'introduit-on pas ici une tension entre deux critères normatifs généralement identifiés, à savoir la promotion de la liberté d'une part, et la garantie des anticipations d'autre part ? Si le principe est celui de la maximisation des anticipations correctes, qu'est-ce qui autorise à bouleverser un ordre des actions dans lesquelles les anticipations sont déjà stabilisées par un ensemble de règles ? Ce problème n'est pas uniquement relatif au fait de savoir ce qui justifie d'instituer le libéralisme, car nous avons vu que Hayek pouvait défendre normativement la désirabilité du libéralisme sur d'autres bases, mais un problème épistémologique. En effet, pour constituer un cadre libéral il faudrait que le gouvernement libéral puisse prédire avec une certitude relative les effets de son intervention sur la société concernée. Cela suppose donc que les libéraux qui constituent le cadre de la société à partir d'une société qui n'est pas elle-même libérale, le font en étant eux-mêmes des rationalistes constructivistes. On rencontre là les limites du pluralisme radical comme position méta-éthique. Le problème néolibéral réapparaît ainsi au niveau de la mise en place du libéralisme dans une société non libérale. La seule alternative à cette issue est un autre argument qui peut être développé, à savoir que l'ordre spontané d'une société lui-même serait, sans les obstacles engendrés par une société illibérale, foncièrement libéral.

Le problème de l'interférence justifiée

Cet argument nous entraîne vers un autre problème qui est celui de la distinction entre intervention et interférence, qui est motivée par Hayek par une distinction entre ce qui relève de la nature des phénomènes et ce qui n'en relève point. Il faut distinguer ici deux sens de nature. La nature au sens fort renvoie à l'idée d'une existence par soi, sans intervention aucune, tandis-que la nature au sens faible, renvoie aux caractéristiques d'un mode d'organisation. On

peut ainsi sans contradiction parler de la "nature" de la société libérale, en renvoyant à ses caractéristiques essentielles, notamment le mode d'organisation concurrentiel. La distinction entre intervention et interférence, renvoie à une distinction entre ce qui est justifié relativement à la nature d'un ordre libéral, et ce qui ne l'est pas, plutôt qu'à une distinction entre normal et pathologique, naturel et artificiel. Cependant cette distinction introduit, même comprise ainsi, d'autres problèmes. On peut retourner l'argument hayékien contre lui-même : il faudrait en réalité tout autant de connaissance pour prédire les résultats d'une absence de règles que la connaissance nécessaire à l'instauration d'une nouvelle règle. Hayek prend pour illustrer ce cas l'exemple d'une horloge (Hayek, 1976a, 129). On ne parle pas d'interférence lorsqu'on amène l'horloge chez l'horloger, mais plutôt si, pris d'une envie étrange, nous bloquons volontairement la cloche avec notre main et empêchons l'horloge de faire son office. Si, comme Hayek le fait, on se réfère à l'interférence comme le fait de causer un résultat qui est différent de ce qui se serait passé si le mécanisme avait été laissé à lui-même, alors on présuppose une connaissance des résultats spécifiques de ce que le mécanisme aurait produit en étant laissé à lui-même, tout en présupposant que le mécanisme est effectivement, en un sens, laissé à lui-même. Ces deux présupposés sont problématiques. Tout d'abord, une société complexe n'est pas une horloge, et produit diverses choses dont les résultats spécifiques sont difficiles à prédire. Plus particulièrement, c'est précisément cette différence entre l'ordre complexe d'une société et l'ordre réglé d'un mécanisme qui est au cœur et qui fait tout l'intérêt du propos hayékien. Dans le cas d'un ordre complexe nous ne pouvons donc pas connaître l'état du monde contrefactuel dans les détails, et notamment les résultats qu'auraient produits le mécanisme s'il avait été laissé à lui-même. Connaître un tel état alternatif du monde suppose ainsi une connaissance non seulement de principe mais aussi de détail. Par ailleurs, en supposant qu'on sache que le résultat résultant de notre interférence produit effectivement un résultat différent de ce qui se serait passé – supposition naturelle car qu'est-ce qui justifierait sinon l'interférence sinon le fait qu'on anticipe un mauvais résultat ? –, cela suppose qu'on considère une situation donnée comme ayant bien des "principes inhérents" (Hayek, 1976a, 129), ce qui revient à se référer à la nature des phénomènes en question et à réintroduire une forme de métaphysique du laissez-faire dans laquelle les phénomènes économicistes existeraient *en-deçà* de nos interventions et activités, prêts à être *révélés* à tout instant. Il me semble ici que Hayek altère et se réapproprie le laissez-faire, alors que nous avons vu (chap. II), comment les néolibéraux s'étaient constitués contre le laissez-faire. Les marchés empiriques peuvent ainsi être critiqués à partir d'une conception idéale du marché qui possède les vertus les plus efficaces relativement à la coordination sociale et économique. Nous retrouvons ici un problème identifié au chap. IV, et relatif à

l'idéalisation néolibérale du fonctionnement du marché pour en justifier l'institutionnalisation empirique et politique.

Le critère de maximisation des anticipations

Le dernier problème posé qui est apparu dans notre propos est relatif au critère proposé par Hayek pour juger du bénéfice d'une institution, qu'il s'agisse du marché ou des règles de coordinations proposées par le juge de *common law*. Hayek oscille entre une expression probabiliste des résultats du jeu du marché et une expression non probabiliste. Néanmoins, la possibilité de maximiser les anticipations par une modification du système de règles implique la connaissance de l'effet de cette modification sur l'ordre des actions. Or, Hayek ne reconnaît pas qu'une telle connaissance est a priori possible et n'explique pas ce qui permet au juge d'avoir accès à une connaissance de ce type. Lorsque Hayek est ainsi amené à formuler le critère justifiant normativement la supériorité de l'ordre libéral il se heurte à deux problèmes. *Épistémologiquement*, en justifiant les bienfaits pour tous de l'ordre du marché sans être capable de justifier que les bienfaits profitent bien à tous les individus pris au hasard, car la distribution des opportunités ne peut être connue depuis un point de vue extérieur au processus marchand, il ne peut fournir d'argument décisif sur la désirabilité de l'ordre libéral. *Juridiquement*, sa théorie du droit pose les mêmes problèmes, et l'appel à l'expérimentation n'est pas suffisant pour le résoudre. Il manque à son propos ou bien (i) une théorie de la légitimité des règles par le consentement des individus, ce qu'on trouve chez Buchanan, ou bien (ii) un critère permettant de légiférer en déterminant une finalité du changement de règle, ce qu'on trouvera chez Posner.

Chap. VII. Changer les règles du jeu démocratique : du *Public Choice* à l'économie politique constitutionnelle

De profession, je suis un économiste ;
par intérêt, je suis un philosophe
politique.

(James Buchanan⁵²²)

Comment modifie-t-on les règles du jeu politique et économique ? Au sein du courant néolibéral, James M. Buchanan est certainement l'un de ceux qui a affronté cette question de la manière la plus frontale. L'objet duquel part Buchanan pour répondre à cette interrogation est la démocratie illimitée. Buchanan propose un diagnostic sévère de cette conception de la démocratie, qui aboutit à des situations systématiques de coopération négative, engendrant des coûts et conduisant à la destruction lente, progressive mais inéluctable de l'ordre libéral.

En cela Buchanan retrouve plusieurs thèmes déjà rencontrés jusqu'ici. On retrouve l'idée, centrale dans cette thèse, d'un gouvernement par les règles, qui structurent des espaces de coopérations sociales et définissent un ensemble de résultats pour les individus. La particularité de Buchanan est de voir que les individus peuvent être coincés dans un système de règles produisant des effets négatifs, et de tenter de proposer une théorie du changement de règles, sans pour autant faire appel à autre chose que ce que les individus eux-mêmes désirent. L'utilisation assumée des outils de la science économique permet de répondre à la question de l'intervention légitime par une analyse coût/bénéfice, pour les individus. Buchanan propose donc une théorie de l'amélioration et de la modification des règles à partir d'une situation donnée, dans laquelle les individus et leurs préférences doivent être les seuls juges des modifications à appliquer. La situation de départ qui l'intéresse est la situation historique de la société démocratique américaine des années 1960-1970. À l'instar de Lippmann ou de Hayek, il réinvestit une critique de la démocratie comprise comme souveraineté populaire, ou comme illimitée. Cependant, Buchanan va aussi plus loin que les analyses du premier néolibéralisme.

⁵²² L'original dit : "By profession, I am an economist; by interest, I am a social philosopher" (Ma traduction).

Buchanan applique l'analyse économique, principalement la théorie standard du consommateur, au politique et particulièrement à la situation de vote, pour montrer la situation de coopération négative qui émerge d'un processus démocratique dont la règle est le vote majoritaire⁵²³. Par le biais de la démocratie, c'est l'activité de l'État qui est visée, puisque le processus démocratique produit des interventions étatiques de l'État producteur (de biens publics) et redistributeurs (d'allocations) au détriment de l'État protecteur (des droits individuels). Le processus décisionnaire de la démocratie, donnant toute souveraineté à la majorité, produit des effets pervers où les coûts sont imposés à des minorités, variant selon les coalitions. L'activité de l'État devient une offre venant rencontrer une demande sur un marché politique, produisant un interventionnisme économique grandissant qui, en plus de n'être pas nécessairement efficace dans sa régulation, comprend le risque de transformer l'État en un véritable Léviathan, compris comme instrument de coercition pour les individus.

Je présente d'abord la conception du politique développé par Buchanan, et l'usage des outils de l'analyse économique pour étudier le politique comme un marché (section I). Je montre ensuite comment, une fois ces prémisses théoriques appliquées au vote, le processus démocratique conduit à des situations de coopérations négatives (section II). À partir de cette déficience conceptuelle et pratique, émerge la nécessité de repenser les règles du processus démocratique et donc de développer une théorie contractualiste qui respecte l'idéal démocratique, conçu comme défendant la souveraineté individuelle (section III). Deux éléments apparaissent à l'issue de notre analyse. D'une part le fait que Buchanan ne prêche pas pour une conception anti-démocratique mais pour une autre conception de la démocratie, reconfigurant ainsi ce concept, à savoir une *démocratie constitutionnelle*. Ce concept de démocratie limitée n'est pas conçu comme une réduction de la démocratie mais comme une meilleure incarnation de l'idéal démocratique, dans la continuité de la vision des Pères Fondateurs, principalement Madison, à qui il est fait référence explicitement dans *The Calculus of Consent*. D'autre part, cette défense d'un autre modèle démocratique suppose la prise en compte du problème de l'élaboration des règles constitutionnelles légitimes, et nécessite donc une théorie de l'élaboration des règles sociales et de leur légitimité.

⁵²³ Pour un travail qui développe les implications des positions de Buchanan sur la démocratie plus particulièrement on peut se référer à mon article, Colin-Jaeger (2020), dont certaines réflexions du présent chapitre sont reprises. On retrouve également des travaux portant sur Buchanan et la démocratie chez Wagner (2017) et Vanberg (2008, 2011, 2018).

1. L'analyse économique du politique

Le point de départ de la pensée de Buchanan⁵²⁴, et celui pour lequel il a reçu son prix Nobel, relève de la comparaison entre politique et économique. Le *Public Choice* peut, en effet, être défini comme l'application des outils de l'analyse économique aux prises de décisions collectives et non marchandes. Le processus marchand est compris comme menant à un avantage mutuel dans les transactions. Pour cela, néanmoins, on a généralement considéré, les néolibéraux en premier lieu, que l'État doit garantir les droits de propriété des individus, mais aussi produire un droit contractuel et plus largement une série de réglementations visant à permettre lesdits échanges. Nous avons vu au chapitre IV que ce qui caractérisait le néolibéralisme était la hiérarchisation des ordres, où le politique et le juridique sont vus comme hiérarchiquement supérieurs à l'ordre économique. Buchanan brise cette dichotomie différenciée et part du principe que le processus politique n'est pas différent du processus économique. Tout comme dans l'ordre économique, les individus se regroupent pour mettre en place des moyens de se coordonner efficacement pour produire des avantages mutuels. Le système politique doit donc être étudié comme un système d'échanges entre individus, au même titre qu'un marché⁵²⁵. Les échanges politiques, tout comme les échanges marchands, sont constitués d'interactions entre des agents pris dans une organisation sociale particulière. Or, cette définition renvoie directement au champ d'application de l'économie (Buchanan, 1975, 225). Remarquons immédiatement que cette conception du politique est très étroite. Il ne s'agit pas de la recherche d'un intérêt commun ou de formes d'organisations alternatives, mais de *l'ensemble des moyens mis en place par des individus pour maximiser leur intérêt, pris séparément*. La conséquence logique de la thèse d'une identité qualitative entre ces deux champs, politique et économique, est l'utilisation des mêmes méthodes pour les étudier. Comme l'exprime Buchanan, c'est Gordon Tullock (Buchanan, 1999, 19) qui l'a convaincu d'étudier les votants comme des individus maximisant leur intérêt particulier. Si cela a pu apparaître à l'époque comme une innovation, inaugurant, en même temps que les travaux de

⁵²⁴ Ce point de départ n'est pas le point de départ historique de la pensée de Buchanan, mais celui de notre reconstruction théorique. Pour une historicisation de la pensée de Buchanan on pourra se rapporter au travail collectif paru en 2018 : *James M. Buchanan A Theorist of Political Economy and Social Philosophy*, dirigé par Richard Wagner. Voir également Levy et Peart (2020) pour une présentation de Buchanan dans le contexte de l'École de Virginie, mettant en avant les figures de ses collègues comme Gordon Tullock, Warren Nutter, ou Ronald Coase. Pour une présentation historique de Buchanan et de son contexte, on pourra aussi lire le récent Boettke et Marciano (2021).

⁵²⁵ Buchanan définit l'économie comme la discipline qui s'intéresse à l'échange, voir Buchanan (1979), pour une défense de ce point de vue voir également Marciano (2009). Si le politique est caractérisé par l'échange, alors il est aussi objet d'analyse de la discipline économique.

Becker, l'ère de "l'impérialisme économique", "Tullock et moi considérons que nous appliquions une analyse économique relativement simple au choix entre plusieurs règles de décision politique, avec des résultats plus ou moins prévisibles"⁵²⁶.

Le premier résultat théorique pour Buchanan et Tullock est l'abandon de toute théorie organiciste de l'État. Plus particulièrement, la politique doit être comprise à partir des actions individuelles. L'individualisme méthodologique professé par les deux auteurs (Buchanan et Tullock, 1962, introduction) est une théorie qui consiste à comprendre la politique à partir de l'analyse des comportements des individus qui participent au processus politique, c'est-à-dire les votants et les hommes politiques. L'action politique résulte, en dernière analyse, des choix faits par les individus, et non de la volonté souveraine d'un hyperindividu impersonnel, ou encore d'une "domination de classe", empêtrée également dans des postulats ontologiques problématiques. L'État n'est donc qu'un artefact résultant du choix des individus (*Ibid.*, 18). Il faut adopter une théorie unifiée pour étudier les comportements marchands et non marchands, puisque la théorie du consommateur ne spécifie pas le type de biens qui sont comparés par les individus. Cette théorie est celle de l'homme économique⁵²⁷, qui ne suppose rien de plus que chaque individu, confronté à différents paniers de biens – biens qui peuvent être dans leur nature extrêmement différents – *préfère plus de biens que moins de biens*. Comme la relation politique est analogue à la relation économique, chacun coopère pour produire plus de biens, il est donc possible de lui appliquer la même méthodologie. Il s'agit d'appliquer le paradigme de l'échange à un domaine auparavant non étudié par les économistes mais que rien, conceptuellement, n'empêche de saisir par le truchement de l'approche économique.

1.1 Homme économique et choix rationnel

La conséquence de cette approche est une uniformisation anthropologique. Les individus politiques ne sont pas opposés aux individus économiques. Les deux individus, pour Buchanan

⁵²⁶ L'original dit : "Tullock and I considered ourselves to be applying relatively simple economic analysis to the choice among alternative political decision rules, with more or less predictable results" (Ma traduction). De plus, cette application fait suite à l'analyse pionnière de Downs (1957) des outils économiques au fait du vote.

⁵²⁷ Qui est bien sûr un homme artefact produit par l'économiste. Buchanan avance des arguments méthodologiques proches de ceux de Friedman: "The theory requires for its usefulness only the existence of the economic relation to a degree sufficient to make prediction and explanation possible. Furthermore, only if the economic motivation is sufficiently pervasive over the behavior of all participants in market activity can economic theory claim to have operational meaning." (Buchanan et Tullock, 1962, 22). La théorie n'a pas besoin d'être "réaliste" mais uniquement d'isoler un mécanisme causal suffisant.

et Tullock, participent du même type d'individu, à savoir l'individu décrit par la théorie économique. Les auteurs sont dans la continuité pure des développements qu'on trouvait déjà chez Lippmann⁵²⁸: le représentant n'est pas moins aveugle que l'homme normal, il ne faut pas lui supposer une qualité individuelle différente, une recherche d'un "intérêt général", qui rompt particulièrement avec le fait que chaque individu défend avant tous ses propres fins particulières. Trois arguments peuvent être mobilisés pour justifier cette position. Tout d'abord, une ligne d'argument pessimiste. Si les individus sont égoïstes alors la théorie du choix rationnel avec des hypothèses très restrictives s'appliquent. Cela ne signifie pas que le monde est réellement gouverné par des choix égoïstes mais que la théorie est au moins compatible avec une version très minimaliste de la moralité humaine. Reisman (2015, 27) décrit l'anthropologie philosophique de Buchanan comme pessimiste et misanthrope. Pour Buchanan, cela montre que l'hypothèse de l'homme économique est parcimonieuse, car elle fait droit avant tout à l'intérêt personnel, qui a une primauté logique sur les autres motivations (le plaisir de donner découle de celui de recevoir). De plus, les auteurs peuvent défendre que toute action peut en dernière analyse être réinterprétée comme une action égoïste, ce qui n'est pas une propriété réflexive. Pour se convaincre de cela, il suffit de lire les moralistes du XVIIIème siècle, tel que La Rochefoucauld, qui réduit sans difficultés toute action apparemment vertueuse à une expression de l'amour propre. La deuxième justification est méthodologique, et suit l'épistémologie friedmanienne (Friedman, 1953), en mettant en avant non uniquement la capacité prédictive d'une théorie, mais aussi et surtout sa capacité à rendre compte de phénomènes réels, typiquement le fonctionnement de groupes de pression politique et celui des démocraties modernes. Enfin, les auteurs insistent sur un dernier point quant à ce deuxième argument, à savoir celui du choix inter-théorique. L'analyse économique du politique est justifiée si elle permet de mettre en lumière des phénomènes qui ne sont pas pris en compte dans des théories concurrentes aussi cohérentes et générales⁵²⁹. Enfin, les auteurs peuvent défendre l'idée que leur position, en plus d'être parcimonieuse et explicative, est unificatrice. Il n'y a pas besoin de supposer des motivations différentes en fonction des sphères sociales. Les individus sont les mêmes, possèdent les mêmes motivations, qu'ils soient engagés en politique ou sur le marché⁵³⁰.

⁵²⁸ Girard (2019) établit d'ailleurs une forme de continuité entre Lippmann et Buchanan et Tullock, ces différents auteurs participant de la même tradition de critique réaliste de la démocratie.

⁵²⁹ Plus largement sur la défense de l'individualisme méthodologique de Buchanan on pourra lire Prévost (1990).

⁵³⁰ Nous reviendrons sur cette défense plus longuement dans le chapitre suivant, notamment dans notre étude du réalisme de la position de Buchanan.

Pour que l'analyse s'applique à des processus politiques il faut non seulement faire des hypothèses sur la rationalité des agents, mais aussi identifier des éléments qui permettent de mettre en place l'analyse économique, à savoir des offres, des demandes, les fonctions d'utilité que les agents cherchent à maximiser, des gains etc. Ces éléments sont identifiés aisément. Les offres sont les mesures politiques dont les offreurs sont des candidats ; la demande est la demande pour ces mesures, qui s'exprime par un vote pour un candidat de la part d'électeurs. L'élection peut donc être étudiée comme un acte de consommation. Nous avons un élément à maximiser pour le demandeur, qui est le bénéfice escompté d'une mesure (par exemple en équivalent monétaire)⁵³¹, et un élément à maximiser pour l'offreur qui va être la reconduction ou l'accession à un statut, permettant un salaire et l'accès à d'autres bien valorisés, comme la reconnaissance, l'admiration, le pouvoir, etc. Si le processus politique peut être analysé comme un marché, caractérisé par un certain type d'échange, l'échange électoral ou l'échange de votes, cela permet l'application des outils économiques, et notamment la fiction de l'*homoeconomicus* pour en analyser le fonctionnement⁵³²:

Plus spécifiquement, cela implique les hypothèses de travail selon lesquelles l'individu qui choisit peut classer les alternatives du choix collectif et du choix de marché et que ce classement sera transitif. En d'autres termes, on suppose que l'individu est capable de choisir parmi les résultats alternatifs de l'action collective celui qui est le plus élevé dans l'ordre de classement dicté par sa propre fonction d'utilité.

(Buchanan et Tullock, 1962, 33)⁵³³.

Buchanan et Tullock ne font ici que rappeler au lecteur les hypothèses standards de la théorie du consommateur, notamment les hypothèses d'ordonnement et de transitivité, nécessaire à l'existence d'une fonction d'utilité. Une fois la fonction d'utilité constituée, chacun peut classer

⁵³¹ Ce que maximisent donc les individus est leur utilité espérée (qu'elle soit égale ou non à leur espérance de gain).

⁵³² Je ne peux pas dans ces lignes développer l'idée de fiction en économie. Dire que l'*homoeconomicus* est une fiction ne signifie pas que cette fiction n'a pas de pertinence. Nous avons vu, avec Lippmann, que le monde est interprété par le truchement de fictions, plus ou moins utiles pour saisir le monde qui nous entoure. Ce thème est au cœur de bien des recherches en philosophie économique, regroupée en partie dans le volume édité par Uskali Mäki, *Fact and Fiction in Economics* (Mäki, 2002).

⁵³³ L'original dit : "Specifically, this involves the working hypotheses that the choosing individual can rank the alternatives of collective as well as of market choice and that this ranking will be transitive. In other words, the individual is assumed to be able to choose from among the alternative results of collective action that which stands highest in the rank order dictated by his own utility function" (Ma traduction).

les mesures en fonction de l'utilité associée à chaque alternative (ou chaque ensemble de mesures). Les individus votants peuvent être considérés comme choisissant entre des paniers de biens que sont les mesures défendues par un candidat, de façon analogue à la théorie du consommateur :

Si les hypothèses sont correctes, l'individu représentatif devrait, lorsqu'il est confronté à des alternatives pertinentes, choisir plus de 'biens publics' lorsque le 'prix' de ceux-ci est réduit, les autres éléments pertinents demeurant inchangés. En termes plus familiers, cela signifie qu'en moyenne, l'individu votera pour 'plus' d'activité collective lorsque les impôts qu'il doit payer sont réduits, toutes choses égales par ailleurs. Au contraire, si le taux d'imposition est augmenté, l'individu choisira, s'il peut choisir, un niveau d'activité collective plus faible.

*(Ibid.)*⁵³⁴.

Une fois cette situation constituée, on retrouve les mêmes hypothèses relatives aux lois de l'offre et de la demande pour un bien. Il faut néanmoins noter ici qu'il n'est pas évident que certaines hypothèses, comme l'utilité marginale décroissante, soient pertinentes pour l'analyse économique du politique⁵³⁵. Nous pouvons donc déterminer une règle de l'échange qui est claire, chaque votant vote pour les mesures qui l'avantagent jusqu'à ce que les coûts cumulés du fait d'aller voter, ainsi que les impôts, qui sont la conséquence d'une mesure publique, excède les gains escomptés. Dans ce modèle, si j'ai le choix entre un candidat A, qui me propose des mesures comme une hausse de salaire de 200 euros, et un candidat B, qui me propose une hausse de 50 euros, et que les probabilités sont égales, à 0.5 pour chaque candidat, j'ai une préférence pour le candidat A, sauf si les hausses d'impôt résultant de la mesure de A peuvent être anticipées comme venant rendre nuls mes gains. Si j'ai un revenu qui augmente et des taxes qui stagnent je préfère plus de biens publics (assurances retraites, école, hôpitaux etc.) parce

⁵³⁴ L'original dit : "If the hypotheses are valid, the representative individual should, when confronted with relevant alternatives, choose more 'public goods' when the 'price' of these is lowered, other relevant things remaining the same. In more familiar terms, this states that on the average the individual will vote for 'more' collective activity when the taxes he must pay are reduced, other things being equal. On the contrary, if the tax rate is increased, the individual will, if allowed to choose, select a lower level of collective activity" (Ma traduction).

⁵³⁵ Pour la consommation d'un bien tel qu'un aliment, la loi de l'utilité marginale décroissante se comprend aisément. Néanmoins, pour ce qui est de la consommation d'un bien collectif produit par l'accord politique cette hypothèse apparaît moins évidente. On peut cependant avoir des taux marginaux de substitution entre biens issus d'une mesure. Par exemple, je préfère avoir plus d'écoles publiques jusqu'à arriver à un certain nombre, après quoi je favorise plus d'hôpitaux publics, etc.

que cela maximise une des variables de mon utilité (je profite de biens supplémentaires sans les payer).

Quelques limites sont reconnues par les auteurs. Le vote dans une situation d'incertitude apparaît plus important que lors d'une situation de consommation usuelle. Il est difficile pour un individu de déterminer quelle part des mesures annoncées par un candidat le favoriseront immédiatement et dans quelle mesure. Cela rend le modèle économique appliqué aux décisions de vote moins précis que dans le cas de la théorie du consommateur, mais n'interdit pas son application (Buchanan et Tullock, 1962, 36). Un exemple permet de rendre compte de cela. Buchanan, dans un rapport publié en 1966, *The Inconsistencies of the National Health Service*, étudie le fonctionnement du service de santé anglais, qui est marqué pour lui par une dégradation importante. Il explique cette dégradation par les hypothèses de choix rationnel. L'individu qui se voit proposé un service gratuit a un comportement de consommateur, c'est-à-dire qu'il consomme le service jusqu'à ce que son utilité marginale devienne nulle. Il est donc amené à sur-consommer le bien proposé, à savoir le service de santé, en consultant en permanence les médecins et en allant aux urgences pour des maux relativement peu importants. Le même individu a néanmoins intérêt, comme individu participant à la décision collective, à voir les coûts de fonctionnement réduits, car s'il décidait de payer le service à hauteur de la consommation qu'il en fait, les coûts seraient extrêmement importants, ce qu'il ne veut bien évidemment pas. De ce fait, le même individu peut donc décider sur le plan de la décision collective de limiter les coûts du service de santé, tout en en profitant individuellement au maximum, en espérant que les autres n'en fassent pas autant.

1.2 Le calcul coût-bénéfice de l'appel à la décision collective

Deux champs d'action sont parallèles, d'un côté le marché, de l'autre la démocratie électorale. Ces deux champs d'action sont similaires en ce qu'ils consistent en un échange. La sphère politique de la décision collective est complémentaire de celle du marché dans une certaine perspective. Non seulement les individus obtiennent par la décision collective ce qu'ils ne peuvent obtenir par le marché, par exemple certains types de biens comme des biens publics, mais aussi parce que pour que le marché fonctionne il faut un "minimum de collectivisation" (*Ibid.*, 39), qui les droits des individus et leurs propriétés. Pour le dire autrement, il est dans l'intérêt de chacun de fixer des règles à respecter, sans quoi la coordination est impossible, car

il devient impossible d'avoir des échanges mutuellement avantageux. Examinons ce cas avec un exemple simple tiré de Buchanan (1975), qui illustre le cas typique du dilemme du prisonnier, dont la matrice a été rencontrée au chapitre précédent.

Bob et Jerry sont sur une île déserte et ils peuvent coopérer (échanger des biens dans lesquels ils se sont spécialisés par exemple), ou se voler leurs biens. Si Jerry produit et que Bob lui vole ses biens, Bob est avantagé et gagne plus que dans une coopération bilatérale ; mais Jerry sachant que Bob peut faire cela se met aussi à le voler, et on se retrouve dans une situation d'équilibre en stratégie dominante, qui est la pire des possibilités puisque Bob et Jerry passent leur temps à se voler, plutôt qu'à produire des biens et les échanger. Cet équilibre, dit de Nash, car aucun individu n'a intérêt à changer son comportement de façon unilatérale, n'est pourtant pas Pareto-optimal, qui correspondrait à la situation où les deux individus coopèrent en produisant et en échangeant. Ce cas standard révèle un élément fondamental : nous avons une situation où nous savons quelle est la bonne solution mais où il est impossible pour des individus rationnels de l'atteindre puisqu'aucun individu n'a intérêt à dévier de l'équilibre de Nash, par définition. Pour empêcher cette situation, il faut des règles, qui empêchent les individus d'être emprisonnés dans une situation d'équilibre négatif. Le cas typique d'une règle serait l'interdiction du vol avec la reconnaissance de droits de propriété sur ce que les individus produisent. Cette règle, si elle est mise en place, doit être respectée, avec introduction d'une punition, et modifie l'espérance de gain du vol, de façon à le faire passer sous le gain escompté à la production et l'échange. On arrive ainsi à une matrice de gain avec la forme suivante :

Transformation du dilemme du prisonnier en high-low avec règle du jeu modifiée

	Produire	Voler
Produire	3; 3	1; 4 - θ
Voler	4 - θ ; 1	1; 1

La sanction associée à la règle peut être sociale (reconnaissance, perte de confiance des individus les uns envers les autres qui conduit à l'exclusion du circuit de l'échange de l'individu voleur) ou pécuniaire, sous la forme d'une amende. Elle est notée ici θ , pouvant avoir une valeur variable, mais ici égale à 4. Ce qui est important c'est que la règle réduise les gains associés aux comportements non-coopératifs. La matrice de gain se modifie ainsi pour devenir un jeu du *high-low*, puisque les règles ont changé. L'équilibre de Nash est systématiquement celui de

la double production avec transaction, car les individus ont tout intérêt à modifier leur comportement de façon à coopérer et maximiser leurs propres gains⁵³⁶. On voit que Buchanan introduit un critère contractualiste en creux : les décisions collectives doivent être fondées sur l'intérêt commun des individus, et donc en dernière analyse sur le consentement. On retrouve deux thèmes propres au néolibéralisme, par-delà les nouveautés introduites par l'analyse économique du politique et une forme d'économicisme assumé⁵³⁷. D'une part, la question de la régulation, et le fait que l'intervention peut porter sur les règles du jeu ; d'autre part, le fait que Buchanan tente de répondre au problème d'édiction des règles et de leur évaluation à partir d'un thème contractualiste, qui se comprend à partir de la problématique néolibérale.

La question qui apparaît par la suite est la suivante : qu'est-ce qui justifie d'aller plus loin ? Quel type de décisions collectives pourraient accepter tous les individus ?

Pour répondre à ces questions, il faut, tout d'abord, considérer ce qui nécessite l'action des individus, au-delà des cas de délimitation minimale des droits de propriété, que *théoriquement* aucune action collective ne serait nécessaire si les coûts de transaction étaient nuls⁵³⁸. Ce qui légitime le fait de faire appel au gouvernement, qui n'est rien d'autre que ce que les individus en font, *c'est-à-dire que le gouvernement est un moyen que les individus utilisent pour des décisions collectives plutôt que privées*, c'est l'existence de coûts de transaction élevés. Mais, les auteurs ajoutent immédiatement, faire appel à une décision collective possède également des coûts, et il est possible, à l'instar de l'argument de Coase⁵³⁹, que les coûts de la décision gouvernementale excèdent les coûts de la situation qu'il s'agit de régler. De cet état de fait, Buchanan et Tullock tirent une conséquence négative : les actions gouvernementales qui devraient être choisies sont celles qui empêchent des coûts. Si ce n'est pas le cas, le marché est préféré, puisqu'il est perçu par Buchanan comme le lieu de la coopération, dans une

⁵³⁶ Ce cas est bien sûr simplifié. On pourrait avoir une transformation des règles du jeu qui transforme le dilemme du prisonnier non pas en *high-low* mais en *stag-hunt*, ce qui introduit encore un problème quant à l'équilibre choisi.

⁵³⁷ Bien que Buchanan ne soit pas, à bien des égards, un économiste mainstream. Voir par exemple Levy et Peart (2020, chap. 1 et 10) pour une comparaison systématique avec l'économie standard, qui met en exergue l'opposition entre paradigme de l'échange et concept d'efficacité.

⁵³⁸ Buchanan et Tullock (1962, 40): "We shall argue that, if the costs of organizing decisions voluntarily should be zero, all externalities would be eliminated by voluntary private behavior of individuals regardless of the initial structure of property rights". Il s'agit ici d'une reformulation du théorème de Coase, voir chap. IX.

⁵³⁹ Marciano (2013) offre une compréhension historique de la théorie de Buchanan sur les externalités, qui n'est pas, selon cet auteur, le résultat de l'article de Coase, mais la conséquence d'une pensée qui se développe depuis le début des années 1950. L'auteur pointe néanmoins les similarités entre les positions de Buchanan et celles de Coase sur la question.

compréhension davantage dynamique que statique⁵⁴⁰. Plus particulièrement, les décisions gouvernementales doivent être positives dans leur analyse coût/bénéfice. Cette conclusion normative est justifiée par le fait que *les individus n'accepteraient pas* une décision collective qui, en réalité, rend la situation pire que la situation qu'elle est censée réguler. L'intervention gouvernementale a un coût, et ce coût peut parfois dépasser les coûts produits par lesdites faillites de marché.

Prenons le cas d'une intervention gouvernementale justifiée par l'existence d'une situation où chacun peut rationnellement adopter la stratégie du *passager clandestin*. Dans un village de 100 personnes, les habitants veulent assécher un marais, de façon à construire de nouveaux commerces, qui rapporteront 1 000 000 d'euros aux habitants. Pris individuellement, chaque habitant a intérêt à ce que le marais soit asséché car cela rapportera, si on suppose une distribution égale, 10 000 euros⁵⁴¹. Mais il a également intérêt à ce que les autres individus assèchent le marais à sa place, car l'activité d'assèchement est coûteuse et il peut profiter du terrain gagné qu'il participe ou non à l'assèchement⁵⁴². Chaque individu peut raisonner ainsi pour lui-même. La situation est donc celle du *statu quo*, puisque chacun attend que les autres assèchent le marais. Dans cette situation, les individus peuvent décider de passer par une décision collective, qui introduit de nouveaux coûts et de nouveaux bénéfices. On peut choisir de payer des individus collectivement pour qu'ils assèchent le marais, ce qui implique un coût pour les individus qui n'assèchent pas, sous la forme d'impôts. Tant que l'impôt cumulé n'est pas supérieur à 10 000 euros par personne les individus ont intérêt à passer par la décision collective et à autoriser la coercition de la collectivité sur eux-mêmes, pour sortir de cette situation sociale de *statu quo*. Si, en revanche, les impôts sont supérieurs à 10 000 euros par habitants, du fait non seulement des salaires à payer mais aussi des coûts d'organisation, de l'administration et de la lenteur bureaucratique, ces derniers n'auront pas intérêt à passer par la décision collective.

⁵⁴⁰ Sur ce point la position de Buchanan est bien résumée par Marciano (2013, 224) : "Buchanan trusts markets because he trusts individuals and believes in 'voluntary cooperation.'"

⁵⁴¹ Pour la simplicité de l'exemple nous ne prendrons que les coûts et bénéfices directement liés à l'assèchement, à savoir les bénéfices venus des nouveaux commerces et les coûts de l'assèchement. On pourrait pour complexifier l'analyse ajouter les bénéfices issus de la disparition de moustiques aux abords du village, et donc la baisse des maladies etc.

⁵⁴² Il suffit que chaque individu valorise son activité alternative davantage que le fait d'assécher un marais pour que ce raisonnement soit rationnel, ce qui est probablement vrai d'à peu près n'importe quelle activité alternative dans la vie de beaucoup de personnes.

Quelques conséquences importantes doivent être notées. Il ne suffit pas qu'il y ait externalité pour que l'action gouvernementale se trouve justifiée. Les *règles régulatrices* nécessitent elles aussi un *rationale* particulier, au même titre que les règles constitutives. Mais aussi et surtout, le mode de prise de décision collective comporte lui-même des coûts. Dans les exemples que nous avons pris le mode de décision est l'unanimité. Une action collective est légitime si, et seulement si, *tous les individus* reconnaissent leur intérêt. Or, la recherche de l'unanimité implique elle-même des coûts. Si nous devons attendre l'unanimité pour chaque décision, nous sommes pris dans une situation problématique qui risque de rendre le coût de recherche de la prise de décision supérieur au bénéfice escompté de la décision. De ce fait, nous nous accordons souvent sur une prise de décision non-unanime au préalable comme moyen plus efficace de décider⁵⁴³. La règle de la majorité est donc acceptée comme une forme adéquate de décision démocratique. Ce faisant, ce mode d'organisation produit également des coûts, puisque chaque individu anticipe que les décisions futures pourront aller contre son propre intérêt. Cette règle est néanmoins acceptée en anticipant qu'il vaut mieux prendre un risque non nul de se voir désavantagé dans le futur, que de ne pas prendre de décision du tout, du fait de la contrainte d'unanimité. Toutes les modalités de prise de décision et d'organisation ont des coûts, qu'il faut pouvoir comparer et analyser.

Deux rôles de l'État apparaissent comme expression du domaine politique. D'une part, l'État protecteur, qui garantit les droits des individus et la possibilité de l'activité marchande. C'est la fonction de l'État qui édicte les règles constitutives de fonctionnement du marché. D'autre part, l'État producteur – une appellation qu'on trouvait déjà chez Lippmann, mais qu'on trouve aussi chez Friedman (1962a, b) –, qui consiste à permettre aux individus d'avoir accès à des biens auxquels ils n'auraient sinon pas eu accès dans le processus marchand, du fait de coûts de transaction trop élevés. Le rôle protecteur de l'État n'est pas remis en cause par Buchanan, car il consiste en un interventionnisme qui autorise les échanges marchands efficaces. En revanche, le rôle producteur est celui qui doit être soumis à l'analyse coût/bénéfice.

2. Comportements démocratiques et règle de vote à la majorité

⁵⁴³ Buchanan et Tullock (1962, 56) montrent qu'il y a un coût marginal croissant avec l'ajout de chaque personne supplémentaire pour une prise de décision.

Avec l'augmentation de la taille des groupes, il est impossible pour un groupe de continuer à prendre des décisions à l'unanimité, car les coûts de la prise de décision augmentent, au moins pour les décisions courantes. En effet, l'ajout de chaque individu augmente la probabilité que cet individu ait des valeurs et croyances différentes, voire difficilement compatibles avec les autres individus, ce qui implique donc un coût de négociation de plus en plus important, croissant exponentiellement à partir d'un certain stade⁵⁴⁴. D'autres règles de décision sont choisies à partir du modèle de la règle d'unanimité (Buchanan et Tullock, 1962, 74-75). On peut obtenir plusieurs règles de prise de décision en fonction des questions traitées. Pour les décisions courantes, la règle de la majorité est moins coûteuse, pour des décisions plus fondamentales, notamment sur des règles constitutionnelles, une autre règle peut être acceptée. De ce fait, l'élection de représentants devient particulièrement importante, de façon à conserver le principe d'une influence de chaque individu sur le processus politique. C'est par cette voie que Buchanan est mené à s'intéresser à la démocratie, comme forme politique venant favoriser l'inflation du rôle producteur de l'État, et des situations de faillite politique analogue aux faillites de marché, demandant à son tour de nouvelles régulations.

2.1 Analyse économique du vote

Dans un système représentatif où chaque individu a un droit de vote, chaque vote a une valeur économique (*Ibid.*, 92). Le vote a une valeur économique à deux niveaux. Il permet d'acheter un ensemble de mesures proposées par un politicien, c'est la valeur économique du vote pour le consommateur qu'est le votant ; mais il a aussi une valeur économique pour l'offreur, le politicien, car il est un instrument pour la finalité visée, la réélection. Le politicien est donc prêt à acheter, avec des mesures qui sont autant de promesses de gains, sont électoral. On peut exemplifier ce type de pratique d'échange avec un cas simple. Prenons une décision collective qui concerne un groupe de cinq personnes, notamment dans le but de décider s'il doit y avoir ou non la construction d'une école dans le village. Admettons, pour notre exemple, que la règle constitutionnelle qui donne la règle du jeu de ce vote stipule que pour cette décision il faille une décision à la majorité simple. La première coalition de trois personnes construit donc une majorité et décide de l'issue du vote. Mais imaginons qu'un individu qui se trouve minoritaire accorde une grande valeur au bien décidé, ou bien positivement ou bien négativement, et donc

⁵⁴⁴ Conséquence logique également de ce propos, l'ampleur de l'action gouvernementale peut être plus importante dans les pays où les individus partagent davantage de valeurs, car les coûts de négociation sont bas.

qu'il est capable de payer un autre individu pour qu'il change son vote. L'individu en question aura intérêt à changer son vote, si la valeur monétaire qui lui est offerte pour changer son vote est supérieure au gain espéré de la construction de l'école, s'il comptait voter pour la construction. Inversement, l'individu offrant la somme aura intérêt à payer, jusqu'à atteindre le prix à hauteur de la rencontre avec le coût que la construction lui coûtera en imposition. S'il n'y a pas de marché explicite sur les votes, du fait de restrictions institutionnelles, il est possible de reconstituer par ce type de raisonnement la valeur économique d'un vote.

Du côté du politicien qui propose une mesure la situation est différente. Le vote a un prix fantôme qui est égal à ce que la mesure proposée par le politicien apporte à un groupe d'individus donné. Par exemple, un politicien a besoin, pour être réélu, du soutien des enseignants. Il leur propose une augmentation de salaire de 100 euros. Chaque enseignant peut calculer son utilité espérée en votant pour ce candidat, *ceteris paribus*, comme étant égale à la probabilité qu'il soit élu multipliée par 100, ce qui donne la valeur que le politicien attribue au vote de chaque enseignant. Le vote peut donc être compris comme un échange de service entre individus. Le politicien offre un ensemble de biens avec ses mesures, et les votants offrent la réélection. Une fois qu'on comprend – sous ce paradigme de l'échange – le processus politique, alors la voie est ouverte pour tirer des conclusions plus générales de cette situation.

On peut identifier plusieurs problèmes, résonnant largement avec les critiques libérales classiques de la démocratie comme tyrannie de la majorité. Dans le cadre analytique défini par les auteurs, il peut être courant que la majorité fasse peser un coût sur la minorité. L'exemple typique est celui d'une décision majoritaire qui implique une intervention positive de l'État pour produire un bien ou un service. La taxation des plus riches par la majorité, pour financer des assurances sociales, est un cas particulier. Il est possible que cette taxation produise moins de bénéfices pour la majorité qu'il n'en coûte pour les riches du fait d'une perte dans le processus de redistribution – coût de lever l'impôt, du traitement bureaucratique etc. Si le vote a un pouvoir économique il est alors utilisé par des individus rationnels pour favoriser leurs conditions d'existence. Dans une situation démocratique où chacun possède le droit de vote, les minorités se retrouvent donc à la merci d'une majorité qui peut lui imposer des coûts, et potentiellement sacrifier certains droits. On peut prendre pour illustrer ce cas l'exemple d'un vote qui laisse deux choix ouverts : l'institution d'un bien public avec taxation ou le *statu quo*. Buchanan et Tullock développent ainsi des exemples dans les chapitres 10 et 11 de la troisième partie de l'ouvrage de 1962.

Fig. 3 : Situation de vote avec tyrannie de la majorité

	1	2
A	-5	5
B	5	0

L'individu A peut choisir entre le vote 1 ou 2, et l'individu B également, sachant que A est taxé davantage que B. 1 est le vote qui garantit l'accès à un bien public ou service public (parc, nettoyage des rues, service de police, retraite etc.), 2 le vote qui aboutit à l'absence de ce bien public et à l'absence de taxation. J'indique ici des valeurs arbitraires ordinales (la valeur absolue n'est pas importante pour la compréhension). On arrive à une situation dans laquelle A, qui est taxé, préférera le *statu quo*, à savoir le vote 2, plutôt que la réforme aboutissant à l'élargissement d'un service public, qui lui coûte davantage parce qu'il fait partie de ceux qui vont être ou bien taxé davantage pour ce bien, ou bien qui vont être taxé sans y avoir accès. J'indique une valeur d'utilité dans le cas du vote 2 pour désigner que les minoritaires peuvent allouer leurs ressources à d'autres activités qui leur octroient du plaisir. L'individu B a intérêt, de son côté, à voter 1 puisqu'il peut être taxé de façon minimale – ou pas taxé du tout – tout en accédant à un service nouveau. Or, si les B sont plus nombreux que les A, on peut aboutir à une utilité positive, par exemple si on a 80 % de A : 40 pour les B, 20 pour les A, donc un gain de 20 net. Il y a ici tyrannie de la majorité, où les intérêts d'une partie de la population sont sacrifiés, mais où l'utilité agrégée augmente. En revanche, si on a 60% de A et 40 % de B on a une somme négative avec une perte de revenus nets. Si, en effet, on a 6 B et 4 A on obtient : 30 d'utilités gagnés par les B et 40 perdus par les A, donc un déficit net de 10. Ce cas est bien plus courant lorsque les décisions sont prises à la majorité simple et donc où 50.1% des voix suffisent à imposer une décision. La règle de la majorité sacrifie donc non seulement les intérêts d'une minorité importante, mais produit un résultat qui ne maximise plus la somme agrégée d'utilité, mais qui, au contraire, en avantageant certains groupes, conduit à un état du monde qui est pire que l'état précédant – si on considère l'utilité agrégée comme critère normatif. À ces effets directs, il faut ajouter des effets indirects. En augmentant les aides sociales, on est amené à augmenter le nombre de gens qui vont favoriser le loisir au travail (parce que l'écart entre gains du travail et ce qu'on ne gagne en ne faisant rien diminue, ce qu'on appelle l'arbitrage travail/loisir), et donc à augmenter le nombre de personnes qui sont favorisées par les aides sociales et qui vont demander leur augmentation future. On trouve le développement de cet

effet pervers dans l'article "The Samaritan's Dilemma" (Buchanan, 1975b). On voit bien comment l'État producteur peut se muer en État redistributeur.

On rencontre alors le problème des coalitions. Lorsque le vote a un pouvoir d'achat et qu'il permet d'accéder à des biens supplémentaires favorisant certains groupes, certaines coalitions ont intérêt à utiliser le vote, pour maximiser l'utilité de leurs membres, d'utiliser le vote comme un moyen d'obtenir des biens. Ce problème est redoublé par une approche stratégique du vote, que soulignent également les auteurs. Il faut bien voir ici que Buchanan approfondit des thèmes qu'on trouve déjà chez les néolibéraux – Milanèse (2020a, 315) a par exemple montré que la critique du New Deal par Lippmann reposait sur une critique des groupes de pression (*pressure groups*) qui mènent la politique du pays –, mais que cet approfondissement, en utilisant des outils analytiques plus développés, permet aussi de découvrir de nouveaux phénomènes et de tirer des conclusions systématiques sur les problèmes de la démocratie, allant plus loin que la nécessité de repenser nos concepts politiques dans le contexte de la *Great Society*.

2.2 Les situations de trafic d'influence et leurs conséquences publiques

La démocratie électoraliste, à vote majoritaire, ne produit pas uniquement une tyrannie de la majorité liée à des rétributions immédiates. Il ne s'agit plus uniquement de phénomènes d'achat de votes, mais de comportements stratégiques d'échanges de vote, de la part des agents qui ne sont pas directement impliqués dans une mesure. Comme les votes ont un "pouvoir d'achat" (*purchasing power*), en ce qu'ils sont aussi des façons de consommer des biens publics ou des services publics, il est rationnel de s'échanger des votes de façon stratégique. On peut, par exemple, introduire des modèles de théorie des jeux pour expliquer cela. Un individu C dans notre modèle (Fig. 3) peut avoir intérêt à voter avec B s'il est indifférent, pour constituer une majorité, à condition que des membres de B le soutiennent pour une autre décision. Donnons un exemple illustratif. Les professeurs soutiennent les pompiers qui soutiennent les professeurs en retour, alors que les professeurs ne tirent pas de bénéfices immédiats de l'amélioration des conditions de travail des pompiers, et inversement. La majorité n'existe pas par soi mais est le résultat de coalitions qui jouent des jeux stratégiques : j'ai intérêt à voter 1 si, et seulement si, dans un superjeu L, je sais que les individus B que j'aide vont voter 1 également alors qu'ils

sont majoritairement indifférents. Cela peut arriver même si les pompiers, par exemple, ne sont pas spécialement pour l'augmentation de salaire des professeurs, Buchanan et Tullock l'expriment clairement :

Son bien-être [à un individu donné] peut être amélioré s'il accepte une décision contraire à son désir dans un domaine où ses préférences sont faibles, en échange d'une décision en sa faveur dans un domaine où ses sentiments sont plus forts. Les négociations entre électeurs peuvent donc être mutuellement bénéfiques. Potentiellement, l'électeur devrait s'engager dans de tels marchandages jusqu'à ce que le 'coût' marginal du vote pour une chose qu'il désapprouve mais pour laquelle ses sentiments sont faibles corresponde exactement aux bénéfices marginaux attendus du ou des votes obtenus en échange d'un soutien pour des questions qui l'intéressent davantage.

(Buchanan et Tullock, 1962, 108)⁵⁴⁵.

C a intérêt à voter avec B si la désutilité associée au vote est inférieure à l'utilité espérée associée au vote de B pour une mesure avantageant C. Je sacrifie une préférence faible – une préférence qui, dans mon ordonnancement de ma fonction d'utilité, est très secondaire – pour une préférence plus forte dans le futur (en incluant la préférence pour le présent et le risque futur). Peart et Levy (2020) interprètent ce phénomène comme un mécanisme de compensation lors de changement de règles, à savoir que les groupes perdants cherchent à s'associer pour obtenir une compensation monétaire dans le futur. L'explication économique de ce phénomène est donc qu'on peut pratiquer le trafic d'influence jusqu'à ce que le coût marginal de voter (la désutilité impliquée par le sacrifice de ma préférence faible plus le déplacement au bureau de vote, le coût de me justifier à mon entourage ou de me mentir à moi-même etc.) égale les gains marginaux espérés du vote ou des votes, que je me garantis du fait d'avoir fait ce sacrifice. On trouve une application originale de l'analyse marginale qui mélange à la fois des facteurs monétaires (par exemple une faible taxation pour financer le revenu plus élevé d'un autre groupe) et des facteurs moins quantifiables (le *feeling*).

⁵⁴⁵ L'original dit : "His welfare can be improved if he accepts a decision contrary to his desire in an area where his preferences are weak in exchange for a decision in his favor in an area where his feelings are stronger. Bargains among voters can, therefore, be mutually beneficial. Potentially, the voter should enter into such bargains until the marginal "cost" of voting for something of which he disapproves but about which his feelings are weak exactly matches the expected marginal benefits of the vote or votes secured in return for support for issues in which he is more interested" (Ma traduction).

Il est important de rappeler que ces situations sont le résultat de l'acceptation rationnelle des individus d'une règle de décision, à savoir le vote majoritaire. L'analyse du processus politique démocratique en termes de marché produit une conséquence importante, à savoir que le marché politique, tout comme le marché économique, connaît des faillites. La sphère politique ne peut plus être perçue comme mécaniquement légitime pour résoudre les problèmes de coopérations négatives sur le marché, car elle connaît et produit elle aussi des problèmes de coopération négative. Plus encore, le système de vote majoritaire a tendance à produire une situation de coopération négative généralisée. Chaque individu et chaque groupe agissant rationnellement produit une situation collective qui conduit à un cercle vicieux (Buchanan et Tullock, 1962, 105). En effet, le trafic d'influence et la coalition doivent se généraliser, car chaque individu et chaque groupe a intérêt à jouer ce jeu *y compris s'il ne l'approuve pas*. À force de négociations par le vote et d'imposition aux autres d'un coût externe, on généralise les coûts, puisqu'aucun groupe n'a intérêt à ne pas jouer ce jeu et à ne pas se mettre à imposer des coûts aux autres à son tour. Cela produit une situation qui rend tout le monde moins bien loti. Chaque groupe cherche à garantir une rente, qui pousse à la concurrence inflationniste au sein du système démocratique (Buchanan, Tollison et Tullock, 1980). Le *rent-seeking* est l'illustration d'une perversion inhérente au processus démocratique, qui ne vise plus l'avantage commun, mais l'extorsion de biens à d'autres groupes de manière généralisée. Ce phénomène ne prend plus place pour pallier le marché, mais pour obtenir des biens de manière privilégiées en court-circuitant le marché.

Trois conséquences peuvent apparaître à partir de là. L'État, pour financer les dépenses désirées par les groupes, peut taxer à un haut niveau les revenus, ce que Buchanan et Brennan appellent le "high-tax trap" (Buchanan et Brennan, 1985, 90), où une partie substantielle des revenus de chacun est imposée, ce qui conduit, à partir d'un certain seuil, à un revenu moins important de la part de l'imposition car les individus n'ont plus d'incitations à gagner de l'argent si c'est pour que celui-ci soit redistribué⁵⁴⁶. Le deuxième problème apparaît lorsque le financement des dépenses supplémentaire n'est pas obtenu par une hausse d'impôt mais par une hausse de l'inflation – lorsque de la monnaie est injectée en masse dans l'économie –, ce qui implique un désajustement massif des anticipations dû à l'emballement des prix. Enfin, cette hausse des dépenses peut être financée par l'emprunt sur les marchés financiers et donc la création de dette, qui pèse sur les générations futures. L'exemple le plus frappant de tout cela

⁵⁴⁶ Sur ce point Buchanan et Brennan font référence à la courbe de Laffer, qui indique que lorsque la pression fiscale dépasse un certain seuil il y a un effet désincitatif sur l'offre de travail et donc que les recettes fiscales diminuent par suite de l'augmentation du taux d'imposition au-dessus de ce seuil.

est l'inflation de coûts dans la bureaucratie et l'administration, qui est intelligible rationnellement à partir d'une description des anticipations des personnels publics :

Chaque fois que c'est possible, il contribuera [le fonctionnaire administratif] par ses choix à augmenter plutôt qu'à réduire le budget et les programmes de son administration. Il n'existe que peu ou pas de récompenses pour l'employé de l'État qui propose la limitation ou la diminution du poids du secteur où il travaille. *Le bureaucrate individuel a institutionnellement intérêt à travailler à l'expansion de son administration.*

(Buchanan, 1975a, 183, je souligne).

Les représentants sont des individus comme les autres, intéressés par leur réélection. Ils ont tendance à favoriser les solutions collectives augmentant les interventions gouvernementales pour répondre à une demande. Nous avons ici les prémisses d'une argumentation caractéristique : le marché politique, tout comme le marché économique, produit des faillites.

Il faut distinguer plus soigneusement ici entre l'approche de Buchanan et l'approche standard en économie. L'approche économique standard s'intéresse avant tout à la rationalité des individus au sein d'un système de règles donné, et on s'interroge sur les comportements les plus rationnels au sein de ce système d'interaction. Buchanan invite au contraire non plus à considérer uniquement les comportements au sein des règles, mais aussi la justification des règles elles-mêmes, notamment lorsque les comportements rationnels au sein des règles produisent des situations telles que celle que nous venons de décrire. D'une manière qui sonne très ordolibérale, Buchanan invite à distinguer entre rationalité *au sein des règles* (*within rules*) et la rationalité *des règles* (*of rules*) (Buchanan et Brennan, 1985). Comme je l'ai mentionné au chapitre précédent (chap. VI), Buchanan critique précisément Hayek sur ce point, à savoir qu'il comprend l'évolutionnisme hayékien comme impliquant toujours les règles issues du processus de sélection de l'évolution culturelle comme justifiée. Nous avons vu que cette critique n'était pas justifiée, mais elle est intéressante car on peut apercevoir que ce que Buchanan cherche à faire, c'est précisément ce que nous avons tenté de recomposer chez Hayek au chapitre précédent, à savoir de proposer une théorie de la justification des règles du jeu. En somme le désaccord de Buchanan et de Hayek n'est compréhensible, finalement, que parce qu'ils sont intéressés par un même problème et une même matrice problématique. On ne peut qu'être frappé par la continuité entre les positions de Buchanan et celles des premiers néolibéraux, qui

distinguent l'ordre et sa rationalité et la rationalité des règles. Comme eux, Buchanan remonte au niveau des règles qui conditionnent l'existence de l'ordre des échanges pour chercher à spécifier ce que seraient de *bonnes règles* aptes à limiter le processus démocratique, qui conduit sinon à une destruction de l'ordre économique en tombant dans les pièges de la taxation, de l'inflation monétaire ou encore de l'inflation ininterrompue des services publics. Tout comme le marché produit ainsi des faillites, les interactions politiques produisent également des situations de coopération négatives appelant des régulations. C'est l'économie politique constitutionnelle qui offre des clefs de réponse à cette question de la transformation des règles du jeu.

3. La nécessité d'une approche constitutionnelle des règles du jeu

C'est le constat d'une démocratie dangereuse pour les libertés, et notamment pour le libéralisme, qui pousse Buchanan à développer une alternative, ce qu'il appelle l'économie politique constitutionnelle⁵⁴⁷. Ce programme de recherche, perpétué par plusieurs autres théoriciens à sa suite, part du constat qu'il existe toujours un "conflit potentiel entre démocratie et liberté" (Wagner 2017, 152), qui nécessite de ne pas demeurer au niveau des interactions au sein des règles, mais à passer au niveau normatif de la production de régulations. Il faut donc réguler la démocratie car :

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

(Buchanan, 1975b, 184).

⁵⁴⁷ Qui donnera naissance à une revue dans les années 1990, à savoir *Constitutional Political Economy*.

Le fonctionnement normal de la démocratie conduit à des problèmes majeurs sur le long terme. C'est pourquoi Buchanan défend l'idée de règles constitutionnelles, à même de répondre au problème posé par la démocratie⁵⁴⁸. Il faut comprendre son constitutionnalisme et, partant, l'origine de son intérêt pour la philosophie politique normative, en ayant à l'esprit les problèmes rencontrés par la conception majoritaire de la démocratie. Comme l'indiquent plus tard Buchanan et Brennan (1985, 166) : "Nous devons reconnaître que les sociétés démocratiques, telles qu'elles fonctionnent actuellement, s'autodétruiront, peut-être lentement mais néanmoins sûrement, si les règles du jeu politique ne sont pas modifiées"⁵⁴⁹.

Buchanan se situe donc dans la continuité des ordolibéraux vis-à-vis du problème néolibéral de la légitimation des règles fondamentales des sociétés libérales (Kolev, 2018). Contrairement à Eucken il ne fait pas fond sur une philosophie transcendantale mais avant tout sur la théorie de la décision des économistes. Si on reprend notre opposition précédente (chap. V), Buchanan se situe davantage du côté d'une reprise de l'expertise que d'une théorie évolutionnaire à la Lippmann-Hayek. Cependant, il reconfigure très largement l'expertise, puisqu'il ne s'agit pas de donner à l'économiste-philosophe le pouvoir de choisir les règles, mais uniquement de proposer les choix et les possibilités aux individus en situation. Je reviendrai plus précisément dans le chapitre suivant sur le contractualisme de Buchanan, néanmoins il convient ici de voir comment Buchanan articule son constitutionnalisme avec son analyse positive de la crise du concept de démocratie, de façon à faire advenir sa position comme nécessaire et pertinente.

3.1 Jeu au sein des règles et règles du jeu

Il faut ainsi pour Buchanan distinguer l'approche constitutionnelle de l'approche standard de l'économie (Buchanan, 1999, 378). L'économie standard, que Buchanan pratique également, dans une certaine mesure⁵⁵⁰, car l'application de la théorie du consommateur au marché

⁵⁴⁸ Une différence apparaît ici avec notre compréhension des ordolibéraux (chap. V), à savoir que chez Eucken les règles constitutives étaient définies par le fait d'être préconditions de l'existence du marché.

⁵⁴⁹ L'original dit : "We must come to agree that democratic societies, as they now operate, will self-destruct, perhaps slowly but nonetheless surely, unless the rules of the political game are changed" (Ma traduction).

⁵⁵⁰ Il faut en effet nuancer notre propos : la conception standard de l'économie, telle qu'on la trouve par exemple à Chicago, consiste en une théorie de la maximisation. Cela apparaît dans l'analyse de *The Calculus of Consent*, mais la conception de l'économie par Buchanan est davantage dominée par le paradigme de l'échange, qui fait évoluer les choix des individus et donc leurs préférences, que celui de la maximisation à partir de préférences fixes. La maximisation et l'efficacité ne sont donc pas des concepts centraux de l'analyse de Buchanan et selon

démocratique est le cœur de son ouvrage le plus connu, à savoir *The Calculus of Consent*, est centré sur le choix et sur la maximisation de l'utilité de chacun sous contrainte. Ces contraintes sont perçues comme exogènes, qu'il s'agisse d'institutions, de règles, de normes budgétaires, des conventions ou encore tout simplement des circonstances. Il est certain que certaines contraintes sont inamovibles ou difficilement modifiables (les conventions sociales par exemple, ne peuvent être modifiées facilement), mais certaines contraintes peuvent être l'objet d'une réforme rationnelle. Lorsque la question de savoir *quelles améliorations* peuvent être souhaitables, relativement à ces contraintes se pose nous entrons dans le champ de l'économie politique constitutionnelle, qui s'intéresse avant tout au choix entre les contraintes, plutôt qu'au choix au sein de contraintes prédéfinies (Buchanan, 1999, 379). Ces contraintes sont, pour Buchanan, les règles générales de l'ordre social. L'objet de l'économie n'est plus le choix sous contrainte, étant donné qu'il y a une rareté des moyens à usage alternatif, mais *le choix entre les contraintes*, lorsque la rareté n'est plus un facteur. Plus encore, et Buchanan l'exprime lorsqu'il s'inclut lui-même dans l'approche de Old Chicago, le sujet de l'économie est d'étudier *le fonctionnement du marché au sein d'ensemble de règles alternatives* (Buchanan, cité dans Peart et Levy, 2020, 188). En cela, l'économie politique constitutionnelle se pense dans la continuité du problème néolibéral. La distinction entre choix au sein des contraintes et choix entre les contraintes, ou, pour reprendre le vocabulaire hayékien, entre ordre des actions et système de règles, est de taille car sans rareté il n'y a pas de marché (où l'offre varie en fonction d'une demande par exemple), et donc les outils de l'analyse standard ne peuvent plus être utilisés. Or, si le choix à l'intérieur des contraintes est un choix en situation de rareté relative, cela n'est pas le cas pour le système de règles. On rentre, avec l'économie politique constitutionnelle, dans le champ de la philosophie politique, puisque le problème qui se pose est celui du choix, par des individus multiples, des règles qui régissent leur vie en société.

Cette approche est justifiée pour Buchanan au niveau individuel comme au niveau collectif. Les individus, dans les choix qu'ils font dans la vie courante, ne font pas que choisir au sein de règles fixes, bien que la fixité des règles soit un avantage (chap. IV), mais choisissent parfois entre des contraintes qu'ils s'imposent à eux-mêmes. L'exemple paradigmatique est Ulysse qui s'accroche au mât de son navire en anticipant rationnellement son irrationalité future (Elster, 1979)⁵⁵¹. Plus largement, il s'agit de choix intertemporels, tels que celui de Robinson

Peart et Levy (2020) cela constitue une différence majeure de l'École de Virginie avec l'approche de la "nouvelle" École de Chicago.

⁵⁵¹ À l'époque où Buchanan écrit il existe un domaine qui étudie ce type de comportement, à savoir l'économie du management de soi, illustré par Schelling ou Thaler, voir Buchanan (1999, 380).

qui sachant qu'il est paresseux se construit un réveil pour se prémunir d'un sommeil trop long le matin. Néanmoins, dans le cas des règles collectives un problème supplémentaire émerge. Lorsque je m'impose une contrainte à moi-même, une règle morale que je respecte par exemple, *je m'impose* cette contrainte, c'est-à-dire qu'il n'y a qu'un rapport de moi à moi-même. Lorsque des règles collectives sont adoptées ces règles valent *pour tous*. Comment se prévaloir d'une relation strictement individuelle pour passer au niveau collectif ? On peut saisir la légitimité du choix intertemporel individuel par le concept de rationalité. En effet, j'anticipe une irrationalité future et je me fixe une contrainte pour être rationnel maintenant pour un moment futur. Mais dans le cas de la décision collective la rationalité ne peut se situer au niveau de l'agrégat qu'est la société, selon les principes de l'individualisme méthodologique. Comment passer de *mes préférences* et de *ma rationalité* à la détermination des bonnes règles pour la société *dans son ensemble* ? Comment faire cela sans passer par un processus d'ajustement historique – comme chez Hayek ou Lippmann – ou par une défense d'un fondement transcendantal de l'intervention – comme chez les ordolibéraux ?

Tout comme nous nous contraignons individuellement, les règles sociales peuvent être consenties. Pour cela il faut que les contraintes sociales puissent se référer à un bien commun, *compris comme l'ensemble des intérêts individuels consensuels* :

La dérivation des contraintes institutionnelles est fondée sur le calcul des intérêts individuels, ce qui, à son tour, nécessite l'introduction et l'utilisation d'un paradigme d'échange par opposition à la recherche du bien unique des idéalistes.

(Buchanan, 1999, 383)⁵⁵².

Le bien commun n'est pas unique, mais il consiste dans ce qu'il y a de commun dans les intérêts individuels⁵⁵³. Contre une bonne part de l'économie standard, mais en continuité avec l'analyse néolibérale, Buchanan met l'accent sur l'importance des règles, qui structurent les comportements individuels et donnent un sens localisé à la rationalité. Le comportement d'optimisation ne peut se comprendre qu'*in situ*. La société est comprise comme un ensemble

⁵⁵² L'original dit : "The derivation of institutional constraints is based on a *calculus of individual interests*, which, in turn, requires the introduction and use of an exchange paradigm as opposed to the idealists' search for the unique good" (Ma traduction).

⁵⁵³ En cela il est certainement réducteur de dire que Buchanan et les néolibéraux refusent toute notion du bien commun. Ils n'en refusent qu'une interprétation idéaliste. Buchanan se réfère ainsi explicitement à l'idée d'un "intérêt commun" en ce sens (Buchanan, 1999, 370), tout comme Hayek au chapitre précédent.

de relations de coopération en vue d'un avantage mutuel, à savoir une "communauté d'avantages"⁵⁵⁴.

Cela signifie ainsi, qu'en droit, les institutions et les contraintes sociales doivent pouvoir être soumises à la délibération et au choix explicite des individus (*Ibid.*, 384). Ce que réintroduit Buchanan au point de vue constitutionnel est la possibilité d'une coopération sociale, par opposition avec le conflit qui règne dans le *business as usual* de la politique. La libération des individus passe donc par le processus de mise en place de contraintes acceptées collectivement. Néanmoins, la position de Buchanan ne nie pas la spontanéité des processus au sein des règles. Définir les règles d'un jeu, ne consiste pas dans le fait de prédire le vainqueur ou le cours du jeu. L'exemple parfait pour illustrer cela est l'économie :

Dans la mesure où cette efficacité est une norme pour l'organisation économique compétitive, elle est atteinte comme un résultat qui émerge du fonctionnement de l'économie et non comme le résultat de tentatives instrumentales visant à atteindre cet objectif de manière directe.

(*Ibid.*, 403)⁵⁵⁵.

L'efficacité n'est pas le résultat d'une intention, mais une caractéristique émergente d'un ensemble de relations complexes. Buchanan ne défend sur ce point pas une position éloignée de celle de Hayek, et il reprend une théorie du marché révélateur et découvreur de connaissances (Buchanan et Vanberg, 1991). L'efficacité est néanmoins un terme polysémique et il peut ainsi renvoyer à différents modèles. Buchanan exprime ici que l'efficacité ne peut pas être instituée directement par une volonté extérieure, puisque précisément l'efficacité au sein du marché est fondée sur l'échange volontaire entre individus. Je reviendrai plus largement sur ces problèmes en discutant de Posner au chap. IX. Je me contente de relever ici que l'efficacité économique est le résultat d'un processus réglé et fixé par des règles du jeu permettant la stabilité des anticipations. L'argument important est que les règles peuvent bien former les conditions d'existence du marché, mais ne prédisent pas d'une manière directe comment les biens et les moyens vont être distribués puisque cette propriété du marché (le fait

⁵⁵⁴ Je reprends le titre de Sugden (2018) dans son livre *The Community of Advantage*, qui propose une défense libérale de l'ordre marchand sur cette base. L'auteur se réfère directement à Hayek et Buchanan comme des influences intellectuelles.

⁵⁵⁵ L'original dit : "Insofar as such efficiency is a norm for competitive economic organization, it is achieved as a result that emerges from the operation of the economy and not as a result of instrumentally oriented attempts to achieve this goal in any direct manner" (Ma traduction).

d'être efficient) est une propriété émergente. La différence radicale entre Buchanan et Hayek porte moins sur leur vision de l'économie et du processus spontané au sein des règles, mais plutôt sur les modalités de changements et de modifications des règles. Pour Buchanan, Hayek défend une théorie évolutionnaire ne laissant pas suffisamment de place à la reconstruction rationnelle des règles par les individus dans un processus de discussion (Levy et Peart, 2008b ; 2020, 170). En ayant défendu moi-même au chapitre précédent que cette lecture de Hayek est au mieux une déformation et une mauvaise lecture, il apparaît que la théorie de Buchanan peut être lu comme complémentaire aux positions de Hayek sur ce point. Comme chez les premiers néolibéraux, le marché n'est pas une entité existant de façon autonome et, pour fonctionner de manière efficiente, il est nécessaire que des règles soient fixées qui permettent à ce fonctionnement spontané d'être bénéfique. La question que se pose donc l'économie politique constitutionnelle est la suivante : *quelles règles pourraient être acceptées par tous, pour quitter les équilibres de coordination négatives caractéristiques de la politique réelle et comment légitimer ces règles d'un point de vue méthodologique ? Comment Buchanan entend tenir ensemble l'interdit épistémologique et l'interventionnisme régulateur qui constituent le problème néolibéral du gouvernement par les règles ?*

3.2 Individualisme méthodologique et individualisme normatif

Le projet de Buchanan ne prétend pas nier profondément l'idéal démocratique, mais le permettre, car il n'existe de démocratie que limitée – la limite étant une condition de possibilité. Le positionnement de Buchanan fait fond sur le concept de *souveraineté individuelle*, qui est au cœur de l'idéal démocratique tout autant que de l'idéal libéral (Vanberg, 2008 ; Reisman, 2015, 15). Dans les deux cas les idéaux, qui ne sont donc qu'en tension empiriquement, incarnent un *individualisme normatif*. Il faut distinguer l'individualisme normatif de l'individualisme méthodologique⁵⁵⁶. L'individualisme méthodologique est, comme son nom l'indique, un individualisme instrumental, pour l'explication des phénomènes sociaux et économiques. Il faut

⁵⁵⁶ Pour plus de développement sur ce point, et notamment une critique épistémologique de l'approche standard des fonctions d'utilité, voir "The Foundations for Normative Individualism" dans Buchanan (1999). Buchanan refuse qu'on considère comme distincts les fonctions d'utilités et les choix des individus, autorisant ainsi le paternalisme politique: "While the issue of epistemic individualism is of relevance for this conception, it has no bearing on my ontological perspective; the individual chooses that which he chooses, and there need exist neither prior nor posterior 'knowledge' that enables any choice to be classified as 'correct' or 'incorrect' against some criterion of well-being. At the moment of choice itself, the individual selects the alternative that is preferred, but this tautological proposition embodies no presumption about epistemic privilege" (*Ibid.*, 287).

donc en faire avant tout un *usage descriptif*. L'individualisme méthodologique n'implique pas de positionnement normatif, et est compatible avec différentes recommandations politiques, comme l'illustre le marxisme analytique, défendu lors des années 1980 par Gerald Cohen, John Elster ou Philip Von Parijs. L'approche constitutionnelle de Buchanan propose de justifier des *jugements normatifs* à partir de l'individualisme. L'individualisme normatif est donc caractérisé par le fait que les individus *doivent être* le fondement des décisions politiques légitimes (Lewis et Dold, 2020) :

Le fondement justificatif d'un ordre social libéral repose, selon moi, sur la prémisse normative selon laquelle les individus sont les souverains ultimes en matière d'organisation sociale, que les individus sont les êtres qui ont le droit de choisir les structures organisationnelles et institutionnelles dans lesquelles ils vont vivre.

(Buchanan, 1999, 288)⁵⁵⁷.

Il n'y a pas de point de vue du dehors qui donnerait la légitimité des institutions sociales, il n'y a que des individus et leurs valeurs. Autrement dit, les individus et leurs préférences sont la norme qui peut légitimer les choix politiques et sociaux, y compris lorsque ce sont les représentants qui font ces choix. Buchanan défend donc une variante de *justificatory liberalism*, tel que défendu, par exemple, par Gerald Gaus (2011), dans lequel une règle sociale n'est admise que si elle est justifiée auprès d'un ensemble d'individu divers et pluriels, qui lui octroie sa légitimité. Il nous faut distinguer la souveraineté individuelle de la souveraineté du consommateur, sur ce point⁵⁵⁸. La souveraineté individuelle est une souveraineté politique, puisque tous les changements, y compris les changements des contraintes qui structurent les interactions, doivent pouvoir être justifiées en ce qu'elles améliorent la situation pour les individus qui vivent dans l'environnement institutionnel considéré. Il ne s'agit pas de dire que les individus sont souverains dans leurs choix de consommation *au sein des règles*. Ils sont également souverains politiquement, pour leur choix *sur les règles*, notamment pour déterminer (i) le type de société dans laquelle ils veulent vivre et (ii) le type d'individu qu'ils

⁵⁵⁷ L'original dit : "The justificatory foundation for a liberal social order lies, in my understanding, in the normative premise that individuals are the ultimate sovereigns in matters of social organization, that individuals are the beings who are entitled to choose the organizational-institutional structures under which they will live" (Ma traduction).

⁵⁵⁸ Sur la souveraineté du consommateur, voir Olsen (2019), et, en français, Tourneux (2019). Olsen met en avant l'importance de Mises, Tourneux travaille plus spécifiquement sur l'économiste anglais William Hutt, pour la généalogie de ce concept.

souhaitent devenir, étant donné que leur individualité dépend de l'ensemble de règles dans laquelle il déploie leur activité. Par conséquent Buchanan refuse, au contraire des ordolibéraux, de déléguer le pouvoir de constitution de l'ordre économique à des experts qui auraient accès au règne du vrai. Il n'y a pas de bien commun en dehors de ce que les individus préfèrent, ou plutôt le bien commun ce sont les intérêts communs des individus, sur lesquels ils peuvent s'accorder, théoriquement, à l'unanimité. Cela signifie que Buchanan fait appel au principe du *consentement* des volontés individuelles aux règles pour les légitimer. Pour Buchanan, la vérité en politique ce n'est rien d'autre que l'accord général consensuel (Reisman, 2015, 20), car il n'y a aucune valeur transcendante et supérieure qui ne soit compatible avec le libéralisme et ne renvoie finalement à l'idée qu'un individu pourrait décider pour les autres.

À la problématique néolibérale portant sur la légitimation de règles normatives pour l'ordre social garantissant le fonctionnement du marché, Buchanan offre donc une réponse qui consiste à se fonder sur les préférences des individus eux-mêmes, ce qui élimine pour lui tout risque de paternalisme et résout le problème de l'apparition d'une position surplombante théoriquement sur le plan de la philosophie sociale. Rizzo et Dold (2020) montrent que Buchanan est anti-paternaliste dans son approche, refusant la référence à des "vraies préférences" qu'il s'agirait de réaliser contre les volontés immédiates des individus. Les auteurs soulignent que les individus refuseraient, dans cette perspective, toute intrusion de l'État pour favoriser un genre de vie particulier au niveau post-constitutionnel, c'est-à-dire une fois les règles fixées, mais l'anti-paternalisme de Buchanan se situe également au niveau supérieur. Buchanan refuse également que les choix des individus soient outrepassés au niveau constitutionnel, par une autorité ou un individu prétendant connaître le bien de la communauté. En cela, l'approche de Buchanan s'oppose, comme le note également Sugden (2018), au "paternalisme libertarien" (Thaler et Sunstein, 2008), c'est-à-dire la théorie, née au sein de l'économie comportementale, de réaliser *ce que les individus auraient choisis s'ils étaient rationnels contre ce qu'ils choisissent effectivement*. Il ne s'agit donc pas de réaliser un être rationnel intérieur, qui est empêché de faire les "bons choix" à cause de biais cognitifs ou de limitations (Infante *et al.*, 2016). Buchanan (1999, 259) exprime cela clairement, et rompt explicitement avec l'analyse normative généralement tirée de l'économie standard. Les individus ne veulent pas être libres pour maximiser leur utilité, mais pour réaliser une forme de vie qu'ils désirent être la bonne. La liberté possède ainsi une dimension non-instrumentale relevant de la constitution de soi, dans cette perspective. En conséquence le changement constitutionnel doit être fondamentalement démocratique pour Buchanan :

le changement constitutionnel se doit d'être 'démocratique' en ce sens qu'il doit émerger du fonctionnement interne de la politique auquel l'ensemble de l'électorat est susceptible de participer, plutôt que des diktats de certaines personnes 'divinement qualifiées' à l'intérieur ou à l'extérieur de la communauté.

(Buchanan et Brennan, 1985, 150)⁵⁵⁹.

Ce positionnement suppose, chez Buchanan, une approche contractualiste artificialiste, très bien mise en avant chez Lewis et Dold (2020). Pour se mettre en situation de fixer les règles de notre conduite Buchanan défend, ce que la précédente citation illustre, que les individus sont capables de se positionner en dehors de leurs choix au sein des règles pour choisir les contraintes qui pèseront sur eux-mêmes, que les individus peuvent, ultimement, "choisir l'individu qu'ils décident de devenir". L'originalité théorique de l'économie politique constitutionnelle ne peut être validée que si on reconnaît aux individus la capacité de se fixer des règles eux-mêmes, c'est-à-dire d'adopter une "attitude constitutionnelle" (*Ibid.*, 149). Ce positionnement théorique semble correct si l'on pense à des cas pratiques, lorsque les individus se fixent eux-mêmes des limites, par exemple lorsqu'ils veulent arrêter de fumer, ou encore limitent leur consommation d'alcool avant de conduire. D'un point de vue collectif, chacun est également capable de percevoir la validité de payer certains impôts, quand bien même le paiement de ceux-ci à l'instant où il faut déclarer les revenus est douloureux. Ces éléments montrent que loin d'être irréalistes la dimension constitutionnelle de la décision humaine est, au contraire, relativement omniprésente dans les psychologies individuelles. Les individus sont pour Buchanan capable de considérer la validité des règles d'un point de vue abstrait. Comme le souligne Reisman (2015, 50) l'ordre social s'effondrerait immédiatement si, chez Buchanan, les individus se mettaient à agir comme des *homoeconomicus* maximisateur incapable de prendre en considération la validité des règles qui les unissent. Le dilemme du prisonnier et la tragédie des communs en présence de comportements opportunistes ne sont que les deux exemples les plus fameux permettant d'asseoir ce constat.

La perspective de Buchanan n'implique cependant pas un individualisme ontologique qui confine à l'atomisme. L'individualisme est une conséquence du développement historique

⁵⁵⁹ L'original dit : "constitutional change is required to be 'democratic' in the sense that it must emerge from the internal workings of politics in which the whole electorate potentially participates, rather than from the dictates of certain 'divinely qualified' persons either within or outside the community" (Ma traduction).

des sociétés, et la moralité de chacun ne peut exister qu'en société. En un sens, on retrouve l'importance, chez Buchanan, de la nécessité d'une prise en compte du contexte social et institutionnel des décisions individuelles. Un individu désocialisé n'est pas un individu autonome, mais n'est pas un individu tout court. Les préférences ne sont pas données, mais produites dans un processus endogène et social. Cela n'est pas contradictoire avec les positions de Buchanan prônant la souveraineté individuelle. L'individualisme normatif ne défend pas descriptivement que les individus sont maîtres de toutes leurs valeurs, mais qu'on doit leur reconnaître une agentivité propre à un retour critique sur celles-ci, *c'est-à-dire la possibilité au moins théorique* d'effectuer ce retour sur les règles qui déterminent leur action et forment leurs désirs et préférences. L'individualisme normatif ne défend pas que les individus sont métaphysiquement libres⁵⁶⁰ mais qu'il faut partir du fait de leur relative autonomie pour légitimer les règles sociales, et donc de leur consentement et de l'unanimité comme critères. La théorie de Buchanan se positionne essentiellement d'un point de vue politique, mais ne saurait constituer une théorie métaphysique englobante. À l'instar de Rawls, la perspective de Buchanan refuse la prééminence politique de toute *doctrine compréhensive* (voir chap. VIII).

On peut illustrer la nécessité du consentement avec le jeu de poker. Des individus peuvent jouer à jeu de poker – mettons le *texas holdem* – selon certaines règles, et donc faire des choix rationnels stratégiques au sein de ces règles, s'ils veulent gagner. Néanmoins, ces mêmes individus peuvent également discuter des règles du jeu de poker, notamment s'ils se rendent compte que les règles favorisent l'un d'eux, qui gagne toujours⁵⁶¹. Chacun discute donc de nouvelles règles, dans lesquelles il est difficile de prévoir qui gagnera, car les règles générales impliquent une indétermination du résultat. Ces règles ne sont acceptées que si tous les individus acceptent ces règles générales, y compris celui qui était avantagé dans la situation initiale, car il a besoin des autres pour continuer à jouer et accepte de se situer à un niveau de justification différent, non plus le niveau de la justification de ses actions au sein du jeu, mais sur les règles elles-mêmes. Le changement de règles n'est légitime, pour Buchanan, que si tout le monde trouve son intérêt à changer les règles et consent donc au changement. À partir de là participer au jeu peut être compris comme *un consentement tacite* aux règles⁵⁶². Pourtant de

⁵⁶⁰ Sur ce point Buchanan peut être agnostique, ou alors, à l'instar par exemple d'un Christian List (2019) défendre une théorie émergentiste du libre-arbitre d'un point de vue métaphysique.

⁵⁶¹ Ce cas n'est pas étonnant. Même si les règles sont générales, les individus ont une maîtrise variée des règles, et certains types de jeu réussissent mieux à certains individus qu'à d'autres, pour des raisons physiques ou cognitives. Il n'est pas rare que certains individus refusent de jouer à un jeu car ils y sont trop mauvais.

⁵⁶² Dans ce chapitre ces thèmes sont davantage annoncés que traités pour eux-mêmes, j'y reviens extensivement dans le chapitre suivant.

fait ce modèle comporte deux limites (Buchanan, 1999, 371). Dans une société complexe tout le monde ne peut peser sur la décision, car le nombre de personne impliquée dans chaque règle est trop important ; d'autre part le jeu de poker comporte une possibilité de sortie du jeu, ce qui n'est pas le cas des sociétés réelles où les individus ne peuvent pas arrêter de jouer. Il faut donc trouver un moyen de conserver la pertinence de cet exemple tout en l'appliquant à des cas non-analogues. L'élaboration d'une telle réponse passe par la défense d'une théorie contractualiste telle qu'elle s'est réalisée historiquement dans l'écriture de la constitution des États-Unis. L'objectif de Buchanan est de renouveler l'idéal démocratique qui s'est perdu, tel qu'on peut le retrouver chez les Pères Fondateurs de la démocratie américaine (*Ibid.*, 372). Comme l'indiquent ainsi Buchanan et Brennan dans *Reason of Rules*, le positionnement philosophique devient ainsi essentiellement normatif :

En termes plus généraux, ce livre est l'expression de l'espoir qu'une nouvelle 'religion civique' est sur le point de naître, une religion civique qui reviendra, en partie, au scepticisme du XVIIIe siècle à l'égard de la politique et du gouvernement et qui, tout naturellement, concentrera notre attention sur les règles qui contraignent les gouvernements plutôt que sur les innovations qui justifient des intrusions politiques toujours plus importantes dans la vie des citoyens. Notre rôle normatif, en tant que philosophes sociaux, est de façonner cette religion civique, ce qui constitue assurément un défi suffisant pour nous tous.

(Buchanan et Brennan, 1985, 166)⁵⁶³.

Pour effectuer ce renouvellement de la pensée politique, fondé sur la figure de l'individu souverain, Buchanan s'appuie sur la perspective contractualiste, qui permet d'opérer la comparaison entre différentes règles du jeu et de les évaluer normativement en fonction du consentement des individus. En cela l'économiste est bien un expert, mais à l'instar de l'expert de Lippmann dans *Public Opinion*, il n'est jamais celui qui décide pour les autres, seulement celui qui éclaire les alternatives possibles *pour les individus* – à la différence de chez Lippmann donc, il n'y a pas de leader particulier qui peut utiliser l'expertise.

⁵⁶³ L'original dit : "In more general terms, this book is an expression of the hope that a new 'civic religion' is on the way to being born, a civic religion that will return, in part, to the skepticism of the eighteenth century concerning politics and government and that, quite naturally, will concentrate our attention on the rules that constrain governments rather than on innovations that justify ever expanding political intrusions into the lives of citizens. Our normative role, as social philosophers, is to shape this civic religion, surely a challenge sufficient to us all" (Ma traduction).

Il faut bien voir cependant que ce positionnement théorique n'est pas *neutre*, au sens où Buchanan, ce que la citation précédente montre – ainsi que plusieurs de ses ouvrages –, défend bien la préservation d'une sphère de liberté individuelle dans le marché par la limitation du rôle de l'État, et une limitation des intrusions potentielles du processus démocratique. Il suffit, par exemple, de voir les exemples d'application auxquels Buchanan songe. Dans *Democracy in Deficits*, Buchanan et son co-auteur, Richard Wagner, défendent ainsi plusieurs réformes constitutionnelles d'importance. Une mesure particulière est proposée par les deux auteurs, à savoir que le budget doit être à l'équilibre (Buchanan et Wagner, 1977, 187-188). Le Congrès, une fois le budget accepté, ne doit pas enclencher de dépenses supérieures aux revenus. Si on s'aperçoit que la dette augmente et qu'il y a une erreur, on doit baisser les dépenses dans une période de trois mois, à partir du moment où cet amendement constitutionnel est accepté on doit baisser de 20% le déficit budgétaire par an. Deux possibilités restent ouvertes par cet amendement constitutionnel qui répond au déficit de la démocratie : si les dépenses doivent être égales aux entrées, on peut soit baisser les dépenses de l'État et faire reculer l'État producteur, ou bien on peut augmenter les entrées, avec des taxes hautes. Cependant, comme l'a montré Buchanan avec Brennan dans *Reason of rules* au chapitre VI, une hausse de la fiscalité produit des effets néfastes, notamment en conduisant une hausse de l'inflation. La préférence particulière de Buchanan est celle d'une réduction du rôle de l'État, d'une diminution de l'effet des décisions démocratiques – limitées par le budget, ce qui met fin à la concurrence négative produisant toujours plus de dépenses – et une conservation de la sphère d'action individuelle, qui se réalise avant tout dans le domaine économique. Chez Buchanan comme chez Hayek, Lippmann ou les ordolibéraux, l'économie n'est pas un domaine vil, mais celui de la réalisation de soi-même par ses propres décisions⁵⁶⁴. La conséquence du raisonnement est une réduction du rôle de l'État d'un point de vue économique et une redirection vers la sphère marchande privée, mais aussi une impossibilité constitutionnelle de toucher via l'impôt à la répartition des revenus existants.

Conclusion

⁵⁶⁴ On trouve une défense particulière de cela chez Tomasi (2012).

D'un point de départ extrêmement proche de la science économique standard Buchanan arrive donc à un positionnement philosophique idiosyncratique aboutissant à une théorie de la limitation du rôle de l'État par des règles dont il s'agit de comprendre la sélection.

Ce chapitre avait pour ambition de faire comprendre la critique de la démocratie élaborée par Buchanan (section I et II) et de montrer pourquoi, dans son cadre théorique, il est nécessaire de passer d'une théorie positive à une théorie normative, n'étudiant pas uniquement les dysfonctionnements effectifs des processus démocratiques mais proposant une théorie du changement des règles du jeu (section III). J'ai montré, ce faisant, que la critique de la démocratie représentative à vote majoritaire n'était pas motivée par une haine de la démocratie mais par la volonté de réaliser l'idéal démocratique, notamment caractérisé par l'individualisme normatif comme forme de la souveraineté individuelle. Les règles du jeu sont la cible de la théorie de Buchanan, et celles-ci doivent être modifiées à partir de ce que désirent les individus. Cela conduit donc l'économiste à développer une philosophie politique pour répondre à la question ardue de la détermination des *bonnes* règles du jeu. Comme son point de départ est individualiste c'est la théorie contractualiste (*contractarianism*) qui lui apparaît être la réponse philosophique adaptée pour fonder la démocratie constitutionnelle libérale.

Cette optique contractualiste doit être soulignée sur deux points vis-à-vis de notre problématique générale. D'une part, elle apparaît, *au sein du néolibéralisme*, comme une originalité. En effet, Hayek comme Lippmann avaient critiqué le contractualisme comme une théorie politique désuète, potentiellement illibérale, et susceptible de tomber dans un rationalisme constructiviste associé à la Révolution française (Beddeleem et Colin-Jaeger, 2020). La particularité du contractualisme de Buchanan est d'être d'une variété particulière, qui refuse, dans une certaine mesure, l'idéalisation de la situation de choix, pour se situer depuis le *statu quo* et se fonder sur ce que les individus décident réellement. C'est ce qui permet à Buchanan, d'autre part, de proposer une réponse au problème néolibéral sans réintroduire de point de vue extérieur quasi-divin – pour reprendre ses expressions. Buchanan propose ainsi le tour de force consistant à proposer une théorie de l'édiction et de la transformation des règles du jeu, qui demeure démocratique, tout en ayant pour conséquence la diminution de l'extension du rôle de l'État et la préservation du rôle de la concurrence.

Pour autant, le contractualisme – ou contractarianisme pour rendre le *contractarian* anglais, qui correspond à la variété de contractualisme endossée par Buchanan – est loin d'être une philosophie politique originale, bien au contraire. L'économiste américain en propose

cependant une utilisation spécifique, qu'il s'agit de contraster avec les autres options philosophiques qui apparaissent à la même époque. Il s'agit de voir comment Buchanan peut développer une véritable philosophie contractualiste néolibérale.

Chapitre VIII. Rawls et Buchanan. L'émergence d'une théorie contractualiste néolibérale.

Si le commandement et le contrôle par une seule puissance ne peuvent pas être les principes clefs de l'organisation politique, comment concevoir les règles d'un jeu équitable ?

(Vincent Ostrom, *Meaning of Democracy and the Vulnerability of Democracies*)⁵⁶⁵.

Il peut a priori sembler étrange de comparer Buchanan et Rawls. En effet, Rawls est désormais considéré comme une figure d'un libéralisme égalitariste et progressiste, dont la théorie implique des réformes massives du système politique et juridique actuel, notamment par le biais de l'égalitarisme qui découle de son "principe de différence", demandant que les inégalités ne puissent exister que si elles bénéficient avant tout aux moins bien lotis, pour ne citer que l'une des composantes de son libéralisme. Le libéralisme de Buchanan ne partage pas le même idéal égalitariste et, en partant d'une situation de départ avec des individus présentant des inégalités d'aptitudes (Buchanan, 1975a, 66sq) il ne convient pas que le contrat fasse en sorte de minimiser les inégalités sociales qui découlent de ces inégalités naturelles. De plus, Buchanan est souvent associé non pas à un libéralisme progressiste, mais à une forme de conservatisme autoritaire (MacLean, 2017).

Pourtant les pensées de Rawls et de Buchanan ont souvent été rapprochées ou étudiées⁵⁶⁶, du fait des références croisées qu'on trouve dans les textes des deux auteurs⁵⁶⁷, ainsi que de la correspondance qu'ils ont entretenue (voir par exemple Levy et Peart, 2008a, 2020,

⁵⁶⁵ L'original dit : "If command and control by a single power are not the key design principles, how do we devise the rules of a fair game?" (Ma traduction).

⁵⁶⁶ Parfois pour les distinguer très largement, par exemple voir Amadae (2003, 2011, 2015), Voigt (2015) ou Freeman (1990), et parfois pour les rapprocher sur certains points, voir Reisman (2015), Dold (2018), Kogelmann (2018), Wagner (2017) ainsi que plusieurs articles dans l'ouvrage édité par Wagner (2018), et Peart et Levy (2020). Dernièrement Jackson et Stemplovská (2021) proposent une lecture historique systématique. Pour une comparaison théorique, voir Colin-Jaeger *et al.* (À paraître).

⁵⁶⁷ Les auteurs se citent mutuellement, (Buchanan, 1972 ; 1975a ; 1976 ; 1985, 34 ; 2001 ; 2003, 2005, 41 ; Rawls, 1971, 61, 173, 235, 236 ; 1974 ; 2001, 36, 139). Il nous semble que l'importance de Rawls a été plus prégnante pour la formation de la théorie de Buchanan qu'inversement. Les références positives à Rawls persistent dans le corpus de Buchanan jusque dans les années 2000, alors que quand Rawls mentionne Buchanan dans *La justice comme équité* en 2001 c'est pour le classer, avec Gauthier et Nozick, comme un des théoriciens contractualistes libertarien à qui il s'agit de répondre.

chap. 2). Dans cette partie, je propose une comparaison théorique entre la théorie de Rawls⁵⁶⁸, et le contractualisme de Buchanan, développé principalement et explicitement dans *Les limites de la justice* et *Reason of Rules*, pour faire ressortir les spécificités de la théorie contractualiste de ce dernier. Le choix d'une comparaison avec Rawls n'est pas uniquement le fruit d'une comparaison analytique, ou de la volonté arbitraire de l'auteur de ces lignes. Rawls et Buchanan partagent plusieurs influences et problèmes qui ont rendu leur rencontre, aussi bien théorique que physique, possible. De ce fait, les ressemblances entre les deux auteurs ne sont pas uniquement celles communes aux contractualismes (la demande de consensus sur les règles fondamentales, l'individualisme, l'ambition de pouvoir rationnellement justifier les règles de l'organisation politique perçue comme une société en vue de l'avantage de tous, etc.), qui se sont multipliés depuis les travaux de Rawls, auquel cas nous aurions pu illustrer la spécificité des positions de Buchanan aux moyens de comparaisons avec les contractualismes de David Gauthier⁵⁶⁹, de Thomas Scanlon⁵⁷⁰, de Brian Skyrms⁵⁷¹ ou encore de Hobbes, auquel l'auteur virginien se réfère abondamment. Forrester (2019) montre que Rawls, dès les années 1950, baigne dans une atmosphère intellectuelle non étrangère aux influences des néolibéraux. Tout comme Buchanan, Rawls a lu Frank Knight avec attention, notamment *The Ethics of Competition*, qu'il a abondamment annoté. Par ailleurs, l'auteure souligne les proximités avec les néolibéraux dans les années 1960. En 1964, Rawls assiste, aux côtés notamment de Buchanan, Gordon Tullock, Warren Nutter ou encore Ronald Coase à la deuxième conférence du *Committee on Non-Market Decision-Making*, qui deviendra par la suite l'organe fondateur de l'École du *Public Choice*. En 1968, Friedman, convaincu par certaines propositions de Rawls pour renouveler le libéralisme, à l'instar de Stigler ou encore de Hayek, l'invite à devenir membre de la Société du Mont-Pèlerin, ce qu'il fut jusqu'en 1971 (*Ibid.*, 109).

Les ressemblances ne sont pas uniquement superficielles (après tous Friedman aurait très bien pu se tromper en invitant Rawls), car Buchanan développe une authentique théorie contractualiste se référant explicitement à Rawls, pour répondre à la question de la

⁵⁶⁸ Néanmoins l'objectif de cette partie n'est pas de proposer une reconstruction complète de la théorie rawlsienne, qui allongerait considérablement la taille de ce chapitre. Pour quelques présentations récentes et informées, on pourra se référer à Audard (2008), Nurock (2008) ou encore Boyer (2020) en français. Pour une introduction canonique à l'œuvre de Rawls et à d'autres théories de la justice voir Kymlicka (1999). Nous nous concentrerons ici sur les parties bien connues de l'œuvre de Rawls, à savoir l'élaboration des principes de justice. Nous ferons mention des trois grands textes de Rawls, à savoir *La théorie de la justice* (1971), *Libéralisme politique* (1993) et *La justice comme équité* (2001), mais nous tirerons principalement les formulations du dernier ouvrage, qui apparaît comme étant la reformulation clarifiant le plus certains points saillants pour notre propos.

⁵⁶⁹ Par exemple, son *Morals by Agreement* (Gauthier, 1986).

⁵⁷⁰ Notamment, *What We Owe To Each Other* (Scanlon, 1998).

⁵⁷¹ Particulièrement, *Evolution of the Social Contract* (Skyrms, 1996).

détermination des règles sociales. Cette position contractualiste découle directement de la théorie positive développée plus haut. Si les interactions ne sont intelligibles qu'au sein de règles qui déterminent indirectement les conséquences du jeu social joué, alors il faut une théorie capable de déterminer quelles doivent être ces règles. De ce fait, Buchanan fait appel à la tradition vénérable du contractualisme, en se référant directement à Thomas Hobbes (Buchanan, 1975a, 64 ; 2001, 380), tradition que Rawls, bien que développant un contractualisme non-hobbesien, a très largement contribué, avec sa *Théorie de la justice*, à faire renaître de ses cendres à partir du début des années 1970. Plus largement, c'est le problème néolibéral, tel que nous l'avons explicité dans la première partie de notre travail, qui réapparaît ici : *Comment réussir à justifier les règles du jeu libérale, garantissant l'ordre concurrentiel comme principe premier, sans pour autant faire appel à point de vue qui sombrerait dans une forme d'hybris rationaliste ?*

La réponse à cette question a pour conséquence des différences majeures avec la théorie rawlsienne d'un point de vue philosophique. La théorie contractualiste de Buchanan se fonde sur une vision hobbesienne, dans laquelle les individus rationnels font apparaître l'État pour garantir les droits de propriété, et le changement de règles n'est légitime qu'à condition que la clause d'unanimité soit respectée⁵⁷². De ce fait, sa théorie politique partage le même critère que sa conception du marché : les échanges doivent être sanctionnés par l'accord volontaire des individus contractants en vue de la coopération sociale. Une fois les droits de propriétés obtenus, à partir des individus placés dans un état de nature et possédant des caractéristiques inégalitaires, le *statu quo* est donc le point de référence absolu permettant de juger des arrangements contractuels. Je montrerai que même si les théories contractualistes de Rawls et de Buchanan partagent une même ambition initiale leur conceptions se distinguent très nettement quant aux principes de leur analyse. Ces deux contractualismes représentent deux alternatives libérales à la question des règles du jeu, l'alternative de Buchanan pouvant être définie comme néolibérale. Malgré son désir d'être moins normatif, nous verrons néanmoins que la vision du monde néolibérale est reconduite dans les principes de sa philosophie politique.

Les sections 1 et 2 montrent que Rawls et Buchanan partagent formellement un problème et des idées fondamentales en commun, mais cet accord se trouve avant tout être *formel*, et non substantiel. La section 3 montre, en effet, en détaillant les positions des deux

⁵⁷² On décrit la théorie contractualiste de Buchanan comme hobbesienne du fait de l'utilisation de la théorie du choix rationnel, mais ici on voit que les deux thèses défendues ne sont pas hobbesiennes : (i) le souverain apparaît par suite d'un choix majoritaire et non unanime, chez Hobbes, (ii) les règles sociales ne sont pas justifiées auprès des individus, chez Hobbes, une fois le contrat social instituant le souverain passé.

auteurs, que Rawls et Buchanan diffèrent sur plusieurs points philosophiques fondamentaux, et principalement quant au rôle à faire jouer à la position originelle, l'État de nature ou encore la conception de la personne mobilisée, ce qui implique des divergences radicales dans leur conception de la justice, de la société, du statu quo et de la modification des règles. Les deux auteurs peuvent bien s'accorder sur certains aspects du contractualisme, le contractualisme de Buchanan est orienté vers une défense et un approfondissement de la société libérale dans laquelle le marché tient une place centrale, alors que la théorie de Rawls semble davantage compatible avec d'autres modes d'organisations sociales – lui-même en favorisant deux explicitement, la démocratie de propriétaire et le socialisme de marché. La section 4 évalue la validité des arguments de Buchanan contre Rawls, notamment trois assertions relatives au fait que sa théorie serait *plus réaliste, moins normative* et enfin *plus délibérative*.

1. Le problème commun : jeu social et règles constitutives

Buchanan et Rawls sont travaillés par un problème commun, qui descend du problème néolibéral que nous avons explicité dans la première partie de notre travail. Nous avons, en effet, montré que les néolibéraux étaient préoccupés par le problème de la détermination des règles du jeu, à savoir celui relevant de la possibilité de déterminer de bonnes règles sans pour autant se situer au-dessus du processus de décision des individus en imposant un point de vue situé, nécessairement fautif épistémologiquement et contradictoire avec la propre critique anthropologique des néolibéraux. Buchanan hérite de ce problème et tente d'y répondre dans le cadre de l'économie politique constitutionnelle. Il faut ainsi distinguer le jeu et ses règles, et donc distinguer le choix fait à l'intérieur des règles et le choix des règles. Rawls, à l'instar des néolibéraux, pense la société avec la métaphore du jeu (Forrester, 2019, 11)⁵⁷³, et la quête théorique qui le mène à la *Théorie de la justice* est celle de la recherche d'une méthode pour répondre à la question de la détermination de règles du jeu légitimes car acceptées par tous, sans pour autant se prévaloir d'un point de vue divin. En suivant Forrester, on peut même dire que Rawls a été amené à formuler ses propres problèmes dans la continuité de sa lecture des libéraux ayant constitué la Société du Mont-Pèlerin. Rawls se réfère extensivement à Frank

⁵⁷³ Je me réfère au travail de Forrester plutôt qu'aux textes originaux de Rawls, car son livre puise dans du matériel d'archives auquel je n'ai pas accès directement.

Knight, à Friedrich Hayek, et écrit spontanément à Buchanan lors de la parution de *The Calculus of Consent*.

Rawls partage donc avec Buchanan, et plus largement les néolibéraux, la compréhension de l'ordre social comme analogue à un jeu dont la difficulté est de déterminer les bonnes règles de façon légitime sans faire appel à un point de vue extérieur, un "point de vue de nulle part", pour reprendre une expression de Nagel (1986), qui donnerait une réponse à ce problème. C'est cette identité qui a pu faire apparaître Rawls, aux néolibéraux, comme une critique interne. Le rapprochement entre Rawls et les néolibéraux pourrait être contesté, car la métaphore du jeu est omniprésente dans la période de l'après-guerre, qu'il s'agisse des philosophies de Wittgenstein ou de H.L.A. Hart que Rawls a fréquenté, ou encore de l'émergence de la théorie des jeux avec *Theory of Games and Economic Behavior* de Morgenstern et Von Neumann en 1944, que Rawls connaît également. Néanmoins, comme Forrester le remarque (2019, 14), l'usage qui est fait par le philosophe d'Harvard renvoie quasi-explicitement à l'usage qui est fait du concept de règle chez Lippmann dans *The Good Society*, à savoir le célèbre usage, repris également par Rougier lors du Colloque de 1938, du code de la route (*highway rules*). Rawls et Buchanan partagent ainsi une identité problématique suffisamment forte pour que l'un et l'autre se reconnaissent comme des interlocuteurs légitimes, les deux cherchant à apporter une solution au "problème de l'ordre" (Rawls, 2001, 17). Il faut ainsi noter que c'est Rawls qui, le premier, contacte Buchanan en 1962 pour donner suite à sa lecture de *The Calculus of Consent*, et désigne l'approche de Buchanan et de Tullock comme "complémentaire" à la sienne (lettre de Rawls à Buchanan du 7 juillet 1962, dans Peart et Levy, 2020, 36-37). Jackson et Stemplovská (2021) notent ainsi que les deux auteurs se sont reconnus comme participants d'une "entreprise similaire".

Les découvertes conceptuelles mises en avant par la théorie rawlsienne acquièrent une importance particulière pour répondre au problème néolibéral, pour Buchanan. Une fois qu'on a défini l'approche de l'économie politique constitutionnelle comme fondée sur un individualisme normatif et plus largement une compréhension des interactions sociales comme un ensemble de relations complexes entre individus autonomes capables de faire des choix rationnels⁵⁷⁴, la position contractualiste apparaît nécessaire. Celle-ci est nécessaire, en effet, pour déterminer quelles sont les bonnes règles que se donneraient des individus rationnels,

⁵⁷⁴ Ces différents éléments sont bien sûr argumentés, mais reposent ultimement sur la foi pour Buchanan (1999, 395): "When all is said and done, constitutional economics, for me, must be acknowledged to rest upon a precommitment to, or a faith in if you will, man's cooperative potential."

attentifs à leur propre intérêt. Il s'agit donc d'abandonner l'idée selon laquelle les règles seraient inamovibles pour reconnaître qu'on peut modifier activement les règles du jeu. À l'instar des ordolibéraux, Buchanan assume une forme de constructivisme contre une tendance courante et critiquable selon lui, à savoir l'idée selon laquelle les règles évoluent spontanément vers un optimum (Buchanan, 1999, 372). À la différence des ordolibéraux, néanmoins, Buchanan n'octroie pas à des experts le pouvoir de choisir les règles, du fait d'un accès au royaume des essences, mais construit une théorie du processus de décision pour que les individus vivant en société choisissent théoriquement les règles auxquels ils décident de se soumettre volontairement. Les règles ne peuvent donc être légitimes que si elles sont choisies par des individus qui ont consenti à leur existence, du fait qu'étant rationnels, ils sont capables de s'imposer des contraintes. Comme chez Rawls, qui généralise et porte à son plus haut degré d'abstraction la théorie contractualiste développée par Hobbes, Rousseau et Kant (Rawls, 1971, § 3)⁵⁷⁵, le recours au contractualisme vise à répondre au problème central de la justification normative d'un ensemble de règles.

1.1 Des idées fondamentales en commun

Les similarités entre le projet rawlsien et celui de Buchanan ne se situent pas uniquement au niveau du problème considéré, mais se trouvent également dans le partage de plusieurs idées fondamentales. Comme Rawls l'indique, quatre idées fondamentales structurent son approche théorique. On retrouve ces idées dans le premier chapitre de la *Théorie de la justice* et réexplicitée par la suite dans *La justice comme équité* (Rawls, 2001, 34) : "l'idée d'une société conçue comme un système équitable de coopération, l'idée d'une société bien ordonnée, et l'idée de la structure de base d'une société. (...) et de citoyens considérés comme des personnes libres et égales." Plusieurs de ces idées se retrouvent explicitement chez Buchanan, qui prétend bien se référer aux mêmes idéaux que Rawls.

⁵⁷⁵ Ci-après je cite, pour la *Théorie de la Justice*, les paragraphes, qui permettent de situer les passages dans les éditions françaises et anglaises. Quand je cite un passage précis extensivement dans le corps du texte je me référerai à la pagination française au Seuil, pour les notes de bas de page je me réfère à l'édition anglaise sur laquelle j'ai travaillé.

1.1.1 La société comme espace de coopération, et la structure de base de la société

La société est perçue chez Rawls comme un "système équitable de coopération", ce qui signifie pour lui trois choses. D'une part la *coopération* n'est pas une coordination verticale (celle d'une autorité centrale), à savoir que la coopération est plus qu'une coordination de l'extérieur, mais une coordination par des règles que les individus choisissent (i), d'autre part l'idée de société comme système *équitable* de coopération suppose l'idée de réciprocité, c'est-à-dire que chacun suit les règles choisies et agissent conformément à ces règles reconnues (ii), enfin chaque individu a intérêt à la coopération, de façon à ce que la société comme système de coopération fonctionne comme un équilibre dans lequel chaque individu a intérêt au maintien de la coopération (iii) (Rawls, 2001, 23-24). On retrouve chez Buchanan la même idée fondamentale que la société est un système de coopération où chaque individu voit ses choix situés dans un ensemble de règles, qui permettent à chacun d'obtenir plus ensemble que s'ils étaient pris séparément. De la même façon, Buchanan part d'une présupposition normative de l'autonomie individuelle (Buchanan, 2005, chap. 3), qui est, comme chez Rawls, forgée en référence à Kant (*Ibid.*, 49)⁵⁷⁶. La réciprocité est donc également une conséquence logique de l'idée de société comme système de coopération chez Buchanan, sans quoi tout échange est impossible : "Et, presque comme un corollaire à cette présupposition d'autonomie et de responsabilité, nous supposons également que les participants aux marchés reconnaissent la réciprocité nécessaire que toute relation d'échange viable incarne" (*Ibid.*, 67)⁵⁷⁷. Sans réciprocité l'échange est impossible car le problème du passager clandestin réapparaît sans cesse. Cela signifie que pour que le marché fonctionne, certaines règles doivent être acceptées par tous et mises en place par un État qui se donne les moyens de les faire respecter, afin de créer chez les individus des dispositions morales libérales. L'existence de règles acceptées par tous constitue ainsi l'idéal

⁵⁷⁶ Nous faisons référence à une œuvre contemporaine de Buchanan, *Why I, Too, Am Not a Conservative*, car celle-ci explicite particulièrement les présupposés moraux et éthiques sur lesquels l'ordre libéral doit être construit chez Buchanan. Bien que cette œuvre appartienne à la dernière période d'activité de l'auteur virginien, et soit donc bien plus tardive que *The Calculus of Consent, Les limites de la liberté ou Reason of Rules*, elle apporte un complément philosophique nécessaire aux ouvrages précédents, notamment en réagissant aux débats entre libéraux et communautariens. Bien que cet ouvrage soit tardif et apporte un complément important au libéralisme de Buchanan, son contenu est néanmoins dans la continuité des positions des premiers néolibéraux qui soulignaient la nécessité de penser l'interconnexion des ordres éthiques, politiques et économiques.

⁵⁷⁷ L'original dit : "And, almost as a corollary to this presupposition of autonomy and responsibility, we also presume that participants in markets acknowledge the necessary reciprocity that any workable exchange relationship embodies" (Ma traduction).

d'une "société bien ordonnée", c'est-à-dire d'une société régie par la reconnaissance commune de principes de justice publics.

Les approches constitutionnelles de Rawls⁵⁷⁸ et de Buchanan s'intéressent ainsi avant tout à la structure de base de la société, à savoir les règles générales structurant la coopération sociale qui forment les institutions sociales ainsi que ce que les individus peuvent attendre de ce système de coopération. À l'instar de Rawls, Buchanan est attentif à la "structure fondamentale des droits" des individus, qui sont mis en péril, d'après lui, par l'inflation d'interventions gouvernementales menant à l'anarchie bureaucratique (Buchanan, 1975a, 186).

1.1.2 Prendre les personnes comme libres et égales : le problème du sens de la justice

Chez Rawls, les personnes contractantes sont considérées comme "libres et égales" (Rawls, 2001, 39), ce qui signifie deux choses importantes, à savoir que les individus sont capables (i) d'avoir leur propre conception du bien et de transformer celle-ci au cours de leur vie mais aussi (ii) que les individus sont doués d'un sens de la justice, à savoir que chacun est capable de comprendre, d'appliquer et d'agir en fonction des principes de justice qui structurent la coopération sociale. Pour Buchanan le pluralisme éthique des individus, ainsi que la capacité de chacun à connaître son bien, à faire évoluer ses conceptions du bien et à agir en vue de maximiser celui-ci est également une donnée importante. En revanche, le sens de la justice est plus problématique. Si les individus étaient effectivement pourvus de ce sens l'analyse positive du *Public Choice* que nous avons développé au chapitre précédent serait inutile : les individus ne joueraient pas avec les règles du jeu électoral, ne chercheraient pas à construire des coalitions, et nous pourrions faire l'hypothèse d'une forme de sens de la réciprocité partagée en société, comme le supposait encore une certaine branche du libéralisme classique.

Dans son important livre *Prisoners of Reason*, Sonja Amadae (2015, 178) distingue Rawls et Buchanan sur ce point en défendant que chez Buchanan l'individu est un *homo-strategicus* cherchant avant tout à maximiser son intérêt dans les situations de dilemme du prisonnier. De ce fait, pour sortir du dilemme un État fort et autoritaire serait nécessaire. A

⁵⁷⁸ Rawls, comme Buchanan, défend très largement l'approche constitutionnelle de la démocratie contre une approche du vote majoritaire, qui peut tendre à la suppression des droits de certains individus et, à l'instar de sa critique de l'utilitarisme, ne "prend pas sérieusement en compte la distinction entre les personnes" (Rawls, 1971, 53, trad. modifiée). Pour une défense de Rawls de la démocratie constitutionnelle voir Rawls (2001, 200).

contrario chez Rawls les individus, possédant des vertus morales, n'auraient pas besoin de voir émerger un tel pouvoir pour sortir du dilemme. Moins critique de Buchanan, Kogelmann (2018) souligne la même chose, à savoir que Buchanan ne serait pas tributaire de préconceptions anthropologiques coûteuses sur la naturalité d'un sens de la justice chez les individus. Sur ce point, il faut faire droit à une évolution dans le travail de Buchanan. En effet, Buchanan a développé, notamment dans *Why I, Too, Am Not a Conservative*, en 2005, une théorie de l'éthique libérale, considérant la réciprocité comme une des constituantes du moment constitutionnel : "Le 'moment constitutionnel' est celui des gains mutuels issus du commerce plutôt qu'un élan d'interdépendance d'utilité reconnue" (Buchanan, 2005, 44)⁵⁷⁹. Une "attitude constitutionnelle" est donc un requisit logique fondamental pour une société libérale : "Le libéralisme classique exige une foi, pour ainsi dire, que la plupart des personnes sont capables d'être, et sont prêtes à être, indépendantes dans les limites des contraintes physiques et institutionnelles" (*Ibid.*, 14)⁵⁸⁰, ce qui signifie que la disposition mentale à accepter la contrainte réciproque par des règles générales doit être posée comme un principe de l'analyse. Buchanan fait en sorte de distinguer la réciprocité de l'altruisme, pour ne pas fonder son contractualisme sur le postulat d'une bienveillance généralisée. On retrouve cela dans ses développements relatifs à l'ordre moral qui est une condition de possibilité de l'ordre économique-politique⁵⁸¹. Il reconnaît qu'il ne peut y avoir de contrat sans la reconnaissance d'une interdépendance aboutissant à la mise en place de règles limitant l'exercice de la liberté de chaque individu rationnel contractant. C'est parce qu'au niveau constitutionnel les individus peuvent donner sens à cette éthique de la réciprocité qu'ils acceptent des règles communes, alors que de purs individus stratégiques demeureraient dans un dilemme du prisonnier perpétuel. On pourrait donc croire que l'approche constitutionnelle demande une autre

⁵⁷⁹ L'original dit : "The 'constitutional moment' is one of mutual gains-from-trade rather than some upswelling of recognized utility interdependence" (Ma traduction).

⁵⁸⁰ L'original dit : "classical liberalism requires a faith, as it were, that most persons are capable of being, and are willing to be, independent within the limits of physical and institutional constraints" (Ma traduction). Sur ce point, nous pouvons discuter l'analyse d'Amadae (2015), qui définit le néolibéralisme comme le triomphe de la rationalité stratégique. En effet, cela l'amène à distinguer le libéralisme du néolibéralisme à partir de l'idée de l'absence de considérations éthiques ou politiques au profit de la pure rationalité instrumentale chez les néolibéraux. De ce fait son analyse bute sur la reconnaissance de la nécessité, par Buchanan, de tels réquisits éthiques. Elle est également amenée à considérer Hayek comme un partisan du libéralisme plutôt que du néolibéralisme, en ce qu'il ne partage pas l'anthropologie économique tirée de la théorie des jeux. Il nous semble que, dans les deux cas, son analyse rencontre une limite claire, d'une part en étant incorrecte théoriquement et, d'autre part, en étant à rebours des travaux des historiens du néolibéralisme, qui ont maintes fois soulignés le rôle fondamental de Hayek.

⁵⁸¹ Buchanan (2001, 17, 189) : "A moral order exists when participants in social institutions treat each other as moral reciprocals, but do so without any sense of shared loyalties to a group or community. Each person treats other persons with moral indifference, but at the same time respects their equal freedoms with his own." Gaus (2018b) développe cette perspective dans son article.

modélisation que l'individu rationnel faisant des choix au sein de la société post-constitutionnelle, l'individu post-constitutionnel étant le résultat des choix fait au niveau constitutionnel. Il y aurait chez Buchanan une *double anthropologie*, puisque le présupposé éthique est incompatible avec les développements de ses textes précédents. Buchanan explicite ainsi cette propriété du niveau constitutionnel, permettant de nuancer le propos d'Amadae et de Koglemann : "Violer les règles peut parfois être personnellement profitable, mais ce ne sera pas 'juste', et cela ne deviendra pas 'juste' simplement parce que l'on accepte la punition. La 'conduite juste' consistera à tenir ses promesses envers les autres joueurs, c'est-à-dire à respecter les règles convenues" (Buchanan et Brennan, 1985, 101)⁵⁸². Dans le même passage, Buchanan mentionne ensuite que cet accord relève chez les joueurs du jeu d'un "sens de la justice" partagé, relevant de cet accord consenti aux règles structurant le jeu. Néanmoins, comme le remarque Gaus (2018b), pour Buchanan la moralité est "rational all the way down", et l'éthique de la justice qui permet la coordination inter-individuelle et la prévalence d'un ordre moral *est elle-même le fruit du choix rationnel*. Nous reviendrons sur cette différence profonde entre Rawls et Buchanan dans la section suivante.

Rawls et Buchanan partagent une *prémisse normative* selon laquelle les individus sont libres et égaux et constituent les instances de légitimation des règles sociales, et une *thèse méta-éthique* selon laquelle il n'existe pas de point de vue surplombant depuis lequel évaluer la justice (Dieu ou la loi naturelle).

1.1.3 Privilégier le processus de justification des règles aux états finaux

Les deux théories s'entendent également sur une forme de *procéduralisme*⁵⁸³. Une théorie peut être dite procédurale lorsque ce qui importe est la sélection de règles *justes*, au moyen de dispositifs théoriques que nous allons analyser dans la section suivante, plutôt que d'états sociaux finaux *justes*. Nous utilisons ici "justes" dans deux sens différents. Dans la sélection des règles nous utilisons le concept de *justice procédurale*, alors que dans le deuxième cas nous

⁵⁸² L'original dit : "To violate the rules may sometimes be *personally profitable*, but it will not be 'just' and it will not become 'just' simply by virtue of one's acceptance of punishment. 'Just conduct' will consist *in keeping one's promises* to other players, that is, in abiding by agreed-on rules" (Ma traduction).

⁵⁸³ Le procéduralisme est la thèse selon laquelle on ne peut pas obtenir un résultat juste en choisissant substantiellement un résultat, mais que le juste découle du respect d'une série de règles qui fixent les procédures de la décision. Typiquement, en démocratie, on ne peut pas savoir quelle décision est a priori la plus démocratique, sans avoir suivi la procédure démocratique.

utilisons ce concept pour désigner une *justice attributive* ou *distributive*. On interprète quelques fois le principe de différence de Rawls comme un principe de justice attributive. C'est une des critiques de Nozick de la théorie de Rawls, illustrée par l'exemple de Wilt Chamberlain (Nozick, 1974, 200-208), qui prétend que Rawls défendrait une intervention locale et permanente sur les transactions individuelles de façon discrétionnaire, puisque l'inégalité de revenus émergerait spontanément des différences de talents entre individus. Le basketteur Wilt Chamberlain gagnerait, grâce à ses prouesses physiques sur le parquet, beaucoup d'argent car énormément de personnes *payeraient volontairement* pour venir le regarder jouer contre les *Celtics* de Bill Russell. D'une situation initialement équitable, et en ne prenant en compte que les transactions volontaires entre individus, nous arriverions donc à une situation inégalitaire et Rawls serait amené ou bien (i) à ne pas reconnaître la liberté des individus à contracter librement, ce qui serait en contradiction avec son éthique libérale ou (ii) à accorder la possibilité d'intervenir en permanence dans le jeu socio-économique, ce qui romprait l'idée de procéduralisme mais montrerait en réalité que Rawls cherche à réaliser des états finaux égalitaires. Pour autant Rawls défend que cette analyse est faussée :

La structure de base est organisée de manière à ce que lorsque tout le monde suit les règles de coopération publiquement reconnues et honore les revendications que les règles spécifient, *les distributions de biens qui en résultent sont acceptables comme justes* (ou au moins comme non injustes) quelles que soient celles qui finiront par advenir

(Rawls, 2001, 79, je souligne).

L'accent est mis sur le fait que la justice est une caractéristique des règles d'organisation de la structure de base de la société et pas des états finaux qui en résultent. Si les règles sont générales et publiquement connues, l'intervention dans le jeu économique n'est pas discrétionnaire mais attendue par tous, ce qui satisfait à la nécessité d'avoir des règles générales permettant la formation de croyances et d'anticipations stables. Rawls compare cela aux règles qu'on peut trouver dans les sports américains avec la *draft*, c'est-à-dire le fait que les moins bonnes équipes récupèrent les meilleurs joueurs potentiels. C'est de cette façon que Cleveland a pu récupérer LeBron James en 2003, ou Chicago Michael Jordan en 1984. Dans tous les cas, pour Rawls il ne peut y avoir de *critères de distribution justes* qui ne découlent pas d'une conception de la justice principielle.

Buchanan partage cette conception de la justice comme n'étant pertinente que pour les règles principielles : "la justice prend son sens à partir des règles de l'ordre social au sein duquel les notions de justice doivent être appliquées. Faire appel à des considérations de justice, c'est faire appel à des règles pertinentes. Parler de justice sans se référer à ces règles n'a pas de sens" (Buchanan et Brennan, 1985, 97)⁵⁸⁴. Les règles constituent le fondement de la justice, elles sont logiquement premières sur toute conception distributive du juste. La "juste conduite" décrit un comportement en accord avec les règles qui régissent les relations sociales au sein d'une société "bien ordonnée", c'est-à-dire organisée par des règles justes. C'est d'ailleurs l'aspect de la *Théorie de la justice* que retient principalement Buchanan dans *Les limites de la justice*, à savoir de "relire la justice comme résultat du *processus* contractualiste lui-même" (Buchanan, 1975a, 201, italiques dans l'original).

À ce stade, les proximités entre Rawls et Buchanan du point de vue méthodologique sont frappantes. Les deux auteurs partagent un problème, celui de la légitimation des règles structurant la société, ainsi que des thèses principielles, sur la finalité de la vie sociale, l'individualisme normatif ou encore le procéduralisme. Néanmoins, les différents rapprochements sont avant tout *formels* et non *substantiels*, c'est-à-dire que le philosophe d'Harvard et l'économiste de George Mason ne s'accordent pas sur le contenu des règles, ni même sur ce que sont les personnes contractantes, ou encore sur les limites informationnelles pesant sur ces individus. Pour rentrer plus avant dans ce qui distingue les deux auteurs il nous faut montrer que le *paramétrage* du procédé de justification des règles diffère grandement, aboutissant de ce fait à des positions substantielles opposées.

En s'intéressant à cela, nous sommes amenés à nous interroger sur notre problème néolibéral du gouvernement par les règles. Ce problème, en tant que tel, semble englober, dans une certaine mesure l'approche de Rawls lui-même. Cette particularité n'est pas étonnante en soi, car Rawls, comme je l'ai rappelé, lit et s'inspire des néolibéraux dans les années 1950 et 1960, et participe aux mêmes institutions. Cependant cela est insuffisant pour faire l'hypothèse d'un Rawls néolibéral, puisque l'auteur de la *Théorie de la justice* ne partage pas les hypothèses anthropologiques des néolibéraux, notamment les limitations fortes sur les capacités cognitives des individus en situation de complexité, que Buchanan réactive très largement, à la suite de ce que nous avons vu dans notre chap. III. Si Rawls partage bien une partie du problème

⁵⁸⁴ L'original dit : "justice takes its meaning from the rules of the social order within which notions of justice are to be applied. To appeal to considerations of justice is to appeal to relevant rules. Talk of justice without reference to those rules is meaningless" (Ma traduction).

néolibéral, ce pour quoi il peut être réceptionné, lu, commenté, le problème néolibéral passant par une tension entre intervention d'un côté et impossibilité de se situer depuis un point de vue normatif impersonnel, n'apparaît pas chez lui. De manière particulièrement intéressante, c'est d'ailleurs ce que Buchanan lui reproche lorsqu'il indique que les réponses de Rawls sont *trop normatives*. Je développerai plus particulièrement ce point dans la section 4.

2. Deux contractualismes en tension

Pour développer une réponse au problème de la détermination des bonnes règles de justice structurant la société, Rawls et Buchanan font appel à un procédé commun qu'est celui de la position originelle. En effet, la difficulté commune aux deux théories est la suivante : comment "spécifier un point de vue à partir duquel un accord équitable entre personnes libres et égales peut être conclu" ? (Rawls 2001, 35). Buchanan défend à plusieurs reprises que sa position possédait des "affinités" avec celle de Rawls (Buchanan et Brennan, 1985, 30) sur ce point, et le concept de "voile d'incertitude" qu'on retrouve sous sa plume ne peut qu'entrer en résonance avec le voile d'ignorance rawlsien⁵⁸⁵. Rawls, dans la correspondance avec Buchanan, ira par ailleurs jusqu'à reconnaître que les positions de Buchanan respectent l'esprit de la position originelle (lettre de Rawls à Buchanan le 27 août 1978, Peart et Levy, 2008a, chap. XIX). Dans cette partie, il nous faudra présenter les éléments importants et utiles de la théorie rawlsienne, pour mener à bien notre comparaison et notre discussion, avant de montrer comment les conceptions de Buchanan de choix constitutionnels et de voile d'incertitude se distinguent de la théorie rawlsienne, du fait d'un paramétrage de la position originelle très différent. Pour ce faire, après avoir présenté les positions de Rawls de façon synthétique, je montre que le contractualisme de Buchanan se distingue radicalement par (i) une conception distincte de la personne et de la rationalité, (ii) des contraintes informationnelles moins importantes, et (iii) une défense du *statu quo*. Les concepts fondamentaux du contractualisme, tels que ceux de consentement et d'accord volontaire, qui déterminent si une règle est légitime ou non, acquièrent ainsi un sens spécifique.

⁵⁸⁵ Le concept d'incertitude apparaît nommément dans Buchanan et Brennan (1985), mais l'idée se trouve déjà dans Buchanan et Tullock (1962). Il est possible que Rawls développe sa propre théorie du voile d'ignorance (Rawls, 1971) à partir des travaux de Buchanan et Tullock, tout autant que ceux d'Harsanyi (1955).

2.1 Position originelle, voile d'ignorance et équilibre réfléchi

Bien que la position rawlsienne ait été commentée par un nombre important de personnes⁵⁸⁶, il est utile dans l'économie de notre propos de rappeler les principaux attributs de la position rawlsienne car c'est avant tout sur ces éléments fondamentaux de la théorie rawlsienne que les différences apparaîtront⁵⁸⁷. Par ailleurs, la correspondance entre Rawls et Buchanan montre que les échanges entre ces deux auteurs ont principalement fait référence à ces concepts. Dans les deux premières sections, je présente l'essentiel de la théorie rawlsienne, ou du moins ce que Buchanan a à l'esprit quand il discute des positions de Rawls, c'est-à-dire principalement le contenu des premières parties de la *Théorie de la Justice*.

Chez Rawls la position originelle a pour objectif de déterminer quelle conception de la justice des individus rationnels choisiraient, dans un *choix hypothétique*, c'est-à-dire sans prétention au réalisme historique, entre différents principes plausibles. Néanmoins, tout choix rationnel, particulièrement une décision collective, n'aboutit pas à un résultat déterminé sans que les conditions du choix, les préférences des agents et leurs relations, ne soient explicitées. C'est pourquoi Rawls propose une construction analytique spécifiant les contraintes à prendre en compte sur les individus dans la position originelle, à savoir le voile d'ignorance (Rawls, 1971, § 3) qui limite drastiquement *l'information* disponible aux individus rationnels dans la position originelle. Les contraintes informationnelles qui restreignent la liberté des individus ne peuvent pas elles-mêmes être l'objet d'un choix purement rationnel dans le sens de la théorie de la décision, sans quoi il y aurait une circularité logique apparente. Rawls argumente sur le fait que les différentes contraintes imposées par le voile d'ignorance doivent de ce fait être *raisonnables*. La raisonnable se distingue nettement de la rationalité au sens économique, en ce qu'un comportement peut être dit rationnel tout en étant déraisonnable. Voler la trottinette d'un enfant dans la rue pour ne pas rater mon train peut être un comportement rationnel, en ce que je maximise mon intérêt, qui consiste à ne pas rater mon train pour arriver à l'heure à mon rendez-vous, ainsi qu'à minimiser l'effort de la course sur le trajet, mais il n'est pas considéré comme raisonnable, car chacun pourrait reconnaître ici que je commets un acte répréhensible

⁵⁸⁶ On peut mentionner, entre autres et sans volonté d'exhaustivité, Nozick (1974), Dworkin (1977), Hayek (1976), Sandel (1982), Gauthier (1986), Scanlon (1998), Kymlicka (1999) ou encore Sen (2009) parmi les grands noms de la philosophie politique de la deuxième moitié du XXème siècle. Je laisse de côté par ailleurs l'écrasante littérature secondaire sur Rawls, qui pourrait noircir des centaines de pages de bibliographie.

⁵⁸⁷ Bien que la théorie contractualiste de Buchanan se développe à partir de sa logique propre, en partant de *The Calculus of Consent*. Il est certain, cependant, que l'entreprise contractualiste subséquente de Buchanan a beaucoup repris aux idées rawlsiennes.

moralement. Rawls (1993, 48sq) distingue plus particulièrement la rationalité de la raisonnabilité, en montrant que le second concept est irréductible au premier. La rationalité pure ne peut pas permettre de résoudre les dilemmes résultant de la pure rationalité instrumentale, tel que le dilemme du prisonnier, alors que la raisonnabilité permet d'introduire la réciprocité à même de rendre possible une sortie du dilemme.

Qu'est-il donc raisonnable d'imposer comme contraintes informationnelles au choix rationnel des individus dans la position originelle qui est, de façon rénovée, la position du contrat originel, tel qu'on peut le retrouver dans la tradition contractualiste chez Hobbes, Rousseau ou Locke⁵⁸⁸? Il découle des prémisses de la position de Rawls, selon laquelle il n'y a pas de point de vue surplombant possible, que l'accord initial doit être conclu dans des conditions *d'égalité des personnes* (car ce sont des personnes morales possédant un sens de la justice et une conception du bien), ce qui signifie qu'aucun individu ne peut, dans cette situation, forcer, tromper ou menacer un autre individu. La définition de la *coercition* chez Rawls est extensive, c'est-à-dire qu'elle englobe l'idée d'inégalité de pouvoir dans la négociation. Cela suppose donc que les individus ignorent, dans la position originelle, les déterminations locales qui les constituent en tant qu'individus empiriques, à savoir leur place dans la société (i), leurs doctrines morales respectives et donc leur conception du bien (ii), leur race, groupe ethnique ou encore genre (iii), ou encore les dons innés variés dont ils peuvent jouir (iv). En limitant l'accès à ces informations on permet donc que les individus rationnels fassent un choix sans pour autant être influencés dans leur décision par les contingences sociales et naturelles (Rawls, 1971, § 3). La procédure est donc liée à un certain usage du déficit informationnel, dans lequel le fait de se rendre aveugle produit de la justice – ce qui était la définition de la justice chez Hayek également dans *La Route de la servitude*. En quoi ces requisits sont-ils raisonnables ? Si quelqu'un connaît sa position sociale élevée et sa santé *a priori* il pourra, rationnellement, défendre la nécessité d'une limitation sur les taxes imposées aux individus pour les dépenses de sécurité sociale ; symétriquement si quelqu'un se sait pauvre il pourra demander que les règles nécessitent des redistribution massive et systématiques vers les plus désavantagés. On tomberait, sans ces restrictions, dans une situation de coopération négative où chacun chercherait à obtenir des avantages individuels dans la poursuite rationnelle de ses propres fins, et ce *même au sein du choix constitutionnel*. Les limites informationnelles imposées par le voile d'ignorance produisent donc une neutralisation des intérêts particuliers.

⁵⁸⁸ Bien que Rawls se réfère bien plus positivement à Rousseau et Locke qu'à Hobbes comme théoriciens du contrat. J'insiste par la suite sur la distinction entre théorie hobbesienne et non-hobbesienne du contrat.

Ce faisant, Rawls ne fait appel qu'à nos convictions bien pesées sur l'égalité des personnes ou encore certains de nos jugements moraux faisant consensus, par exemple que l'intolérance religieuse ou la discrimination raciale sont de mauvaises choses. La position originelle est donc construite, l'approche constructiviste d'un point de vue politique étant revendiquée (Rawls, 1993, 89sq), à partir de certains jugements qui constituent la base raisonnable à partir de laquelle proposer des contraintes pour le choix constitutionnel qu'est le choix fait par les citoyens dans la position originelle derrière un voile d'ignorance. Ces contraintes, ainsi composées, sont perçues comme "relativement faibles" par Rawls (1971, § 22). La position originelle et nos jugements bien pesés fonctionnent dans l'économie d'un *équilibre réfléchi* (*Ibid.*, § 3) qui est proprement anti-fondationaliste, en ce que nos convictions politiques évoluent par une mise en cohérence de nos principes et de nos convictions bien pesées. Comme le notent Ansperger et Van Parijs (2000) la méthode de l'équilibre réfléchi n'est pas autre chose que le raisonnement de la philosophie morale, puisqu'il s'agit de mettre en cohérence nos doctrines avec des intuitions morales, qui sont testées par des expériences de pensée ou empiriques.

Dans ce cadre, pour que les principes de justice reçoivent notre assentiment il faut que la position originelle légitimant le choix de ces principes ne soit pas tributaire des "avantages historiques contingents et des influences accidentelles du passé" qui peuvent "affecter un accord sur les principes qui sont destinés à régir la structure de base pour le présent et pour le futur" (Rawls, 2001, 36) sans quoi lesdits principes courent le risque de sombrer dans l'idéologie, à savoir la simple défense des points de vue déjà socialement dominants. Le voile d'ignorance permet donc à la position originelle d'accéder à un point de vue sur l'élaboration des règles qui fixe des contraintes acceptables pour justifier celle-ci.

Un problème d'importance apparaît néanmoins, commun avec l'ensemble des théories du contrat, à savoir que le choix dans la position originelle est un *choix hypothétique* selon Rawls, à savoir que la position originelle *n'est pas une position historique* et qu'aucun individu ne s'est trouvé dans cette situation avec des contraintes informationnelles aussi importantes. Néanmoins, Rawls argumente sur le fait que cette position est accessible à tous par une expérience de pensée, et que ces principes peuvent bien être ceux que nous acceptons de fait (Rawls, 1971, § 3). Si cela n'est cependant pas le cas, le principe de la position originelle peut fournir l'argumentation philosophique suffisante pour nous convaincre de la validité des principes de justice qui ressortent de cette élaboration théorique. En effet, si nous acceptons les prémisses raisonnables alors nous devons accepter, sur le mode de la déduction, le choix des

principes issus du choix en position originelle. La position originelle de Rawls ne vise pas à être *causalement contraignante* sur des *individus réels* à partir d'une fiction, contrairement à ce qu'énonce Dworkin sur ce sujet (Dworkin, 1977, 157). Le choix hypothétique ne suppose pas le *consentement réel*, car un contrat hypothétique *n'est pas réellement un contrat*, mais constitue un "procédé de représentation" (Rawls, 2001, 37-38) de ce que sont pour nous les conditions de la coopération sociale, et ce que sont les principes sur lesquels les citoyens peuvent argumenter pour défendre certains principes et en refuser d'autres. En somme, la position originelle et le voile d'ignorance fonctionnent comme des moyens d'exposer les conditions raisonnables du choix des règles de la coopération sociale, mais ne cherche pas à contraindre les individus réels selon la raison d'après laquelle ils auraient consentis, dans une *situation fictive*, à des principes spécifiques. Pour le dire autrement, la position originelle fournit *une instance de justification normative* à partir de principes raisonnables, mais *en aucun cas une justification d'une contrainte ex post* à partir d'un consentement hypothétique *ex ante*⁵⁸⁹.

2.2 Les principes de justice

Quels seraient, selon Rawls, les principes choisis par des individus rationnels sous condition de voile d'ignorance. Il faut noter ici que la position originelle n'est pas une position d'élaboration *per se*, mais une position de choix entre différents principes, notamment l'utilitarisme classique, l'utilitarisme de la moyenne, le perfectionnisme et même, plus tard, les principes libertariens défendus par Nozick⁵⁹⁰.

Plusieurs formulations des principes apparaissent dans l'œuvre de Rawls et nous en donnons ici deux, qui correspondent à la première et la dernière formulation des principes par Rawls. La première, car il s'agit de celle que Buchanan a à l'esprit, la dernière car Rawls lui-même revient sur l'ordre des principes :

⁵⁸⁹ Ou, pour reprendre les termes de Rawls: "We need a conception that enables us to envision our objective from afar: the intuitive notion of the original position is to do this for us" (Rawls, 1971, 19). Cela signifie que la position originelle nous offre un point de vue public à partir duquel discuter des règles de la structure de base de la société et fonctionne comme un procédé d'exposition. On pourrait s'interroger sur l'hybris qui consiste à croire qu'une réflexion philosophique pourrait contraindre qui que ce soit.

⁵⁹⁰ Dans les lignes qui suivent nous ne discuterons que de l'utilitarisme, qui est la théorie concurrente la plus importante.

Premier principe : Chaque personne doit avoir un droit égal au système total le plus étendu de libertés de base égales pour tous, compatible avec un même système pour tous.

Second principe : Les inégalités économiques et sociales doivent être telles qu'elles soient : (a) au plus grand bénéfice des plus désavantagés, dans la limite d'un juste principe d'épargne et (b) attachées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, conformément au principe de la juste égalité des chances.

(Rawls, 1971, 341)

Et :

- (a) Chaque personne a une même prétention indéfectible à un système pleinement adéquat de libertés de bases égales, qui soit compatible avec le même système de libertés pour tous ; et
- (b) Les inégalités économiques et sociales doivent remplir deux conditions : elles doivent d'abord être attachées à des fonctions et des positions ouvertes à tous dans des conditions d'égalité équitable des chances ; ensuite, elles doivent procurer le plus grand bénéfice aux membres les plus défavorisés de la société (le principe de différence).

(Rawls, 2001, 69-70).

Le premier principe : égales libertés pour tous

Le premier principe est similaire dans les deux formulations⁵⁹¹, il stipule que chaque individu est égal en droit et que les libertés doivent être garanties pour tous, et ceci jusqu'à un état maximum où il est impossible d'augmenter la liberté d'un individu sans annuler la liberté d'un autre. On cherche à maximiser la liberté, en garantissant aux individus l'absence de soumission à la volonté d'autres individus poursuivant leurs fins. Le premier principe vise à maximiser l'ensemble des libertés compossibles, en ce que les libertés ne sont pas perçues comme des absolus mais comme relatives. La liberté de circulation n'appartient pas en propre à chaque individu, mais doit être limitée si elle empiète sur les libertés d'autres individus. Ma liberté de circulation ne justifie pas que j'entre chez quelqu'un d'autre en et me balade dans sa maison en pleine nuit.

⁵⁹¹ Rawls (2001, 70) indique une différence significative néanmoins, à savoir que le terme de liberté est toujours mis au pluriel, ce qui indique qu'il n'y a pas de liberté dans l'absolu mais des libertés qu'il s'agit de garantir, telles que la liberté de circulation, d'expression, liberté d'association, de participation à la vie politique ou encore la liberté qui consiste dans les droits de chacun à son intégrité morale et physique.

Dans un cadre strictement utilitariste que Rawls appelle l'utilitarisme classique⁵⁹² on pourrait défendre qu'il soit rationnel de choisir un autre principe que le premier principe, et qui justifie que certaines libertés puissent être distribuées inégalement, pourvu que le total d'utilité soit supérieur au monde où les libertés sont équitablement réparties. Si dans un monde M_1 nous avons deux individus A et B , qui appartiennent à I , l'ensemble des individus dans tous les mondes possibles. A et B doivent se partager 4 unités de libertés, et que A se voit donné $3L$, à savoir trois unités de liberté, et B $1L$, à savoir une unité de liberté, cette situation peut être acceptable pour l'utilitariste à partir du moment où :

$$\exists M_1, M_2 \text{ et } A \text{ et } B \in I, M_1 > M_2 \text{ si } M_1\{U(A3L) \wedge U(B1L)\} > M_2\{U(A2L) \wedge U(B2L)\},$$

Dans ce cas, l'utilité cumulée du M_1 avec une répartition inégale est supérieure à l'utilité cumulée du monde M_2 , avec une répartition strictement égale. Cela peut arriver dans un cas hypothétique où les individus A et B représentent des groupes d'individus (I), et où les A sont beaucoup plus nombreux que les B et peuvent donc choisir de sacrifier des individus dans le contrat distribuant les libertés pour tous, mais aussi si les individus A et B ont des préférences différentes, par exemple si A tire beaucoup de plaisir à extorquer de l'argent aux autres. Pour satisfaire ces préférences, il faudra à A plus de liberté, puisque, à partir d'une unité, le gain marginal de liberté de A excède largement celui de B . L'utilitariste est, de ce fait, contraint à accorder une plus grande liberté à A pour maximiser l'utilité totale du groupe $A \wedge B$.

Ce raisonnement est impossible dans le cadre rawlsien, car les individus ne connaissent a priori pas leur position dans la société au moment de choisir les principes de justice. Chaque individu, ne sachant pas s'il fait partie d'un groupe dominant, ne pourra proposer les répartitions vues ci-dessus. Néanmoins, il pourrait, si on applique la règle de décision en situation d'incertitude, choisir de maximiser sa *liberté espérée*, c'est-à-dire la quantité de liberté moyenne la plus élevée entre différents mondes possibles correspondant à plusieurs états de la distribution des libertés. Cette formulation est plus proche de ce qu'on appelle un *utilitarisme de la moyenne*, qui cherche à maximiser la moyenne d'utilité dans une société plutôt que le total⁵⁹³. Cela peut entraîner un choix pour une distribution inégale des libertés à nouveau, puisque les individus peuvent avoir à l'esprit, dans la position originelle, des informations

⁵⁹² À savoir l'utilitarisme de Bentham, plus systématiquement développé par Sidgwick dans *The Methods of Ethics* (1874).

⁵⁹³ On retrouve une formulation de cet utilitarisme chez Harsanyi (1955). Harsanyi (1977) est néanmoins conduit à éliminer a priori certains types de préférences, les préférences antisociales, de l'ensemble de préférence pertinent. Cela conduit en effet à ne pas tomber dans les conséquences inacceptables auxquelles conduisent l'utilitarisme. Néanmoins, il est difficile de justifier, *depuis un point de vue utilitariste*, l'éviction de telles préférences.

relatives à l'état général de la société dans laquelle ils vivront et ainsi faire des hypothèses sur la probabilité qu'ils appartiennent à une certaine classe de population. Imaginons les deux loteries suivantes :

Loterie 1 : A = 100 ; B = 80 ; C = 1

Loterie 2 : A = 60 ; B = 60 ; C = 60

A, B et C sont, dans les deux loteries, des individus, qui se voient alloués une quantité de liberté. Dans la loterie 1 A possède donc énormément de libertés et C presque aucune. Cela correspond à la situation d'un dictateur (A), son meilleur ami (B) et leur esclave (C). Dans la loterie 2, chaque individu possède des libertés égales. Cela correspond à la situation du premier principe de Rawls. Je ne peux pas, dans ce dernier cas, donner plus à A sans réduire la liberté de C, car donner plus à A c'est par exemple lui permettre de ne pas respecter le code de la route, ce qui conduit à une perte de sécurité pour C, qui a le droit à la préservation de sa vie. En comparant ces deux loteries, l'utilitariste qui chercherait à maximiser sa liberté espérée choisirait la loterie 1, car la somme totale des libertés moyennes y est plus élevée, à savoir 60.33 contre 60 pour la loterie 2.

On a souvent considéré⁵⁹⁴ que cela provenait du fait que Rawls supposait une *aversion au risque* importante chez les individus, à savoir que la peur de tomber sur la pire des situations possibles fait adopter aux individus une attitude conservatrice. Cette aversion au risque est, dans l'exemple de nos loteries, raisonnable, car peu de personnes accepteraient de prendre une chance sur trois d'être l'esclave dans la loterie 1. Mais il existe certainement des arbitrages entre égalité et maximisation de la moyenne lorsque la probabilité d'être dans la pire des situations est faible. Si au lieu d'avoir trois individus dans notre loterie nous en avons 10 000 et que seuls 50 étaient esclaves, et donc que nous passions d'une proportion de 1/3 à une proportion de 1/200, il est probable que plusieurs individus choisiraient une distribution inégalitaire, pourvu qu'ils aient des niveaux d'aversion au risque modéré⁵⁹⁵. Plus encore, dans certains cas, le fait

⁵⁹⁴ Harsanyi fait par exemple cette critique à Rawls (Harsanyi, 1955). Mais cette critique est très répandue chez les économistes, on la retrouve cette critique chez Posner par exemple (1973).

⁵⁹⁵ Les travaux de Kahneman et Tverski (1979) – voir aussi Kahneman (2003) – et par la suite de la psychologie et de l'économie comportementale, ont montré que l'aversion au risque était un comportement normal au sens fréquentiel, entraînant la plupart des individus à transgresser les principes du choix rationnel. Mais (i) il faut noter

de ne pas choisir des situations inégalitaires serait, en accord avec les principes de la théorie de la décision, absolument *irrationnel*, puisque cela conduirait à ne pas maximiser l'utilité espérée du choix. Même en prenant en compte une aversion au risque qu'on peut intégrer dans les préférences des individus, cette aversion peut dans certains cas être bien trop importante, amenant à privilégier des situations où l'utilité moyenne est bien plus importante dans une loterie inégalitaire que dans une loterie égalitaire. On aurait donc le droit de sacrifier la liberté de certains pour promouvoir celle de tous. Cela constitue une grave faute pour Rawls, qui considère, dans une formule fameuse, que l'utilitarisme ne "prend pas au sérieux la distinction entre les personnes" (Rawls, 1971, 24).

Rawls considère que son choix de libertés égales pour tous ne découle pas d'une forme excessive d'aversion au risque. Dans la *Justice comme équité*, Rawls revient, en effet, sur cette question et sur le type de choix particulier qu'est celui de la position originelle. Les représentants de la position originelle doivent "en tant que responsables du bien déterminé et complet (mais inconnu) des citoyens, délibérer de cette façon, compte tenu de l'importance d'établir une conception de la justice qui garantisse les droits et libertés de base", c'est donc "la nature fondamentale des intérêts que les partenaires doivent protéger" qui justifie le choix du premier principe (Rawls, 2001, 151). Les individus dans la position originelle ne sont pas en train d'établir les règles d'un jeu comme le poker avec des résultats qui peuvent varier, et donc des gagnants et des perdants, mais de déterminer les droits fondamentaux des individus à pouvoir jouer le jeu. La nature fondamentale de cet aspect garanti qu'il est rationnel, pour tous les individus, de s'assurer que chacun *puisse jouer au jeu* proposé car aucun individu ne pourrait accepter d'exploiter d'autres individus. Rawls a confiance dans le fait que dans cette situation chacun comprendrait *raisonnablement* qu'une telle distribution inégale des libertés de base entraînerait non pas un jeu social et économique ordonné, mais surtout *l'absence de jeu* pour bien des individus. Si la société est un système de coopération entre individus, alors le jeu doit être à l'avantage de tous, et non d'une partie. Comme cette conception principielle est au cœur de la position originelle les représentants au sein de la position originelle ne peuvent pas prendre rationnellement la décision d'une répartition inégalitaire des libertés⁵⁹⁶.

que dans la position originelle les individus rawlsiens ne sont pas censés avoir d'information sur leur propre psychologie, et donc sur leur aversion au risque et (ii) les niveaux d'aversion supposés par les principes rawlsiens sont supérieurs à ce qu'on pourrait observer normalement dans les tests empiriques.

⁵⁹⁶ On peut formuler un argument similaire sur le principe de différence, qui conduit les agents en position originelle à garantir que la position la moins favorisée soit acceptable par les individus qui choisissent des principes de justice. Cela ne conduit cependant pas à une distribution absolument égale, comme pour les libertés,

Le deuxième principe : égalité et différence

Contrairement au premier principe, la formulation du deuxième principe a évolué au cours du temps, et le lecteur remarquera que, dans les deux passages que nous citons, l'ordre des deux propositions (a) et (b) a été modifié. Dans la première version, telle que dans la *Théorie de la justice, le principe de différence*, à savoir le principe selon lequel les inégalités sociales et économiques doivent avantager les plus défavorisés est premier, alors que dans la reformulation de *La justice comme équité*, il est second vis-à-vis du principe d'égalité des chances, c'est-à-dire le principe selon lequel les positions sociales doivent être accessibles à tous. Cette modification a logiquement une importance car les principes sont ordonnés par Rawls lexicalement, c'est-à-dire un ordre de priorité selon lequel un principe ne peut être mis en œuvre que si les précédents ont été satisfaits (Rawls, 1971, § 8). Dans ce cadre, le premier principe a priorité logique absolue sur le second. Il est donc logiquement interdit de sacrifier les libertés individuelles pour promouvoir l'égalité, en cela les principes rawlsiens sont hiérarchisés de façon à garantir une base libérale. Néanmoins, selon Rawls (2001, 69), les corrections du second principe sont uniquement "stylistiques"⁵⁹⁷.

La partie du second principe consacrée à l'égalité des chances peut de prime abord être interprétée comme une conséquence logique du premier principe. Si les individus ont des libertés égales, alors les positions sociales doivent être accessibles à tous également, sans quoi une restriction de position liée au statut d'un individu (par exemple en raison de son genre, sa race, sa classe sociale ou d'autres conséquences du hasard) implique une perte de liberté d'une classe d'individus. Pour autant, l'expression "fair equality of opportunity" (l'égalité équitable des chances, dans la seconde formulation) n'est pas nécessairement transparente. En effet, cette formulation contraste avec l'égalité formelle des chances. Si on suppose qu'il y a une loterie naturelle des dons et de la capacité à les exploiter⁵⁹⁸ il faut que celles et ceux qui ont *des dons*

car Rawls considère bien que l'ordre social produit de la différenciation et que les inégalités peuvent avoir un effet incitatif pour faire en sorte que les individus les plus doués utilisent leurs talents au service de la communauté. Cette argumentation est discutée par Cohen (2008) qui considère que les plus talentueux exercent ainsi pour Rawls un chantage sur le reste de la communauté politique. Sur une confrontation de Rawls et de Cohen sur ce point voir Moon (2015). Sur le fait que les mêmes arguments peuvent être formulés contre le principe de différence et le principe d'égalité de liberté, voir Buchanan (2003).

⁵⁹⁷ Je ne rentre pas ici dans la discussion critique quant au fait de savoir si cette inversion provoque des modifications substantielles.

⁵⁹⁸ Cette supposition est en soi coûteuse car elle revient à accepter (i) une forme d'inégalité naturelle entre individus (ii) qu'il serait possible, une fois en société, de séparer ce qui relève des "dons innés" et de ce qui est dû au contexte social et enfin (iii) que le concept de "don" peut avoir un sens en dehors d'un contexte social qui le met en valeur.

égaux aient *une chance égale* d'accès aux mêmes postes et fonctions. Il est aisé d'imaginer, dans nos sociétés, qu'un individu né dans une classe sociale aisée a bien plus de chances de devenir chef d'entreprise qu'un autre individu, à talent égal, né dans une classe sociale moins favorisée. Le principe d'égalité équitable (*fair equality*) des chances suppose donc qu'il faut très largement structurer l'environnement social de façon que le marché libre ne produise pas de "concentrations excessives de propriété et de richesse, en particulier celles qui conduisent selon toute vraisemblance à la domination politique" et ainsi permettre à tous une éducation égale (Rawls, 2001, 71). Je souligne ce point car ce principe a pour implication directe qu'il y a une opposition, que refusent les néolibéraux, entre marché et égalité, qu'il est possible de réaliser l'égalité des chances en intervenant directement sur le marché et en en restreignant la portée. Chez Buchanan, à l'inverse, le marché est le lieu de réalisation des individus : le marché c'est ce que font les individus. De toute évidence, la formulation ainsi comprise est extrêmement exigeante puisqu'elle suppose *de neutraliser les effets de la chance* autant que possible, c'est-à-dire de défendre *l'égalitarisme de la chance*⁵⁹⁹. Comme les individus dans la position originelle ne connaissent pas leurs positions sociales au moment du choix des principes, ils sont amenés à choisir rationnellement un principe qui minimise la possibilité pour eux-mêmes d'être victime de la malchance (se retrouver dans une catégorie de population défavorisée) et ainsi avoir *moins d'opportunités réelles*. Si le principe de différence a été l'objet d'une attention particulière, il faut bien noter que ce principe, impliquant une *égalité réelle en termes d'opportunités* entre individus, constitue un principe potentiellement révolutionnaire vis-à-vis des structures sociales historiques. Rawls propose ici une véritable *égalisation des chances*, que ni Hayek, ni Buchanan, ne peuvent accepter, et ce refus serait motivé par des arguments épistémiques forts, relatifs à l'impossibilité de déterminer objectivement les probabilités qu'un individu accède ou non à un poste, ou encore à l'impossibilité de savoir exactement le type d'intervention à opérer pour réaliser cette égalisation de manière satisfaisante. Si les néolibéraux peuvent être pour une égalité des chances – Lippmann parlait bien d'une égalité sur la ligne de départ –, cette défense ne va jamais jusqu'à l'égalisation que propose Rawls avec ce second principe. Nous avons déjà rencontré cela en discutant de la justification normative du libéralisme chez Lippmann au chap. V.

Trancher ces trois points demanderait à la fois des développements conceptuels considérables mais aussi des travaux empiriques nombreux. Néanmoins il me semble ici que Rawls fait une concession à ces interlocuteurs en montrant que même en acceptant ces trois prémisses on peut aboutir à la même conclusion, et qu'il n'est pas réellement intéressé quant à la validité respective de ces trois propositions.

⁵⁹⁹ Sur cette question du hasard et des théories égalitaristes libérales, voir Spitz (2008). Voir également Anderson (2010) pour les débats qui ont émergé au sein des positions égalitaristes à partir de cette première formulation.

Le principe de différence est celui qui a fait couler le plus d'encre⁶⁰⁰, et il est discuté par Buchanan directement (Buchanan, 1976). Le principe stipule que les inégalités ne sont acceptables que si elles profitent avant tout aux plus défavorisés. Ce principe a l'avantage d'éviter deux écueils importants : l'écueil de l'égalitarisme à tout prix, car il faut inciter les talentueux à utiliser leurs talents au bénéfice de tous (sans quoi la loterie A (10 ; 10 ; 10) serait favorisé à la loterie B (50 ; 30; 15)); et l'écueil de la maximisation de la moyenne, qu'importe la distribution (où la loterie A(98; 1; 1) serait favorisée à la loterie B (32; 32; 32)). Chacun accepterait qu'il existe des inégalités sociales, s'il peut lui aussi profiter de ces inégalités, à savoir si les plus fortunés, dans la pratique de leur activité, avantagent aussi les plus défavorisés.

Les plus défavorisés sont identifiés, par Rawls, à partir de ce qu'il appelle les *biens sociaux primaires* (Rawls, 1971, § 11) qui comportent les libertés de base (aussi bien celles nécessaire au développement de la personne morale que celles nécessaires à l'activité économique), les revenus et la richesse, qui sont des moyens pour réaliser une vaste gamme de fins et les "bases sociales du respect de soi", c'est-à-dire la reconnaissance par les institutions de la valeur individuelle (Rawls, 2001, 89-90). Ces biens premiers ne sont pas formulés arbitrairement mais comprennent tout ce que des individus rationnels voudraient, quelles que soient leur conception du bien. Les biens sociaux premiers sont, en partie, couverts par le premier principe de justice, qui garantit une égale liberté pour tous, ainsi que par le principe d'égale opportunité. Le principe de différence joue avant tout sur les inégalités de revenus, puisque l'argent est un moyen à usage alternatif pour réaliser n'importe quelle fin. Comme la société rawlsienne suppose un marché du travail libre et un système de prix, les revenus monétaires sont désirés par tous les individus pour réaliser leurs fins, quelles qu'elles puissent être. On peut bien sûr imaginer qu'il existe des ermites, mais même les ermites, dans la position originelle, choisiraient de ne pas se retrouver sans argent, puisqu'ils peuvent tout aussi bien avoir une autre conception morale et d'autres goûts. Les plus défavorisés sont donc, dans le cadre du principe de différence, ceux qui ont les revenus les plus faibles. Un système est pour Rawls plus efficace du point de vue de la justice, si pour tout point sur la courbe des revenus les plus élevés il est impliqué une meilleure rétribution des revenus des plus défavorisés. Le principe de différence interdit, par exemple, de passer du Monde 2 au Monde 1 dans l'exemple suivant :

⁶⁰⁰ Voir, par exemple, l'état des lieux fait par Von Parijs (2001).

Monde 1 : revenu de A = 100, revenu de B = 10

Monde 2 : Revenu de A = 90, revenu de B = 10⁶⁰¹

En effet, dans le Monde 1 le revenu des plus favorisés, les membres du groupe A, ont augmenté, vis-à-vis du Monde 2, sans pour autant profiter au groupe B, le plus défavorisé. Notons ici que cela vaut pour la question du passage du Monde 2 au Monde 1, mais pas s'il s'agit de choisir, dans l'absolu entre ces deux mondes, auquel cas nous pourrions choisir le Monde 1, si nous pouvons anticiper que les inégalités produiront des bénéfices futurs pour le groupe B. Pour que ce passage soit acceptable il faut au moins que les membres du groupe A, en passant du Monde 2 au Monde 1, acceptent de compenser le groupe B, à hauteur *au moins* de 1. Ce principe pourrait être choisi par des individus derrière le voile d'ignorance comme principe de réciprocité dans la société conçue comme système de coopération à l'avantage de tous. Cela peut être perçu par les individus dans la position originelle, qui possèdent une conception du raisonnable et peuvent se concevoir comme des partenaires :

C'est en l'opposant à la conception de la société privée qu'on comprend mieux la nature sociale de l'humanité. En effet, les êtres humains partagent leurs fins essentielles et valorisent leurs institutions et leurs activités communes comme des biens en eux-mêmes. Nous avons besoin les uns des autres comme des partenaires qui s'engagent ensemble dans des modes de vie ayant leur valeur en eux-mêmes ; que les autres réussissent et soient heureux est nécessaire à notre propre bien ; leur bien-être et le nôtre sont complémentaires.

(Rawls, 1971, 566).

Autoriser des inégalités importantes qui ne puissent pas profiter aux plus défavorisés rompt avec l'idée de coopération à *l'avantage de tous*. Si certains se retrouvent moins bien lotis dans un état B que dans l'état antécédent A, et que ceux-ci étaient déjà les moins bien lotis de la situation A alors la société n'est pas un système de coopération à l'avantage de tous. En ce sens,

⁶⁰¹ Ce fait est relevé par Nozick (1974) comme une critique. Boyer (2020) propose une discussion de cette critique. On peut ajouter que des inégalités trop importantes entre individus ont tendance à saper les bases du respect de soi, non pas du fait d'une *envie* mais plutôt parce que la différence entre individus peut produire une baisse de la conception de sa propre valeur sociale en tant que personne.

le principe de différence découle logiquement de la définition de la société comme système de coopération. De ce fait, il faut adopter la règle du *maximin* (le maximum du minimum) comme règle de sélection des états sociaux préférables. Rawls est conscient de la difficulté intuitive que peut rencontrer ce principe, et que nous avons illustré avec notre comparaison du Monde 1 et du Monde 2 ci-dessus. Il admet qu'il "semble extraordinaire que la justice d'une augmentation des attentes des plus favorisés d'un million de dollars, par exemple, dépende de l'augmentation ou de la diminution d'un centime de celles des plus défavorisés" (Rawls, 1971, 188, trad. modifiée). Néanmoins, cette possibilité est purement abstraite et non pertinente car le principe de différence n'est pas l'unique principe de justice mais, étant subordonné aux deux précédents, s'applique déjà dans un monde où l'égalité des chances est garantie et où, de ce fait, les inégalités sont structurellement limitées – du moins dans la formulation finale. L'ensemble des mondes possibles ne comprend donc pas le cas limite absurde rencontré plus haut.

Les deux principes de Rawls sont déduits de la position originelle et du voile d'ignorance, qui neutralise les informations détenues par les individus, tel que leur position sociale, leur genre, leur race, leur génération (car la justice de Rawls est également intergénérationnelle), leur goût ou même leur psychologie individuelle. Ces restrictions sont le fruit de notre raison. En effet, faire intervenir, dans un choix contractuel, des éléments qui sont le fruit du hasard et qui peuvent donner un avantage dans la délibération, ne nous paraît pas juste. Il n'est pas juste que ceux qui sont déjà avantagés par le système en imaginent les règles. Dans les conditions d'ignorance requises, les individus choisissent donc, par rapport à d'autres concurrents, notamment l'utilitarisme, les deux principes de justice, stipulant l'égalité pour tous et l'égalité des chances ainsi que le principe de différence. Ils font ce choix non pas car ils sont extrêmement averses au risque, comme le disent certains (Reisman, 2015, 60), mais au contraire parce qu'ils sont rationnels et qu'ils protègent les intérêts fondamentaux de chaque individu dans le système de coopération à l'avantage de tous qu'est la société humaine. Si Buchanan peut partager certains concepts avec Rawls, et notamment l'idée d'une détermination des règles à partir d'une situation analogue à la position originelle, il n'arrive pas du tout aux mêmes conclusions que Rawls et ce du fait de modifications assez conséquentes de la façon dont s'opère le choix des règles et des contraintes qui pèsent sur les individus dans la position originelle.

2.3 Inégalités naturelles, voile d'incertitude et "starting from where we are"

Bien que les deux auteurs partagent l'idée du consensus dans le choix des règles comme seule norme de justice, les théories contractualistes peuvent varier relativement à bien des critères. Comme le note ainsi Freeman (1990, 122) :

Les théories du contrat social diffèrent selon la manière dont l'idée d'accord est spécifiée : Qui sont les parties de l'accord ? Comment sont-elles situées les unes par rapport aux autres (statu quo, état de nature ou égalité) ? Quelles sont les intentions, les capacités et les intérêts de ces individus, et quels sont les droits et les pouvoirs dont ils disposent ? Quel est l'objectif de l'accord ? L'accord est-il conçu en termes historiques ou non historiques ?⁶⁰²

Sur plusieurs de ces points cruciaux, qui, figurant comme des principes du contractualismes, ont une importance fondamentale pour expliquer la diversité des résultats des différents types de contractualisme, Rawls et Buchanan diffèrent grandement. Pour éclairer cela il nous faut répondre à trois questions : *qui contracte, quelles sont les limites informationnelles qui pèsent sur les individus, et enfin, quelle est la théorie du consentement qui garantit la légitimité des règles ?*

Les différences quant aux réponses conduisent Buchanan à ne pas formuler, à l'instar de Rawls, des principes de justice explicites. Si Buchanan se trouve en sympathie avec le premier principe, celui d'égalité de liberté pour tous (Buchanan, 1972)⁶⁰³, il est en revanche plus sceptique relativement au second principe de justice. Dans son article, "Rawls on Justice as Fairness", réagissant à la publication de la *Théorie de la Justice*, l'auteur virginien critique en effet le Principe de Différence comme étant incompatible avec la conception procédurale de la justice – donc dans la formulation de 1971, le deuxième principe (avant celui d'égalité d'opportunités). Dans une critique qui trouvera un écho chez Nozick, Buchanan souligne que le

⁶⁰² L'original dit : "Social contract views differ according to how the idea of agreement is specified: Who are the parties to the agreement? How are they situated with respect to one another (status quo, state of nature, or equality)? What are the intentions, capacities, and interests of these individuals, and what rights and powers do they have? What is the purpose of the agreement? Is the agreement conceived of in historical or nonhistorical terms?" (Ma traduction).

⁶⁰³ Et ceci bien que, comme le note Reisman (2015, 59) il n'y a pas de raison *a priori* pour que les individus favorisent la liberté à un confort matériel, ce qui fait que Buchanan lui-même ne propose pas de formule proche de celle de Rawls pour garantir le respect d'un système de libertés égales pour tous.

Principe de Différence conduit selon lui à s'intéresser aux résultats du jeu plutôt qu'uniquement à la structure générale des règles du jeu. L'important est, en effet, pour Buchanan que les joueurs aient les mêmes opportunités, et non pas qu'ils aient les mêmes résultats. Il est intéressant ici de souligner la différence que Buchanan trace entre lui-même et Rawls dans cet article :

La tâche du philosophe social contractarien est d'évaluer et d'analyser les institutions du processus d'échange, d'établir des critères indicatifs d'"équité" dans ces règles (par exemple, que les contrats soient exécutés une fois conclus, que la fraude soit interdite, que tous les marchés soient ouverts, etc.). Cette tâche ne consiste pas à spécifier les attributs distributifs des résultats. Ce refus de permettre une multiplicité de 'jeux', accompagné d'un zèle pour l'unicité normative, a tourmenté et continue de tourmenter l'économie moderne du bien-être. Il est singulièrement malheureux que Rawls se soit tant rapproché de ce que je qualifierais de position contractuelle authentique, tout en restant si éloigné sur ce point fondamental.

(Buchanan, 1972, 126)⁶⁰⁴.

Si Rawls est précieux pour l'élaboration de sa méthode contractualiste, ainsi que sa méthodologie (Buchanan, 1976, 6), il est en revanche dangereux et bien trop normatif – au sens ici où il prescrit le résultat que devrait être celui du choix – lorsqu'il cherche à spécifier ce que doivent être les résultats du jeu, à savoir en imposant des transferts interpersonnels entre individus, qui rompent notamment avec le processus d'échange constitué par une société libérale. Le modèle de l'échange constitue le *benchmark* à partir duquel juger de la validité des contrats. On voit bien ici ce qui gêne Buchanan, à l'instar de Hayek ou des ordolibéraux : la possibilité de dicter des résultats sociaux est une illustration supplémentaire de l'hybris rationaliste de la planification, notamment en ce qu'il supprime le marché comme système de coopération en voulant "jouer à Dieu" (Buchanan dans Buchanan et Samuels, 1975) – formulation qui correspond aussi à la définition de l'État providentiel chez Lippmann. Reprenant le postulat néolibéral développé dans les années 1930 et 1940, Buchanan perçoit son

⁶⁰⁴ L'original dit : "The task of the contractarian social philosopher is to evaluate and to analyze the institutions of the trading process, to lay down criteria for 'fairness' in these rules (e.g., that contracts are enforced once made, that fraud is prohibited, that all markets are open, etc.). The task does not involve specifying distributional attributes of outcomes. This unwillingness to allow for a multiplicity of 'games', accompanied by a zeal for normative uniqueness, has plagued and continues to plague modern welfare economics. It is singularly unfortunate that Rawls has come so near to what I should classify as a genuine contractarian position while yet remaining so far removed in this most fundamental respect" (Ma traduction).

rôle philosophique comme celui d'une justification des règles du processus concurrentiel, le *trading process*. En proposant un principe de différence qui spécifie des règles de redistribution substantielle visant des états finaux, Rawls trahit le libéralisme que Buchanan croyait percevoir dans sa théorie. Néanmoins, cette critique ne prend pas en compte la dimension procédurale du deuxième principe de Rawls, qui ne vise pas certains états finaux comme justes, mais qui intègre, au niveau du choix des règles, un idéal de justice prioritariste⁶⁰⁵ qui serait accepté par les individus. Cela dit la critique peut être formulée de la manière suivante chez Buchanan : même si, au niveau du choix instituant, on peut inférer ce principe en suivant une conception procédurale de la justice, ce principe, s'il est adopté, justifie qu'un gouvernement altère les répartitions de biens d'une manière qui mette en œuvre une conception finaliste de la justice.

Par la suite, et peut-être du fait des échanges épistolaires entre les deux auteurs à cette même période⁶⁰⁶, Buchanan fait évoluer sa position en reconnaissant le fait que le Principe de Différence n'est pas un principe d'intervention directe dans les états finaux, laissant une diversité de ceux-ci acceptables, mais découle directement de l'analyse de la position originelle. Buchanan (1976) développe même une compréhension hobbesienne du Principe de Différence à partir de certains développements qu'on trouve dans *Les limites de la liberté* (1975a)⁶⁰⁷. Le principe est le résultat de négociations entre individus rationnels, au moment du passage de l'état de nature à un état social, si chaque individu particulier a le pouvoir de faire retomber l'ensemble de la société dans l'anarchie en faisant défection si la situation la moins élevée (la sienne) n'est pas acceptable. Buchanan exprimera que le Principe de Différence est un des résultats possibles d'un choix constitutionnel, mais pas le choix nécessaire (Buchanan et Brennan, 1985, 132), puisque les transferts interpersonnels impliquant des contraintes sur les individus qui réussissent ne sont pas nécessairement les plus efficaces pour garantir une meilleure situation des moins favorisés, étant données les coûts d'intervention du gouvernement. Pour saisir ces différences entre les deux auteurs, il nous faut revenir plus précisément à la conception de la personne qui sous-tend le contractualisme de Buchanan, à la différence entre le voile d'incertitude et d'ignorance et enfin au rôle qu'il fait jouer au contrat et au consentement.

⁶⁰⁵ J'utilise le concept de prioritarisme plutôt que d'égalitarisme, car il s'agit de prioriser les situations les plus défavorisées. Sur cette distinction voir Parfit (1997).

⁶⁰⁶ Voir notamment la lettre de Rawls à Buchanan le 16 juillet 1976 (Peart et Levy, 2008a, chap. XIX) dans laquelle l'économiste et le philosophe discutent du Principe de Différence.

⁶⁰⁷ Et dont Rawls, lettre de Rawls à Buchanan le 27 août 1978, confirme qu'elle respecte l'esprit de sa démonstration en soutien au Principe de Différence.

Le traitement égal d'individus inégaux

La perspective contractualiste de Buchanan s'ancre en effet, contrairement à la *Théorie de la justice* de Rawls qui n'en fait qu'à peine mention⁶⁰⁸, dans un état de nature anarchique. Chez Buchanan, les individus sont, avant de pouvoir se coordonner par des règles qu'ils choisissent, dans une situation "naturelle" conflictuelle, qui prend la forme d'un dilemme du prisonnier. L'exemple simplifié est celui de Robinson et Vendredi (Buchanan, 1976). Chacun sur une île produit un type de bien, disons des pommes et des poires, Robinson ne produisant que des pommes et Vendredi que des poires, alors que les deux individus préféreraient, en fonction de leurs préférences, avoir accès aux deux biens. La solution la plus simple, pour Robinson, est donc de voler des poires à Vendredi et inversement pour Vendredi avec les pommes de Robinson. Les deux individus, pour ne pas perdre leur propre production, peuvent mettre en place des stratagèmes défensifs, en installant des pièges ou en surveillant activement leur production, ce qui leur prend une partie du temps qu'ils auraient passés à la production de pomme. Ce cas classique de dilemme du prisonnier où le comportement opportuniste rationnel de chaque individu conduit à une situation sociale indésirable est pour Buchanan la base conceptuelle nécessaire pour saisir l'émergence du contrat.

Cette perspective suppose une chose importante, qui relève de la compréhension que Buchanan a de la société comme système de coopération. En effet, la compréhension de la coopération dans le schéma hobbesien de Buchanan est celui d'une coopération perçue comme un avantage mutuel des individus *préexistants* au contrat, quand on compare les résultats de la coopération à l'anarchie ou à un point de comparaison non coopératif. C'est ce qu'on trouve dans le *Léviathan* où la restriction générale des libertés individuelles est légitime vis-à-vis de la situation rude qu'est l'État de nature chez Hobbes, dans laquelle les individus vivent une vie courte et brutale, animée de la peur perpétuelle d'une mort violente. Contrairement à Rawls, qui défend un contractualisme kantien, Buchanan est, à l'instar de Gauthier, hobbesien et perçoit ainsi l'émergence des institutions sociales de manière analogue à ce qu'on trouve décrit dans l'œuvre maîtresse de l'auteur anglais :

⁶⁰⁸ Dans la théorie de la justice, c'est la position originelle qui remplace l'état de nature (Rawls, 1971, §). Cependant Rawls ne dit pas ici que la position originelle est l'État de nature, mais qu'elle joue un rôle analogue à l'État de nature, à savoir mettre les individus dans une situation de création des premières institutions et des règles qui régiront la vie en société. La théorie de Rawls est étrangère à l'idée d'un État de nature qui conserverait son efficace causale dans la vie sociale.

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

(Buchanan, 1975a, 78, je souligne)⁶⁰⁹.

L'émergence de l'État pour faire les droits de propriété individuels reconnus par les individus et ainsi faire émerger un ordre social coopératif est le résultat d'une négociation entre individus rationnels qui anticipent que les autres individus n'ont aucun intérêt à ne pas avoir de comportement opportuniste, y compris après avoir fait des promesses. Le *free-riding* est non seulement une possibilité mais *la possibilité la plus rationnelle* dans un dilemme du prisonnier. On arrive à des résultats comparables si on utilise non pas le dilemme du prisonnier mais le jeu de la chasse au cerf⁶¹⁰. Chez Rawls, au contraire, la coopération n'est pas un résultat, mais la condition pour que chaque individu puisse être égal et échanger en société. La coopération est la condition de possibilité de la société et non le résultat d'une crise dans l'État de nature (Freeman, 1990, 144).

Comme les individus préexistent au contrat et que Buchanan pense conceptuellement les premiers droits comme étant garantis à partir d'un équilibre de négociations dans l'état de nature, les individus négociants chez Buchanan ne sont pas nécessairement égaux. Buchanan

⁶⁰⁹ Cette composante hobbesienne du contractualisme de Buchanan fait d'ailleurs dire à Amadae (2015, 179sq) que chez Buchanan il n'y a pas de possibilité, à partir de son anthropologie de l'*homostategicus*, de sortir du dilemme du prisonnier autrement que par la violence, ce qui ouvre la voie à un libéralisme autoritaire. Il nous semble que l'œuvre de Buchanan essaye au contraire d'éviter l'omniprésence de la violence pour contraindre les individus à coopérer, en essayant de montrer (i) que les règles sociales, et notamment le marché comme système de coopération, une fois en place tendent à produire du consentement et (ii) à placer des contraintes sur l'exercice même du Léviathan, plaçant le curseur, "entre l'anarchie et le Léviathan". Sur la parenté entre Hobbes et la théorie du choix rationnel voir Gauss (2018).

⁶¹⁰ La chasse au cerf (*stag-hunt*) est un jeu dont la matrice de gain est relativement proche du dilemme du prisonnier, mais qui diffère en ce qu'il existe deux équilibres de Nash, la double coopération et la double défection. Ce jeu à équilibre multiple illustre les cas où chaque joueur a besoin de la confiance dans la coopération de l'autre pour coopérer.

ne souhaite pas faire de ce fait d'hypothèse relative *l'égalité naturelle* des individus et tend même à faire l'hypothèse inverse d'une inégalité des individus dans l'état de nature. Les inégalités sont de deux sortes pour Buchanan, à la fois de préférences (les individus ont des préférences non identiques) mais aussi et surtout d'aptitudes (de force, d'endurance, de capacité à travailler, en patrimoine génétique) (Buchanan, 1975a, 65). Nous voyons donc à ce stade que la position de Buchanan se singularise sur plusieurs points : (i) l'appel à la théorie de l'État de nature (ii) le contrat entre inégaux⁶¹¹ et (iii) la compréhension du contrat comme une négociation entre individus rationnels. Ces trois points sont interconnectés. C'est parce que l'état de nature conserve les contingences individuelles antérieures que le contrat est perçu comme un équilibre de négociation entre individus rationnels.

De plus, la théorie hobbesienne de Buchanan modélise le choix constitutionnel à partir de l'hypothèse exclusive et explicite de l'*homoeconomicus* (Buchanan et Brennan, 1985, chapitre IV). Si des contraintes morales sont "possibles" elles "excèdent les modèles ordinaires de comportement économique" (Buchanan, 1975a, 75)⁶¹². Seuls les comportements rationnels des individus, ayant compris que la situation non-coopérative est néfaste, font apparaître un État pour garantir les droits de propriétés des individus et les "changes librement négociés sur la base de ces droits" (Buchanan, 1975a, 80) ainsi que la production de certains biens publics, auxquels les individus ont intérêt. Chaque individu opte, non pas pour ériger un Léviathan sur le mode hobbesien, mais pour une démocratie constitutionnelle qui limite les pouvoirs que le gouvernement lui-même peut appliquer sur les citoyens. L'accord politique, mais aussi les normes morales, émergent donc *by agreement* pour reprendre le titre de l'ouvrage de Gauthier. De ce fait, Buchanan ne s'accorde pas sur la primauté du raisonnable sur le rationnel, mais défend au contraire la possibilité de réduire systématiquement le raisonnable à un accord rationnel. Les individus maximisateurs maximisent en ne maximisant plus, mais en suivant des normes auxquelles ils acceptent d'être soumis⁶¹³. Chez Rawls, au contraire, l'accord originel ne peut avoir lieu sans sens de la justice donné chez les individus et donc une théorie non instrumentale de la raison, notamment pour que l'accord soit subséquent respecté par les individus.

⁶¹¹ Chez Hobbes, cette deuxième close est bien évidemment discutée. Hobbes énonce que les individus dans l'état de nature sont suffisamment égaux pour qu'ils soient traités comme des égaux. Cependant, mon objet n'est pas ici de juger à quel point Buchanan est fidèle dans sa référence à Hobbes.

⁶¹² Ou encore : "J'essaie, dans toute la mesure du possible, de déduire la logique de l'interaction sociale de l'intérêt personnel d'individus maximisateurs, sans recourir à des normes extérieures" (Buchanan, 1975a, 94).

⁶¹³ Ce rôle social des normes a été depuis mis en lumière à plusieurs reprises, à commencer par Elster (1989).

Ces différences importantes entraînent Rawls à se distinguer explicitement de Buchanan, lors de la reformulation de la théorie de la justice. On peut en effet y lire, dans une page qui mentionne Buchanan, Nozick et Gauthier, plus tard associés comme des tenants des "positions libertariennes" (Rawls, 2001, 139), que "les avantages historiques contingents et les influences accidentelles du passé ne doivent pas affecter un accord sur les principes qui sont destinés à régir la structure de base pour le présent et pour l'avenir" (*Ibid.*, 36). Chez Buchanan, à l'inverse, les droits des individus dépendent directement, dans l'état social, des inégalités existantes dans l'état naturel. Cela est explicité par Buchanan :

Soit deux personnes, A et B, qui obtiennent respectivement, *dans l'équilibre naturel de l'anarchie*, des stocks totaux de 10 unités et de 2 unités de biens de consommation. Ces stocks sont nets des efforts consentis pour la protection et le pillage. Un contrat de désarmement est conclu, qui donne une attribution post-constitutionnelle de 15 unités à A et de 7 unités à B, chacun y ayant gagné l'équivalent de 5 unités. Supposons que, l'entente étant demeurée en vigueur pendant x périodes de temps, la perception de leur force relative par les deux parties ait changé. Bien que la distribution naturelle ne soit plus observable, A a désormais la conviction *qu'il se retrouverait à peu près à égalité avec B dans l'anarchie pure*, que la distribution montrerait un rapport plus proche de 6:6 que du 10:2 antérieur. Dans ces conditions, la transgression de l'ordre établi par B devenant très probable, A discernera vraisemblablement l'extrême vulnérabilité de l'attribution 15:7. Afin de mieux s'assurer qu'un ordre prévisible se maintiendra, A pourra donc accepter la proposition de modifier la distribution des droits nominaux 2 et de la faire passer à, disons, 13:9.

(Buchanan, 1975a, 92-93, nous soulignons).

Bien que ce modèle jouet (*toy model*) à deux individus ne représente pas une situation empirique, il fait saisir le rôle que joue l'état de nature dans la théorie de Buchanan comme point de départ permettant de juger les attributions contractuelles. A et B accepteraient une distribution en 15:7 puisqu'ils gagneraient tous les deux 5 unités de production en coopérant. Néanmoins, cette distribution post-constitutionnelle – connue dans cet exemple avant l'accord constitutionnel – découle directement d'un déséquilibre dans le pouvoir de négociation entre les deux individus dans l'état de nature, à savoir que l'individu A possède déjà plus de biens. C'est encore en référence à l'état de nature que la distribution nouvelle, 13:9, est fixée. L'accord constitutionnel est donc équitable, en ce qu'il suppose la condition d'un consensus pour être valide, sans quoi chacun peut librement retourner à l'anarchie, et donne à chaque individu une

voix dans la décision, mais il n'a pas pour ambition de gommer les inégalités entre les individus contractant. Il s'agit bien, dans les termes de Buchanan, de traiter équitablement (car chacun possède une voix) des inégaux (car les individus possèdent des qualités différentes), en empêchant la coercition et l'intimidation pour aboutir à un accord (voir section suivante). L'accord ne se fait que si chaque individu voit qu'il est dans son intérêt, et donc choisit librement, d'aboutir à une distribution post-constitutionnelle donnée, y compris si elle est inégale.

Pour Buchanan, l'accord consensuel sur certaines règles de distribution ou de coordination est d'autant plus plausible avec des individus rationnels que cet accord obéit à une contrainte formelle qui limite là aussi les informations auxquelles peuvent accéder les individus. Sans contrainte formelle, il n'y a pas de raison que les individus ne cherchent pas à faire passer dans le contrat des règles qui maximisent leur propre utilité. Cette contrainte formelle est celle du *voile d'incertitude*, qu'il nous faut distinguer du voile d'ignorance.

Voile d'incertitude et d'ignorance

L'expression de voile d'incertitude apparaît tardivement chez Buchanan (Buchanan et Brennan, 1985, 30-31), mais on en trouve un équivalent dès 1962, dans *The Calculus of Consent* :

Un accord semble plus probable sur les règles générales du choix collectif que sur les choix ultérieurs à faire dans les limites de certaines règles acceptées. Rappelons que nous essayons uniquement d'analyser le calcul de l'individu maximisant l'utilité qui est confronté au problème constitutionnel. L'essentiel de l'analyse repose sur la prémisse selon laquelle l'individu n'est pas certain du rôle précis qu'il jouera dans toute la chaîne des choix collectifs ultérieurs qu'il devra effectivement effectuer. C'est pourquoi on considère qu'il n'a pas d'intérêt particulier et distinct de celui de ses congénères. Cela ne veut pas dire qu'il agira à l'encontre de son propre intérêt ; mais l'individu ne trouvera pas avantageux de voter pour des règles qui peuvent promouvoir des intérêts de sections, de classes ou de groupes parce que, par hypothèse, il est incapable de prédire le rôle qu'il jouera dans le processus réel de prise de décision collective à un quelconque moment dans le futur. Il ne peut prédire avec un quelconque degré de certitude s'il est plus susceptible de faire partie d'une coalition gagnante ou perdante sur un problème spécifique. Par conséquent, il supposera qu'il sera tantôt dans un groupe, tantôt dans l'autre. Son propre intérêt le conduira à choisir des règles qui maximiseront l'utilité d'un individu dans une série de décisions collectives, ses propres préférences sur les différentes questions étant distribuées de manière plus ou moins aléatoire.

(Buchanan et Tullock, 1962, 61)⁶¹⁴.

Pour que le contrat soit légitime, il faut des clauses garantissant que certains privilèges ne passent pas le contrat, sans quoi le contrat peut être compris comme une *justification idéologique* au sens marxiste du terme, à savoir l'imposition de la volonté d'une classe d'individus privilégiés sur une autre classe d'individus. Chez Buchanan, ce qui joue ce rôle est le voile d'incertitude. L'importance du déficit d'information n'est pas nouvelle chez les néolibéraux, puisqu'elle est au cœur de la critique de la planification, comme nous l'avons déjà montré. La particularité, ici, est de faire jouer un rôle positif à ce déficit d'information, de façon à pouvoir faire émerger un point de vue d'édiction des règles opérationnel. Selon certains commentateurs le voile est donc une garantie de l'impartialité du choix constitutionnel – et donc de sa justice (Munger, 2018). Il faut cependant marquer une distinction avec le voile d'ignorance rawlsien. Bien que la formulation du voile d'incertitude soit proche du voile d'ignorance, notamment à ce que cela conduit chaque individu à ne pas pouvoir prévoir sa situation future dans la société (du fait que l'ordre qui émerge des règles n'est pas déterminé mécaniquement et ne peut donc être prévisible⁶¹⁵) et est donc amené, tout en étant rationnel et autocentré – de même chez Rawls les individus dans la position originelle ne sont pas altruistes –, à choisir des règles qui sont dans l'intérêt de tous, il subsiste des différences importantes vis-à-vis du concept rawlsien. Les limitations informationnelles du voile d'incertitude sont bien moins importantes que celle du voile d'ignorance, comme l'a explicité Voigt (2015). La seule limitation indiquée par Buchanan et Tullock est relative à *la position future dans la société*. Plus les règles décidées ont un temps d'effet long, plus l'incertitude augmente et donc plus le consensus au niveau du choix des règles est garanti. Chez Rawls, le voile d'ignorance suppose

⁶¹⁴ L'original dit : "Agreement seems more likely on general rules for collective choice than on the later choices to be made within the confines of certain agreed-on rules. Recall that we try only to analyze the calculus of the utility-maximizing individual who is confronted with the constitutional problem. Essential to the analysis is the presumption that the individual is uncertain as to what his own precise role will be in any one of the whole chain of later collective choices that will actually have to be made. For this reason he is considered not to have a particular and distinguishable interest separate and apart from his fellows. This is not to suggest that he will act contrary to his own interest; but the individual will not find it advantageous to vote for rules that may promote sectional, class, or group interests because, by presupposition, he is unable to predict the role that he will be playing in the actual collective decision-making process at any particular time in the future. He cannot predict with any degree of certainty whether he is more likely to be in a winning or a losing coalition on any specific issue. Therefore, he will assume that occasionally he will be in one group and occasionally in the other. His own self-interest will lead him to choose rules that will maximize the utility of an individual in a series of collective decisions with his own preferences on the separate issues being more or less randomly distributed" (Ma traduction).

⁶¹⁵ Sur ce point, Buchanan est proche de ce que nous avons décrit dans notre chapitre IV.

bien plus de restrictions sur sa propre personne. Le voile d'incertitude conserve très largement la personne empirique : chaque individu connaît son identité, sa psychologie sa position sociale actuelle et la société est donnée comme existante.

Le voile d'incertitude possède pour Buchanan deux grands avantages : (i) il répond à une critique sur la théorie rawlsienne et (ii) sa finalité n'est pas substantielle mais procédurale, c'est-à-dire qu'elle ne vise pas l'énonciation de principes de justice quasi-définitifs. L'objection stipule que la théorie de Rawls suppose une forme de schizophrénie dans le voile d'ignorance. Comment des individus peuvent-ils partager deux états de conscience incompatibles ? Un premier état est en effet l'état constitutionnel où chaque individu oublie tout ce qui fait son identité propre – le moi désencombré qui a été l'objet des attaques de Sandel (1982) – et le second est l'état psychologique de la vie quotidienne, où les individus se connaissent parfaitement (Buchanan et Brennan, 1985, 30-31). Par ailleurs la théorie de Buchanan n'est pas orientée vers la détermination *a priori* de principes, mais vise la transformation des règles sociales *hic et nunc*. De ce fait, Buchanan prétend que sa théorie est en un sens plus réaliste que celle de Rawls :

Rawls s'est contenté d'examiner l'émergence de l'unanimité potentielle dans *un contexte contractuel idéalisé* où les hommes sont amenés à se conduire comme des êtres égaux moralement. Il ne s'est pas penché sur le problème essentiel des liens à établir entre une telle situation théorique et le *cadre concret* au sein duquel des discussions concernant *des réaménagements structurels fondamentaux peuvent prendre place*. À cet égard, ma démarche est plus ambitieuse. J'ai tenté d'analyser les perspectives de *véritables renégociations contractuelles* entre des personnes qui n'arrivent pas à la table de négociation en tant qu'égales et qu'on ne force pas (...) à se conduire comme si elles l'étaient. C'est pour cette raison que j'ai dû, en développant mon argumentation, retourner en esprit à l'émergence du contrat dans l'anarchie hobbesienne.

(Buchanan, 1975a, 201, je souligne).

Pour comprendre la différence que Buchanan énonce entre sa position et celle de Rawls, il faut avoir à l'esprit que si Buchanan propose une théorie de l'émergence des droits de propriété et du contrat à partir d'individus rationnels en partant d'une "utopie anarchiste" (*Ibid.*, 3), ce qui l'intéresse est la condition de l'accord à partir de situations données qui sont des situations de *statu quo*. Alors que la position originelle est une position idéalisée cherchant à déterminer des principes de justice en faisant abstraction des conditions empiriques du choix, le choix

constitutionnel de Buchanan est toujours *in situ*, visant la *transformation concrète* de nos arrangements institutionnels *à partir de notre situation actuelle*. Il faut donc distinguer deux moments importants de la théorie de Buchanan : la théorie hobbesienne de l'émergence des droits de propriété et de l'État, dans laquelle les individus choisissent non pas un Léviathan mais une limitation du rôle du gouvernement ; et d'autre part, à partir de ce *statu quo* qui émerge d'une négociation entre individus rationnels, une théorie de la détermination de la justice entre des individus contractants et choisissant de nouvelles règles ⁶¹⁶. Comme plusieurs commentateurs l'ont remarqué, il y a une nécessité chez Buchanan de *starting from where we are* (partir de la situation présente) : "Dans l'échange volontaire, et aussi dans les comparaisons plus abstraites qu'impliquent les comparaisons d'amélioration de Pareto, la position de *statu quo* est fortement privilégiée. Si un consentement unanime est requis pour le changement, alors le *statu quo* est l'option privilégiée pour la décision de négociation de chaque individu" (Munger, 2018, 55)⁶¹⁷. Buchanan défend donc une primauté ontologique du *statu quo*, en ce qu'il constitue la *baseline* à partir de laquelle considérer toute amélioration. Le *statu quo* constitue un des piliers de l'analyse philosophique de Buchanan, au même titre que son individualisme normatif faisant naître les valeurs des préférences des individus :

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

(Buchanan, 1975a, 91, je souligne).

⁶¹⁶ Ces deux moments sont bien sûr articulés – comme chez Hobbes, par ailleurs – puisque les principes du deuxième temps proviennent de la réflexion sur le moment hypothétique du premier temps.

⁶¹⁷ L'original dit : "In voluntary exchange, and also in the more abstract comparisons involved in Pareto improvement comparisons, the status quo position is highly privileged. If unanimous consent is required for change, then the status quo is the outside option for each individual's bargaining decision" (Ma traduction). Pour une discussion complète de l'usage de l'argument du *statu quo* chez Buchanan on pourra lire Melenovsky (2019).

Le *statu quo* est la situation à partir de laquelle les individus négocient, en partant de leurs inégalités de statuts, de talents et d'avantages divers qu'ils possèdent. Cela est totalement étranger au contractualisme rawlsien, chez qui il n'y a pas de *statu quo* préexistant à la position originelle, sans quoi le concept de position originelle perd tout son intérêt. Chez Buchanan, un accord doit pouvoir être mené entre les différents agents en situation pour trouver des règles à l'avantage de tous, ce qui nécessite que les règles en question soient particulièrement générales (vis-à-vis de leur application) et choisies sur le long terme (de façon à former un cadre semi-permanent). Par ce biais, Buchanan retrouve la nécessité, déjà développée par Hayek, Lippmann et les ordolibéraux, que les "règles du jeu" soient générales et impersonnelles, n'avantageant aucun joueur spécifique (puisque les individus ayant choisis ces règles ne sont pas certains d'être eux-mêmes parmi les avantageés de la règle). Buchanan accomplit une jonction théorique entre la théorie des règles des néolibéraux et un régime de justification de ces règles à partir d'un individualisme normatif, puisque la condition d'unanimité des citoyens empêche toute forme de coercition et garantit la liberté des individus. Chacun peut, en effet, quitter la négociation des règles et revenir au *statu quo* comme option de sortie. De plus, la solution de Buchanan ne présuppose pas, du moins le pense-t-il, de point de vue normatif surplombant permettant de déterminer quelles sont les "bonnes règles". Dans un échange avec l'économiste institutionnaliste Warren J. Samuels en 1975 Buchanan explicite ce positionnement :

Vous dites que ma position 'place trop de pouvoir entre les mains des personnes déjà privilégiées'. J'accepte cela, et je suis d'accord avec cela, comme jugement de valeur. Mais qui sommes-nous, vous et moi, pour imposer nos valeurs privées comme critères de changement social ? Les valeurs de chaque homme doivent compter comme toutes les autres, du moins dans ma conception, et ce que je cherche à savoir, ce sont les implications de cette position véritablement 'démocratique' pour ce que nous pouvons dire, en tant que spécialistes des sciences sociales, sur le changement social.

(Buchanan dans Buchanan et Samuels, 1975, 33)⁶¹⁸.

⁶¹⁸ L'original dit : "You say that my position 'places too much power in the hands of the already privileged.' I accept this, and agree with it, as a value judgment. But who are you and I to impose our private values as criteria for social change. Each man's values are to count as any others, at least in my conception, and what I am looking for are the implications of this genuinely 'democratic' position for what we can, as social scientists, say about social change" (Ma traduction).

Buchanan cherche à la fois à déterminer le processus de sélection des bonnes règles et à éviter le problème épistémologique d'un point de vue surplombant qui déterminerait ce que doivent être ces règles. On peut ainsi lire sa théorie comme une tentative de résolution des tensions de la théorie néolibérale, en montrant à la fois comment les règles des sociétés libérales peuvent être améliorées tout en partant d'un individualisme normatif cohérent avec le pluralisme des valeurs professés par les néolibéraux.

Dans le cadre de cette théorie, le voile d'incertitude n'est pas un procédé irréaliste, il est, selon Buchanan, une "modélisation des individus tels qu'ils sont" (Buchanan et Brennan, 1985, 31), car la discussion de règles générales permettant d'accéder à l'unanimité, comme condition d'une décision légitime, met en place ce voile d'incertitude *au cours de la discussion dont le cadre est modélisé par la théorie de Buchanan*. En effet, si nous discutons des règles d'un jeu auquel nous jouons, et que nous nous mettons d'accord sur une modification de certaines règles générales, nous ne serons normalement pas dans la capacité de dire si nous nous trouverons systématiquement avantagés par cette règle. Si nous décidons de modifier par exemple, en étant mécontent de la façon de jouer à un jeu de carte comme le poker, de modifier le pool, qui ne comprendra désormais que quatre cartes communes au lieu de cinq, il est impossible pour individu de savoir si ce changement l'avantagera ou non. Il est moins probable de réussir à obtenir un carré, un full ou une suite, mais ces contraintes pèsent sur tous les individus qui tirent des cartes aléatoirement. Les règles n'avantagent ainsi personne en particulier en réduisant, pour tous, la probabilité de toucher certaines combinaisons de cartes. *Dans la limite de l'hypothèse selon laquelle les probabilités sont tirées aléatoirement dans le jeu* la modification des règles générales n'implique pas une détermination des résultats avantageant certains joueurs plutôt que d'autres. Si le monde social est perçu comme un jeu de ce type, caractérisé par un processus dynamique de découvertes de nouvelles informations, où la concurrence guidée par une activité entrepreneuriale est censée rabattre les cartes des privilèges sociaux en luttant contre les positions de pouvoir, alors une telle hypothèse est justifiée. Buchanan propose une réponse particulièrement subtile au problème, qu'on trouvait chez Hayek dès *La Route de la servitude*, de la possibilité de définir de bonnes règles alors que les règles doivent être caractérisées par leur cécité. Autrement dit, Buchanan donne des outils pour penser le paradoxe suivant : *comment bien agir tout en étant aveugle ?*

Accord volontaire et consentement

L'insistance de Buchanan sur le fait que les règles ne sont légitimes que si elles sont issues (i) d'un accord volontaire entre individus rationnels et (ii) acceptée à l'unanimité⁶¹⁹, implique aussi (iii) une théorie du consentement pour savoir dans quelle mesure on peut considérer que des individus ont bel et bien acceptés les règles qui régissent leur vie politique, quand bien même ils n'ont pas *effectivement* pris la décision d'établir ces règles. Chez Buchanan, le moment du contrat n'est pas historique, mais le moyen d'évaluer les règles existantes, en déterminant notamment si des individus rationnels pourraient les choisir. Le contrat possède un rôle essentiellement normatif :

Comme nous l'avons déjà dit, les modèles contractualistes *ne sont pas conçus comme des descriptions de ce qui est historiquement survenu*, mais comme des moyens de construire des normes permettant d'évaluer les systèmes politiques-juridiques existants

(Buchanan, 1975a, 59, je souligne).

Cette évaluation permet ainsi la transformation rationnelle des règles qui n'auraient pas été choisies par des individus rationnels modélisés par le choix constitutionnel. L'accord volontaire est la condition *a priori* de la validité d'une règle. La condition selon laquelle l'accord doit être donné librement est primordiale. Une promesse de respecter une règle qui a été obtenue sous la contrainte, par exemple la menace d'élimination ou de blessure, ne peut pas être contraignante. De même, la victime d'un hold-up qui promet de donner un million de dollar ne peut être tenue responsable de ne pas respecter sa promesse. Dans les deux cas mentionnés, l'accord ne peut pas être dit *volontaire*. On voit ici que Buchanan se fonde sur une conception intuitive de ce qu'on appelle l'accord volontaire, qui suppose l'absence de coercition. Néanmoins, notre intuition sur ce qu'est la coercition, ou, comme le dit Buchanan, des "circonstances impliquant des éléments non volontaires" (Buchanan et Brennan, 1985, 113), est parfois floue. Un homme qui est contraint par un accord à prendre de grands risques pour pouvoir accéder à de la nourriture car il est dans la pauvreté extrême est un exemple moins évident car il n'a pas été soumis *directement* à la volonté d'autrui. Le contrefactuel ici n'est pas une hypothèse de continuité normale de la vie, mais la mort, alors que dans les premiers exemples

⁶¹⁹ Dans *The Calculus of Consent*, le chapitre VI développe, par ailleurs, une théorie économique des constitutions, avec l'idée que les règles acceptées à l'unanimité imposent moins de coûts externes sur les individus que les règles choisies avec un niveau d'accord moindre. L'unanimité découle de l'individualisme normatif, mais peut aussi être justifiée, dans une certaine mesure, par une analyse positive. Le critère d'unanimité vient pour Buchanan de Wicksell, voir Johnson (2014) et Guillot (2019) sur ce point.

le contrefactuel était au contraire la continuation d'une vie normale. Buchanan ne nous dit pas réellement ici comment trancher entre les cas clairs et les cas moins clairs. Nous pouvons faire l'hypothèse que, à l'instar de Hayek, il peut considérer comme valides les accords qui ont été choisis sans être soumis à la volonté coercitive d'autrui, qui est manifeste dans les deux premiers exemples cités, qui constituent des instances de *coercitions physiques positives*, au sens où les individus agissent physiquement pour contraindre la décision. En revanche, dans le cas de l'homme pauvre la contrainte n'est *ni physique ni positive*, car l'individu qui propose au pauvre de prendre des risques n'agit pas pour le forcer, mais c'est le contexte qui rend les opportunités du pauvre réduites (il est possible que le fait d'accepter de prendre des risques soit pour lui la seule possibilité). Son ensemble d'opportunités est donc extrêmement réduit. Néanmoins, Buchanan admet, sur la base d'une intuition morale partagée, une forme de légitimité à l'homme pauvre qui refuse de tenir sa promesse, par exemple si, par hasard, il trouve de la nourriture autre part sans avoir besoin de prendre des risques. L'argument ne peut cependant pas être élargi à trop d'autres possibilités (*Ibid.*). En effet, l'exemple de l'homme pauvre est un exemple pour lequel l'inégalité entre les deux partis qui négocient le contrat est extrême. On ne peut pas considérer que toutes les inégalités entre contractants produisent la nullité du contrat, auquel cas presque aucun contrat n'est possible, puisque tous les individus sont inégaux d'une façon ou d'une autre. Buchanan n'admet la nullité du contrat que dans les cas d'extrêmes contraintes ou de nécessité, mais pas dans les simples cas d'inégalités où les contractants ont, logiquement, d'autres opportunités. Pour illustrer ce point Buchanan donne l'exemple du mariage :

Lorsque A et B acceptent de se marier, par exemple, nous n'exigeons pas normalement que leurs forces de négociation ou leurs 'stratégies de menace' avant le mariage, leurs revenus, leur beauté ou leur force physique (ou tout ce que chacun apporte au mariage) soient égaux (ou même pas indûment inégaux) avant que l'échange de vœux puisse être considéré comme exécutoire. Nous ne cherchons habituellement pas à savoir si A et B ont eu d'autres offres de mariage ou auraient pu en avoir. Tout ce qui est requis pour donner à cette 'alliance' une force morale est l'absence de contrainte extrême.

(*Ibid.*, 114)⁶²⁰.

⁶²⁰ L'original dit : "When A and B agree to marry, for example, we do not normally demand that their bargaining strengths or premarriage 'threat strategies' or income positions or beauty or physical strength (or whatever each brings to the marriage) be equal (or even not unduly unequal) before the exchange of vows can be regarded as binding. We do not typically inquire whether A and B had other offers of marriage or could have had such offers. All that is required to give the 'covenant' moral force is the absence of extreme duress" (Ma traduction).

Le mariage est considéré comme valide, à partir du moment où les deux individus décidant de se marier (et donc contractant) le font volontairement, indépendamment de leurs inégalités relatives, *i.e* si A est riche et B pauvre, si A est laid et B beau, si A est fort et B non. On considère que si les individus font le choix de se marier, dans la condition où il n'y a pas de contrainte extérieure, par exemple un mariage arrangé par la famille de A, qui le contraint à cette union, c'est que ce contrat est en vue d'un avantage mutuel, même dans la situation d'incertitude que constitue un mariage⁶²¹. Cet exemple sert donc à Buchanan à montrer que l'inégalité *a priori* des contractants n'implique pas l'invalidité de l'accord considéré comme volontaire et donc qu'analytiquement le concept d'accord volontaire n'implique pas celui d'égalité factuelle des individus. À partir du moment où il n'y a pas d'extrême nécessité et de contraintes environnementales, qui empêchent tout choix alternatif possible, l'accord volontaire est légitime. Buchanan indique, par ailleurs, que dans le cas du mariage nous n'évaluons pas la légitimité de l'accord en fonction des opportunités de chaque parti, car nous faisons l'hypothèse *a priori* que leurs choix ne sont pas restreints. Ce qu'on retrouve derrière l'idée d'accord volontaire c'est donc l'idée d'échanges mutuellement bénéfiques : si des individus s'accordent volontairement sur une règle c'est parce qu'ils perçoivent cet accord comme étant mutuellement bénéfique, tout comme les individus échangeant sur un marché le font car l'échange maximise l'utilité des deux partenaires. Tout accord volontaire est une amélioration au sens de Pareto, par définition, car chacun aurait pu refuser l'accord si celui-ci impliquait une conséquence négative prévue. La possibilité de chacun d'exercer son veto au moment de l'accord garantit que chaque accord passé est à l'avantage de tous les contractants car c'est dans le choix que les préférences des individus se réalisent⁶²².

L'accord volontaire constitue un idéal mais, s'il est réalisé dans le monde socio-politico-économique, ce que l'exemple du mariage illustre, il est rarement la norme dans le cas des règles sociales. Au sein du jeu des échanges peuvent être menés de façon volontaire, mais l'accord volontaire sur les règles du jeu est souvent *hypothétique*. Les conducteurs de voiture n'ont pas ainsi choisi au consensus les règles du code de la route (*Ibid.*), et cela est le cas pour

⁶²¹ Il faut en effet que les individus anticipent que le mariage leur est bénéfique. Ils peuvent bien sûr se tromper, ce qui est caractéristique d'une situation d'incertitude, mais cela ne signifie pas que leur préférence, *au moment du mariage*, n'était pas celle de *vouloir* se marier.

⁶²² Dans ce cadre, la perspective de Buchanan est anti-paternaliste et ne suppose pas de "vraies préférences" à opposer aux "préférences actuelles" des individus. On ne peut pas aller contre le choix d'un individu en disant que son choix est mauvais, en l'absence de contraintes extrêmes. Sur ce point voir Rizzo et Dold (2020).

la majorité des contextes sociaux : nous ne choisissons pas plus les règles de politesse que la constitution sous laquelle nous sommes nés. C'est en reconnaissant ce point que Buchanan passe de l'idéal de l'accord volontaire à l'analyse du *consentement*. Il faut donc ajouter à l'idée de contrat celle de consentement, ce qui spécifie Buchanan au sein de la mouvance néolibérale (son contractualisme) est aussi ce qui permet de comprendre comment cette spécificité l'inscrit dans une tradition dans laquelle le consentement au règle est pensé comme condition de stabilité de la vie commune – par exemple chez Lippmann (1925a, b), chez qui la crise est définie précisément quand le consentement aux règles n'est plus garanti.

Le *consentement hypothétique*, que Buchanan associe à Rawls, pose des problèmes connus. Ce consentement a pour conséquence de considérer que les individus doivent être conçus comme s'ils avaient réellement consenti à des règles qui (i) auraient été choisies par des individus rationnels et (ii) avantagent les individus (*make them better off*). Dans le cadre du consentement hypothétique, on pourrait me rappeler légitimement que j'agis mal *sur la base de principes que j'ignore*. Si, par exemple, je refuse de porter un masque lors d'une pandémie, on peut me faire remarquer que si j'étais rationnel je porterais le masque, car il permet la baisse de la propagation du virus et donc la baisse de la mortalité, empêchant des gens que j'aime de tomber malade (et m'avantage donc). Or, comme je ne souhaite la mort de personne, je ne peux pas, ensemble et en même temps, tenir ma valeur humaniste et mon opinion sur le masque. J'aurais consenti hypothétiquement au port du masque et chacun serait dans son droit de me reprocher de ne pas le faire. Dworkin (1977, chap. VI) propose un argument contre cette conception du consentement. Sa position est que le consentement hypothétique n'est pas du tout un consentement, et qu'on ne peut faire équivalent le consentement hypothétique à l'accord volontaire puisque, précisément, dans le consentement hypothétique il n'y a pas d'accord du tout, à moins de considérer la volonté hypothétique d'un individu rationnel comme la volonté réelle de l'individu empirique, ce qui est manifestement un sophisme. Ce sophisme peut être illustré avec l'exemple du mariage : si on considère que A doit marier B, même si A refuse présentement de le faire, au prétexte qu'elle aurait *hypothétiquement consenti*, on fait une hypothèse sur ce que sont les *préférences supérieures* de A contre ses *préférences actuelles*. Or, nous avons vu que le fait de considérer qu'il existe des préférences supérieures est une erreur de raisonnement car rien ne nous permet de dire pour autrui ce que devraient être ses préférences. Notre exemple du masque comporte une variation minimale, car l'observateur peut inférer, d'une valeur publiquement connue, le fait que je ne souhaite la mort de personne, *une contradiction* entre cette valeur et mon opinion. Néanmoins, la contradiction ainsi repérée

n'implique aucunement que j'ai consenti à porter le masque, car je ne suis pas tenu à la cohérence complète de toutes mes croyances. Dans ce cadre, la mise en avant d'une contradiction éventuelle dans mon système de pensée n'est pas la preuve du fait que je doive être pour le port du masque, et donc que le consentement hypothétique produirait une obligation morale, mais uniquement *un argument puissant* pour me *convaincre* de la fausseté de ma croyance, à partir du moment où la valeur mobilisée est considérée comme hiérarchiquement supérieure à la croyance en question. En bref, l'argument provenant du consentement hypothétique ne produit alors pas une obligation, mais une base sur laquelle délibérer pour produire un *consentement réel*.

Il est donc impossible de dériver logiquement l'obligation à suivre une règle d'un consentement hypothétique, car le consentement hypothétique ne peut véhiculer d'obligation normative sur une volonté qui n'a pas effectivement consenti. Nous avons vu préalablement que cette position ne pouvait pas, contrairement à ce qu'annonce Buchanan, être attribuée à Rawls. Néanmoins, la critique du consentement hypothétique conduit Buchanan à se tourner vers une autre conception du consentement, à savoir le *consentement tacite ou implicite* :

Le consentement tacite, ou implicite, est toutefois une autre affaire. Le consentement tacite peut être interprété comme étant donné aux règles d'un jeu par les participants lorsqu'ils y participent volontairement. Le simple fait de participer oblige chaque participant, comme s'il s'agissait d'une promesse explicite, à respecter les règles, à condition que les participants aient réellement la possibilité de ne pas participer s'ils le souhaitent. Le fait de ne pas respecter les règles reviendrait alors à traiter les autres participants de façon 'injuste'. Les anticipations des participants à ce que les autres respectent les règles devient 'légitime' en vertu du caractère volontaire de la participation de tous les joueurs.

(*Ibid.*, 115)⁶²³.

⁶²³ L'original dit : "Tacit, or implicit, consent, however, is another story. Tacit consent can be construed to be given to rules of a game by participants when they voluntarily participate. The mere fact of participation obligates each participant, as if by an explicit promise, to abide by the rules, provided that the participants have a genuine option not to participate if they so choose. Failure to abide by the rules would then be to treat other participants 'unjustly'. Participants' expectations that others will play by the rules become 'legitimate' by virtue of the voluntariness of participation by all players" (Ma traduction).

À la différence du consentement hypothétique, on peut tirer du consentement tacite ou implicite le concept d'accord volontaire. Participer à un jeu c'est consentir aux règles de façon tacite, même si je n'ai pas participé à l'élaboration du jeu. Si je rejoins volontairement un groupe de personne jouant au basket car je désire jouer avec eux, et que je comprends ce que veut dire "jouer au basket", alors je suis prêt à reconnaître comme valides les critiques portant sur le fait que je ne respecte pas les règles (par exemple si je cours sans dribbler avec la balle). Je peux bien sûr être de *mauvaise foi* et dire que je n'ai pas marché alors que j'ai fait plus de deux pas sans dribbler, mais ma mauvaise foi se situe au *sein des règles*, en essayant de faire croire aux autres que j'ai *bien respecté les règles*. Ce faisant, je reconnais bien tacitement que les autres sont *légitimes* dans leurs critiques lorsqu'ils pointent que je ne respecte pas les règles. Ma participation au jeu implique la genèse d'attentes normatives légitimes à ce que je respecte les règles et donc mon consentement à celles-ci.

Une des options importantes du consentement implicite est, comme pour le cas de l'accord volontaire, *l'idée d'alternatives possibles*, à savoir une option véritable de ne pas participer. Dans notre exemple, cela correspond à l'option de ne pas jouer au basket, car nous n'en aimons pas les règles ou parce que ce sport nous désavantage trop (par exemple, si je suis très petit). On ne pourra en effet pas dire que j'ai choisi volontairement de jouer au basket si, dès que je veux pratiquer du sport, le basket est *le seul* sport joué autour de moi et plus encore si je suis obligé de dribbler avec une balle pour aller faire mes courses, aller au travail ou encore aller au restaurant. Dans ce monde, où le basket est omniprésent, je n'ai pas de véritable option de sortie, et donc je ne peux pas être considéré comme ayant consenti à jouer le jeu, car le basket est "le seul jeu en ville" (*Ibid.*, 116). Le concept d'accord volontaire et donc libre n'a de sens que s'il existe un ensemble d'alternatives véritables. C'est ici que la métaphore du jeu devient trompeuse. En effet, si pour le poker et le basket il est aisé de s'imaginer quitter le jeu lorsque les règles nous paraissent injustes, cela n'est pas le cas dans le monde social. Les règles du monde social sont "le seul jeu en ville", comparable au monde où le basket est omniprésent que j'ai esquissé quelques lignes plus haut. Buchanan se heurte ici au même problème que Locke dans le *Second Traité du Gouvernement Civil*, lorsque l'auteur anglais en fait appel au consentement tacite pour lier les individus qui n'ont pas participé au contrat à ce contrat. En effet, on ne peut pas dire que les individus ont consentis à la société civile s'il ne leur est pas possible de quitter la société. Comme l'a bien noté Hume il est déraisonnable de croire que le

petit paysan ou l'artisan pauvre peut quitter le pays, pour aller dans un autre pays dont il ne connaît ni la langue, ni les coutumes⁶²⁴.

La réponse de Buchanan est, telle que je la comprends, de considérer que dès qu'une règle en place conduit à la production *d'attentes normatives partagées*, elle est légitime :

Supposons que A, B, ..., N sont des participants à un jeu dont les règles ont été décidées unilatéralement par Z. Supposons, en outre, que ces règles ont été traditionnellement respectées - que A, B, ... N y aient joué pendant un certain temps. Si A devait maintenant infliger un préjudice à B, en enfreignant les règles, ne dirait-on pas que B ne mérite pas d'être lésé ? Le fait que A fasse du mal à B n'est-il pas injuste en ce sens ? L'attente raisonnable de B que A continue à respecter les règles ne constitue-t-elle pas une base légitime pour le comportement de B ? Le simple fait que ces règles aient prévalu pendant une longue période ne contribue-t-il pas à la légitimité des attentes de B ? Si tel est le cas, on peut considérer que les règles font l'objet d'un consentement tacite du simple fait de leur caractère historique ou de leur respect régulier – même s'il n'existe pas d'option effective de ne pas jouer et que la participation est involontaire en ce sens.

(*Ibid.*, 116)⁶²⁵.

L'argument de Buchanan me paraît, en effet, plus fort que la simple reconnaissance du fait qu'une règle en place est sanctuarisée par l'histoire. L'argument, plus robuste, est qu'une règle en place depuis longtemps produit un réseau *d'attentes normatives* chez les individus dans une situation sociale. A sait que R (la règle) est en place, mettons une règle stipulant qu'il est interdit de pénétrer chez son voisin pour se baigner dans sa piscine. Il faut également ajouter que A sait que B sait que R. B à son tour sait que A sait que R, mais A et B savent aussi que C, D, E...n, savent que R, si bien que la connaissance de R peut être dite de *connaissance commune*. Chaque individu peut donc, sachant que les autres connaissent la règle, s'attendre à ce que chacun désapprouve son comportement s'il fait -R, puisque cela a été le cas dans le passé. Si A rentre

⁶²⁴ Sur ce point, et plus particulièrement le problème du consentement hypothétique chez Locke, voir Beitz (1980).

⁶²⁵ L'original dit : "Suppose that A, B, ..., N are participants in a game the rules for which have been decided unilaterally by Z. Suppose, furthermore, that these rules have traditionally been observed—that A, B, ... N have played by them for some time. If A were now to inflict harm on B by breaking the rules, would we not say that B did not deserve to be harmed? Would not A's harming B be unjust in this sense? Would not B's reasonable expectation that A would continue to hold by the rules be a legitimate basis for B's conduct? Does not the mere fact that such rules have prevailed for a long time contribute to the legitimacy of B's expectations? If so, rules may be considered to be given tacit consent simply by virtue of their history or regular observance—even if there is no effective option to not playing and participation is involuntary in that sense" (Ma traduction).

dans le jardin de B et plonge dans sa piscine un jour de canicule, alors B peut légitimement en chasser A. La légitimité vient de ce que chacun percevra que l'action de A était injuste, en ce qu'elle allait à l'encontre de R, puisqu'ils ont formé l'attente normative qu'il fallait suivre R⁶²⁶. En somme, on peut dire qu'il y a un consentement aux règles si chaque individu reconnaît leur légitimité pour organiser ses actions et anticiper celles des autres.

La validité d'une règle, et donc l'accord volontaire supposé dans le cadre du consentement tacite, provient donc du fait que les individus sont eux-mêmes amenés à considérer la règle comme une base stable pour leurs attentes normatives – c'est-à-dire pour la sécurité des individus au sein d'une société donnée, ce qui était la raison pour laquelle les individus contractent, chez Hobbes. Cette explication de la légitimité des règles est fortement fondée sur une conception du *statu quo* qui serait absolument étrangère à Rawls, puisque la règle en place peut être extrêmement injuste au sens des principes de justice (par exemple, si en période de canicule et de sécheresse on autorise certains individus à remplir des piscines sans partager la ressource en eau à d'autres individus qui en ont besoin). Néanmoins, l'argument de Buchanan peut être reformulé de façon à être pleinement cohérent avec son propos antérieur : une règle est légitime, si les individus, ayant observé depuis longtemps la règle, considèrent eux-mêmes la règle comme légitime en fondant leurs attentes normatives à partir de cette règle. Comme la légitimité chez Buchanan ne provient de nulle autre source que l'acceptation des individus, l'usage de la règle comme socle pour former des attentes normatives envers les autres individus peut être considérée comme une preuve de l'accord volontaire aux règles. Pour reprendre les mots de Buchanan et de Brennan (*Ibid.*) : "Cela indique que les règles dominantes, du simple fait de leur existence, projettent une aura de justice"⁶²⁷. Buchanan n'est pas amené, à l'instar de Nozick (1974), à défendre une analyse historique de la détermination du *statu quo*, pour savoir si les inégalités d'un état donné de la société sont le résultat d'un processus volontaire de transaction. Le *statu quo* peut être le résultat d'un processus injuste, à partir du moment où il produit des attentes normatives partagées, il devient juste.

⁶²⁶ On retrouve une définition similaire de ce qu'est une norme sociale chez Bicchieri (2006), où l'idée d'attente normative est spécifiée. Le concept de connaissance commune (*common knowledge*) que je mobilise dans ce passage est tiré de la théorie des jeux coopératifs, notamment pour spécifier le choix dans un jeu à équilibre multiple. Un équilibre est sélectionné parmi d'autres si un élément est dit de connaissance commune, ce qui produit un point de saillance (*salience*) permettant la coordination rationnelle des individus. Il me semble que ces développements sont similaires à la vision de la coordination par les règles qu'on trouve chez Buchanan.

⁶²⁷ L'original dit : "It indicates that prevailing rules, simply by virtue of their existence, project an aura of justice" (Ma traduction).

Buchanan propose une théorie normative non pas du contenu des règles, mais du contenu de ce qu'il appelle les "méta-règles", à savoir le fait que les règles ne peuvent être choisies que si elles rencontrent ces conditions d'accord volontaires et de consentement, compris comme un *consentement tacite* (*Ibid.*, 117) : les règles sont justes si elles suivent des méta-règles acceptées. Cette méta-règle est elle-même fondée pour Buchanan dans les désirs des individus :

En outre, nous devons garder à l'esprit que les agents, à ce niveau d'abstraction, souhaitent conclure des accords volontairement, et ce pour une bonne raison : c'est la capacité de ces accords volontaires à établir des obligations morales qui est à l'origine de tout l'"exercice constitutionnel".

(*Ibid.*, 118)⁶²⁸.

Contrairement à Rawls, Buchanan cherche à établir une théorie de *l'obligation morale*, fondée sur l'idée de consentement et d'accord volontaire. Une règle implique une obligation morale à être suivie si on peut considérer que les individus ont consentis à cette règle. Rawls ne propose pas de théorie de l'obligation morale à partir de la position originelle. Bien que Rawls développe dans son concept de raisonnabilité l'idée d'une réciprocité et d'une obligation morale à suivre l'accord une fois effectué, l'auteur de la *Théorie de la justice* est conscient que les principes de justice en position originelle ne peuvent avoir de pouvoir moral (et encore moins *causal*, en légitimant une coercition étatique physique) sur les individus, mais fonctionnent plutôt comme une instance de persuasion. La position originelle n'est pas une recherche d'un contrat obligeant les individus *ex post*, mais un *procédé de représentation* permettant d'illustrer nos meilleurs arguments sur ce que devraient être des principes de justice.

Buchanan ne prétend donc pas développer une théorie substantielle de la justice, en spécifiant le contenu de principes de justice, mais une *théorie processuelle* de la façon dont doit se produire le changement dans les règles constitutionnelles pour que celles-ci soient légitimes. Son propos ne spécifie pas tant le contenu des règles que le processus de décision, à savoir l'accord volontaire et le consentement, qui garantit que les règles soient bonnes. À la différence de Rawls, Buchanan ne part pas d'une position idéalisée qu'est la position originelle,

⁶²⁸ L'original dit : "Moreover, we must bear in mind that the agents at this abstract level wish to secure agreements voluntarily, and for good reason: It is the capacity of such voluntary agreements to establish moral obligations that drives the whole 'constitutional exercise'" (Ma traduction).

mais du *statu quo* comme point de référence pour des individus rationnels qui perçoivent la coopération sociale comme un moyen d'obtenir plus d'avantages dans la coopération.

L'entreprise de Buchanan se distingue de Rawls sur plusieurs points cruciaux, à savoir (i) la conception de l'individu contractant, qui est hobbesien pour Buchanan et kantien pour Rawls et (ii) de la situation du contrat, l'état de nature pour Buchanan et la position originelle pour Rawls, ce qui implique de nombreuses différences quant à (iii) les contraintes informationnelles lors du contrat et donc (iv) les décisions prises par les individus en situation constitutionnelle. Buchanan apparaîtrait ainsi à la fois *moins normatif* que Rawls, car il ne spécifie pas des principes de justice que les individus choisiraient, mais s'intéresse aux méta-règles guidant le processus de choix des règles légitimes, *plus réaliste* en ce qu'il partirait des individus "tels qu'ils sont", à partir d'une situation effective qu'est le *statu quo*, et enfin *plus délibératif* en ce qu'il défendrait la capacité de tous à prendre part à la délibération pour déterminer le contenu des règles du jeu, ce qui est impliqué par le concept d'unanimité qui est requis pour garantir la légitimité des règles. À partir de l'étude des problèmes posés par la démocratie représentative à vote majoritaire, Buchanan montre que la situation de coopération négative nécessite une modification des règles du processus politique pour garantir le bon fonctionnement de la société comme espace de coopération pour l'avantage mutuel. Néanmoins, il refuse explicitement d'imposer son point de vue sur les règles qui doivent répondre aux problèmes qu'il identifie, notamment le problème de la haute taxation, de la dette ou de l'inflation. De ce fait, son entreprise normative vise avant tout à défendre une "religion civique" (*Ibid.*) montrant l'inefficacité de l'intervention de l'État et la nécessité de changer les règles du jeu, pour garantir que le processus d'échange constitué par le marché perpétue son rôle social de coordination.

La confrontation avec le contractualisme de Rawls permet de faire apparaître ce qui participe de la problématique néolibérale chez Buchanan. Les deux auteurs sont intéressés à un problème général similaire, qui est celui du gouvernement par les règles, et font jouer aux limitations informationnelles un rôle important dans le but d'empêcher les interventions discrétionnaires portant la marque d'un biais social particulier. En un sens, Rawls hérite lui-aussi du problème néolibéral, ce qui peut être attesté historiquement et théoriquement. Cependant la *Théorie de la justice* n'est pas un ouvrage de philosophie politique néolibéral. Deux grandes raisons permettent d'expliquer cela. D'une part, le rôle de l'ignorance chez Rawls est maximal, si bien qu'il neutralise totalement les différentes positions sociales et produit une théorie idéale qui met entre parenthèse tous les problèmes épistémologiques qui ont constitué

le néolibéralisme et son intérêt philosophique. D'autre part et surtout, Rawls ne donne pas au marché la place de premier principe. Au mieux, le marché joue un rôle instrumental dans la sphère de l'échange de biens et de l'emploi. Mais il est aussi, potentiellement, un danger pour l'émancipation des individus, en produisant des inégalités qui conduisent certains individus à ne plus pouvoir être des partenaires d'une société de coopération à part entière. De son côté, Buchanan fait jouer un rôle radicalement différent à la fois à la contrainte informationnelle et au marché. Le voile d'incertitude n'abolit pas les intérêts individuels, mais implique juste de l'incertitude sur le futur vis-à-vis de la généralité des règles. De plus, Buchanan donne une place centrale au marché dans dispositif. Si ce qui est premier est l'échange entre individus, alors le marché est le lieu central de réalisation non seulement d'aspirations pratiques, mais aussi des modalités de réalisation de soi. Le marché, comme chez Hayek, les ordolibéraux ou Lippmann, joue davantage qu'un rôle de coordination économique, mais constitue aussi un ordre éthique et politique. Cette défense du marché est accentuée par Buchanan par le fait que sa théorie se situe dans la défense *du statu quo*, dans lequel la société est déjà plus ou moins libérale et donne une place importante au marché.

Cela dit, la perspective contractualiste de Buchanan spécifie la façon dont se pose le problème, notamment en partant des préférences des individus tels qu'ils sont, pour penser le problème de l'édiction et de la transformation des règles. Le changement de règles d'une société libérale n'intervient pas depuis le point de vue de l'expertise, simplement par un processus évolutionnaire, mais de manière démocratique, par le choix que les individus font en situation. L'approche de Buchanan, dans ce cadre, ne se situe qu'au niveau méta-normatif, c'est-à-dire que l'auteur virginien s'intéresse aux procédures que doit suivre une décision collective pour être valide.

3. Réalisme, normativité et délibération : la théorie contractualiste comme réponse au problème néolibéral ?

L'argumentation a jusqu'ici constitué en une reconstruction analytique des positions de Buchanan et de Rawls, en développant des arguments pour défendre leurs positions. J'ai montré comment les positions de Rawls et Buchanan se distinguaient sur des conceptions fondamentales dans leur contractualisme respectif. Je propose de franchir dans cette dernière partie un pas analytique supplémentaire et de proposer une évaluation des affirmations de

Buchanan relatives à sa théorie contractualiste, notamment quant au fait de savoir si celle-ci peut être dite *plus réaliste, moins normative* et finalement *plus délibérative* que celle de Rawls. Ce point est d'importance car, comme je l'ai mentionné, Buchanan se situe avant tout au niveau méta-théorique. Comme je l'ai défendu au chap. IV, il n'est cependant pas certain qu'un méta-interventionnisme soit, finalement, moins normatif, que l'interventionnisme critiqué par les néolibéraux. Il nous faut voir si la proposition théorique de Buchanan offre des armes satisfaisantes pour répondre à cette interrogation structurelle des théories néolibérales. À mon sens, cela ne peut pas être établi, et la théorie de Buchanan est au moins tout aussi peu réaliste, tout autant normative et tout aussi peu délibérative que celle de Rawls. Cela fera apparaître que la résolution du problème néolibéral chez Buchanan reconduit les enjeux problématiques structurels des théories néolibérales.

3.1 Les individus "tels qu'ils sont" : le contractualisme de Buchanan est-il plus réaliste que celui de Rawls ?

J'ai relevé plusieurs occurrences, dans lesquelles le contractualisme de Buchanan offrirait une perspective plus réaliste que celui de Rawls, qui serait fondée sur une position "idéalisée" (Buchanan et Brennan, 1985, 30). *A contrario* la position de Buchanan serait réaliste (Buchanan, 1975a, 201) et moins exigeantes (*less demanding*) pour les individus (Buchanan et Brennan, 1985, 140). Buchanan valorise, par ailleurs, le réalisme de ses propres positions à plusieurs reprises, notamment vis-à-vis des libertariens qui favorisent un état d'anarchie (Buchanan, 1975a, 14). Pour autant, la position de Buchanan n'interdit pas de hauts niveaux d'abstraction (Buchanan et Brennan, 1985, 118). Ainsi Buchanan peut-il écrire, pour se distinguer de Rawls :

D'un point de vue réaliste, nous devons reconnaître que les personnes ne feront pas, et ne peuvent pas faire, de choix constitutionnels derrière un voile d'ignorance totale, en raison soit de leur incapacité à adopter la position morale que leur demande John Rawls, soit de l'impossibilité de concevoir des circonstances institutionnelles suffisantes pour rendre une telle position rationnelle strictement à partir de l'intérêt individuel.

(*Ibid.*, 140)⁶²⁹.

Avant de continuer plus avant notre propos, il nous faut donc distinguer plusieurs sens possibles de *réalisme*, pour comprendre dans quel sens Buchanan peut se dire plus réaliste que Rawls. Il est évident que le réalisme en question ici n'est pas un *réalisme physique*, à savoir que notre théorie décrit des états du monde, tel que A, B, C...n existent et que leur propriété, Ateté, Bteté et Ctété existent également, indépendamment de nos croyances, de nos représentations ou de nos préférences. En effet, sur le sujet dont parlent Rawls et Buchanan les préférences et les représentations des individus constituent les problèmes traités. Il ne s'agit pas non plus de la question traditionnelle du *réalisme moral*, à savoir si des énoncés moraux sont susceptibles de vérité ou de fausseté, puisqu'il n'existe *a priori* pas de "faits moraux" dans une description communément acceptée du monde. En effet, Buchanan et Rawls ne cherchent pas à savoir si leurs énoncés peuvent être vérifiés dans le sens où leur théorie décrirait le monde. Leurs positions sont normatives et non descriptives. Il nous semble qu'il est question ici de ce qu'on peut appeler un *réalisme d'identification*, en ce que les propositions discutées doivent pouvoir être validées par l'identification possible des individus. Dans ce contexte, une théorie est réaliste si les individus postulés par la théorie sont susceptibles d'être reconnus comme étant proches des individus réels, par les individus réels. Le réalisme dont se revendique Buchanan tient donc à ce que sa conception de la personne se veut mieux réussir à ce que Gaus et Thrasher ont appelé le *test d'identification* (Gaus et Trasher, 2015, 41), à savoir le fait que les *individus réels*, avec leurs propres intérêts, peuvent s'identifier avec la rationalité des principes. Chacun devrait ainsi voir que, dans les conditions spécifiées, à savoir le voile d'incertitude, les individus représentés sont semblables à lui-même. Cette affirmation, d'une concordance entre l'identification des individus et la théorie du choix rationnel, porte en dernière analyse sur le fait de savoir si les individus choisiraient bien empiriquement ce que choisissent les individus rationnels tels qu'ils sont modélisés, c'est-à-dire des *homoeconomicus* capables de choisir les règles qui structurent leurs interactions (Buchanan et Brennan, 1985, chap. IV). En dernière instance, l'argument de Buchanan sur le caractère plus réaliste de sa théorie, quand bien même elle fait également appel à une abstraction importante, par exemple dans le passage de l'état de nature à l'existence de l'État pour garantir les droits de propriétés. Le réalisme dont se réclame

⁶²⁹ L'original dit : "Realistically, we must recognize that persons will not, and cannot, make constitutional choices behind a veil of complete ignorance, owing either to their inabilities to adopt the moral stance urged on them by John Rawls or to the impossibility of designing institutional circumstances sufficient to make such a stance rational on strict self-interest grounds" (Ma traduction).

Buchanan tient donc au fait d'être capable de produire une théorie qui passe le *test de l'identification*.

L'argument du réalisme repose donc sur une prémisse. Si les individus doivent pouvoir s'identifier aux individus décrits par Buchanan, c'est que la théorie de l'action mobilisée par Buchanan serait plus pertinente pour décrire les individus en situation de choix constitutionnel⁶³⁰. Cette théorie est la théorie du choix rationnel, qui constitue une théorie susceptible de réussir le test d'identification. Rawls a souvent été associé avec la théorie du choix rationnel⁶³¹, notamment pour choisir les principes de justice, mais comme nous l'avons vu, et principalement à partir de *Libéralisme Politique*, Rawls établit une distinction importante entre le *rationnel* et le *raisonnable* en stipulant qu'il est impossible de réduire le second au premier. La rationalité guide les individus dans la poursuite de leurs propres fins, alors que la raisonnable leur permet de reconnaître la validité des fins des autres individus. Le choix rationnel n'intervient chez Rawls qu'en complément de la raisonnable, et non en étant l'unique opérateur du choix. Au contraire, chez Buchanan les aspects moraux du choix constitutionnels sont décrits comme "non pertinents" (*Ibid.*, 53). Nous avons vu, dans la citation précédente, que ce point de désaccord est majeur, car ce sont les pré-requis moraux de la théorie rawlsienne qui sont pour Buchanan trop restrictifs et trop peu réalistes. Cette critique n'est pas propre à Buchanan. Comme l'indique Vallier (2021), le néolibéralisme peut être défini comme une théorie non-idéale, c'est-à-dire premièrement intéressée aux possibilités de transformation de la société et des règles dans des conditions effectives. On retrouve, chez Lippmann par exemple, le même type de critiques vis-à-vis de la théorie politique de son temps, inattentives aux conditions réelles de l'exercice démocratique.

Trois arguments sont mobilisés par Buchanan pour défendre le réalisme de la théorie du choix rationnel *pour étudier les questions constitutionnelles*. Ces arguments sont les suivants, dans un ordre croissant d'importance : la symétrie (i), la concordance empirique (ii),

⁶³⁰ Ma formulation éloigne volontairement le fait de dire qu'elle décrirait mieux leur comportement en général, ou les modéliserait tels qu'ils sont, alors qu'on trouve des occurrences de ces énoncés dans les textes, car cela ne correspond pas à la défense explicite que produit Buchanan de sa théorie de l'action. Il nous semble que Buchanan n'est pas nécessairement cohérent par ce qu'il entend systématiquement par réalisme dans les différentes instances d'usage de formules soulignant le plus grand réalisme de sa position, et nous écartons donc volontairement les cas les moins cohérents.

⁶³¹ Ce qui est en effet aisément déduisible des propos du travail de Rawls lui-même (Rawls, 1971, § 4), où Rawls énonce que la théorie de la justice est la partie la plus importante de la théorie du choix rationnel. Dans *Political Liberalism* Rawls revient sur ce passage et le désigne comme "tout simplement incorrect" (Rawls, 1993, 53n).

l'argument méthodologique de l'analyse des conflits (iii) (Buchanan et Brennan, 1985, 48-54)⁶³².

L'argument de la symétrie est à la fois simple et efficace. L'argument peut être résumé dans la forme suivante :

1. Une théorie qui réussit à expliquer des activités humaines différentes avec le même type d'explication est supérieure aux théories concurrentes.
2. L'activité économique et l'activité politique des humains sont deux activités différentes.
3. Nous pouvons expliquer ces activités avec une même théorie : la théorie du choix rationnel.
4. Donc la théorie du choix rationnel est meilleure que les théories concurrentes, par exemple la théorie institutionnaliste qui propose des explications comportementales dépendantes de la structure institutionnelle en place. On évite ainsi de postuler une schizophrénie chez les individus étudiés, en fonction des actions menées.

La première prémisse stipule que *l'unification*, par le moyen ici du *réductionnisme*, est une qualité épistémologique en soi. Les comportements humains sont variés, mais on peut les réduire à une base commune de façon à unifier notre théorie générale de l'action. Il ne nous appartient pas ici de discuter des vertus, ou des possibilités empiriques, du réductionnisme et de l'unification théorique. On peut uniquement remarquer que ce critère est, à lui seul, insuffisant pour justifier le fait que la théorie du choix rationnel serait plus réaliste, bien que la *cohérence*, qui découle de l'unification, soit intrinsèquement une vertu épistémique.

Les débats sur la théorie du choix rationnel (TCR) sont extrêmement nombreux et je me contenterai ici d'un argument isolé. L'hypothèse de la schizophrénie, le fait que des individus obéiraient à plusieurs théories de l'action différentes en fonction de leur environnement social, n'est pas une hypothèse si farfelue, on pourra regarder notamment les contributions dans Elster (1987) sur les identités multiples. Les contributions se concentrent principalement sur la question de l'*akrasia* et l'auto-aveuglement (*self-deception*) pour montrer qu'il y a à la fois chez les individus une volonté de maximisation conforme à la TCR mais aussi

⁶³² On retrouve un même type d'argument chez Gauthier (1986) avec néanmoins une défense non pas par le réalisme, mais par une forme de naturalisme en science sociale : la théorie du choix rationnel étant la meilleure théorie de la décision en sciences humaines, elle doit servir de *benchmark* pour notre théorie politique.

d'autres éléments importants de la cognition humaine qui entrent en tension avec la théorie du choix rationnel et qui y sont irréductibles. Pour être tenue comme satisfaisante, une unification théorique doit pouvoir réduire les énoncés des théories des autres domaines à son propre langage sans perdre en pouvoir explicatif. De ce point de vue, la symétrie revendiquée par Buchanan est certainement une qualité pour une théorie, *ceteris paribus*, mais ne saurait constituer par soi seule un argument décisif. En effet, l'unification des comportements sous une même théorie peut se faire au moyen d'une théorie fautive, dépourvue de contenu empirique et purement formelle. Il faut bien noter que la position que je soutiens n'est pas une thèse forte (*i.e.*, stipulant que la TCR *ne peut pas* être une bonne théorie unifiante) mais une thèse plus faible (*i.e.*, stipulant que l'unification seule n'est pas un critère décisif de justification), spécifiquement pour défendre le réalisme plus grand d'une théorie. Ainsi, même en prenant au sérieux la thèse du gain de la symétrie, et donc en acceptant la prémisse que la théorie du choix rationnel est une bonne théorie, au sein de l'économie, l'argument est insuffisant pour défendre l'affirmation de Buchanan⁶³³. Deux problèmes limitent la portée de cet argument : (i) le fait que la TCR soit une bonne théorie d'unification, ce que Buchanan reconnaît comme étant une présupposition non démontrée de son argument (*Ibid.*, 51) et (ii) le fait que l'unification elle-même soit justifiée, c'est-à-dire sans gommer et mettre de côté des phénomènes importants de la vie mentale et sociale des individus (*l'akrasia*, mais aussi les dilemmes, la délibération et changement de préférences, etc.). Pour défendre la pertinence de la TCR il nous faut passer à un deuxième argument, à savoir celui de la validité empirique.

L'argument de la concordance empirique de la TCR défend que la théorie du choix rationnel soit réaliste car elle permet de rendre compte des raisonnements des individus, de les expliquer et de les prédire. On peut interpréter ici l'argument de plusieurs façons différentes, notamment en ce que *l'irréalisme des hypothèses* (tel que défendu par Friedman, 1953) n'implique pas un contenu empirique nul. Cette position est défendue par Buchanan dans *The Calculus of Consent* (Buchanan et Tullock, 1962, 29-30). En effet, si la TCR permet bien, généralement, d'établir des prédictions c'est qu'elle réussit à isoler un *mécanisme causal réel*, qui, au prix de l'idéalisation est mis au jour. Dans ce cadre, l'irréalisme au sens usuel du terme est le prix à payer – au moyen de l'abstraction et de l'idéalisation qui fait disparaître un nombre

⁶³³ Sur le fait que la théorie du choix rationnel, et plus spécifiquement la théorie de l'utilité espérée, puisse être une bonne théorie unifiante spécifiant une théorie de la rationalité, voir Malecka (2020) qui montre que cette théorie est essentiellement considérée comme normative, et que les fondements argumentatifs pour justifier la normativité de cette théorie sont faibles.

important de variables – pour atteindre la réalisticité (*realisticness*)⁶³⁴. Néanmoins, nous voyons ici que si cet argument peut être pertinent dans le cadre d'une discussion sur le réalisme en philosophie des sciences, ce n'est pas le sens de réalisme que nous avons isolé plus haut : la réalisticité comme isolement d'un mécanisme causal du monde n'a rien à voir avec l'identification que les individus peuvent ressentir vis-à-vis des individus modélisés⁶³⁵. Tout cela est explicité chez Buchanan dès *The Calculus of Consent* :

Aucun économiste, à notre connaissance, n'a jamais nié qu'il y ait des échanges qui ne soient pas 'économiques'. Certains acheteurs individuels paient délibérément aux vendeurs des prix supérieurs à ceux qui sont nécessaires pour obtenir le produit ou le service acheté, et certains vendeurs acceptent délibérément des prix inférieurs à ceux que les acheteurs sont prêts à payer. La théorie n'exige pour son utilité que l'existence de la relation économique à un degré suffisant pour rendre la prédiction et l'explication possibles.

(Buchanan et Tullock, 1962, 22)⁶³⁶.

Pour cette raison, Buchanan n'accorde pas trop d'importance à la concordance empirique, car son argument principal est méthodologique. Il faut isoler deux éléments "empiriques" de la TCR pour constituer le socle de l'argument méthodologique, à savoir (i) qu'il est possible

⁶³⁴ La réalisticité est le néologisme par lequel je traduis, en français, *realisticness*, pour rendre l'opposition anglaise entre *realism* et *realisticness*, sachant qu'une théorie être *realistic* sans être *realist*. On trouve ce vocabulaire chez Mäki (2009).

⁶³⁵ Je passe sur le fait que la défense de la TCR par Buchanan sur ce terrain est moins ferme qu'il semble le dire. En effet, la section de son argumentation consacrée à la défense empirique de la TCR fait l'éloge des stratégies *ad hoc*, c'est-à-dire de la souplesse des hypothèses de la théorie, qui peuvent être modifiées pour répondre aux critiques, notamment lorsque la TCR est considérée de façon étroite en postulant des individus qui maximisent les gains monétaires. D'un côté, Buchanan semble utiliser un argument poppérien (*i.e.*, que dans une comparaison interthéorique il faut favoriser la théorie la plus générale, ainsi que celle qui explique le plus avec moins d'hypothèses, *ceteris paribus*) et de l'autre un argument antipoppérien (*i.e.*, vanter la souplesse théorique de la TCR comme s'adaptant à toutes les critiques qui peuvent être faites, étant ainsi irréfutable). Deux conceptions sont ainsi soutenues en même temps tout en étant contradictoires : (i) la TCR a un contenu empirique mais n'est pas générale, car de nombreuses études empiriques la remettent en cause, Gaus (2018b) en fait d'ailleurs la démonstration ou (ii) la TCR est générale et explique tous les comportements, mais alors elle n'est plus réfutable et n'a pas de falsificateur empirique possible.

⁶³⁶ L'original dit : "No economist, to our knowledge, has ever denied that exchange takes place which is not 'economic'. Some individual buyers deliberately pay to sellers higher prices than is necessary to secure the product or service purchased, and some sellers deliberately accept lower prices than buyers are willing to pay. The theory requires for its usefulness only the existence of the economic relation to a degree sufficient to make prediction and explanation possible" (Ma traduction).

d'identifier les biens que les individus valorisent, et (ii) que les individus considèrent leur intérêt comme étant distinct de celui des autres (Buchanan et Brennan, 1985, 51).

Deux choses sont ainsi supposées. Le premier élément est un des principes de base de la TCR, à savoir que la courbe de la demande est décroissante (par rapport au prix) qui détermine un seuil (le vecteur de prix) qui maximise les gains des individus. Si la relation de la demande au prix n'est pas décroissante, il est impossible de déterminer quels paniers de biens les individus veulent acheter. Cela correspond, réduit à l'essentiel, à l'idée que, face à un choix, l'individu représentatif choisira "plus" de biens que "moins" (Buchanan et Tullock, 1962, 22)⁶³⁷. Le second élément est l'individualisme méthodologique, compris dans la TCR, à savoir que chaque individu est porteur de ses propres préférences, qui doivent être distinctes de celles des autres, sans quoi le comportement rationnel n'a pas de sens. On peut bien entendu avoir des préférences concordantes avec autrui, ou pour le bien d'autrui, mais nous n'avons pas les *mêmes préférences stricto sensu* car nous ne sommes pas le même individu.

Ces deux pré-requis sous-déterminent, néanmoins, ce que présuppose la conception de la rationalité de Buchanan. En effet, dans sa théorie de l'émergence des droits de propriétés les institutions ne doivent être déduites que de la rationalité des individus comprise comme TCR. Cela suppose que la raisonnabilité des arrangements moraux entre individus peut être systématiquement réduite à la rationalité. Nous pouvons bien entendu discuter le fait qu'une telle thèse soit acceptable du point de vue du *test d'identification*. Empiriquement, comme Dold (2018) et Gaus (2018b) le défendent, les individus semblent bien épris de concepts comme celui de réciprocité et de gain mutuel, y compris dans des situations, type jeu de l'ultimatum, où les individus gagneraient davantage à être strictement rationnels. Néanmoins, un argument important pour Buchanan est le fait que la TCR n'est pas une bonne théorie *en général* mais une bonne théorie *pour étudier le choix constitutionnel* (Buchanan et Brennan, 1985, 51), ce qui nous entraîne au troisième argument, à savoir l'argument méthodologique.

L'argument méthodologique de l'analyse des conflits est le plus important, car il est celui qui défend le plus directement la pertinence de la TCR dans le cadre du choix constitutionnel, et non comme théorie générale de la rationalité applicable à toutes les sphères de la vie humaine en général. L'argument prend la forme suivante :

⁶³⁷ Buchanan et Brennan ajoutent ici que si les valeurs sont données, les *trade-off* entre les valeurs ne sont pas spécifiés par la théorie, c'est en effet au choix collectif de déterminer les *trade-off*.

1. La situation de choix du contrat est une situation où les intérêts des individus sont en conflit.
2. La TCR est une théorie qui étudie le conflit uniquement à partir des intérêts des individus.
3. La TCR est donc justifiée à être la bonne théorie pour le choix constitutionnel, qui est une instanciation du contrat.

Pour comprendre cet argument, il faut déplier la première proposition. Imaginons deux individus, A et B, qui contractent pour que B construise la maison de A. Bien évidemment, A souhaite engager B pour son intérêt personnel, à savoir posséder une maison. Pour que cette mission soit menée à bien, A peut donc s'enquérir de la réputation de B auprès de ses précédents clients, pour évaluer le risque que B fasse défection et parte avec l'avance que A lui donne pour construire la maison. Si la probabilité de la défection est élevée, il est probable que A ne contracte pas avec B. Si la probabilité est plus faible, A et B peuvent s'entendre sur un contrat formel, avec l'aide d'un juriste, C, qui annonce des sanctions pour B au cas où ce dernier fait défection. Pour que le contrat soit possible, il faut que les individus dans leurs intérêts antagonistes soient pris en compte, à savoir que A a intérêt à la construction, et B a intérêt à faire défection, et à ne construire la maison que s'il peut anticiper que le coût de la défection est supérieur à la construction. Ce que cet exemple montre, car à l'issue de notre récit nous ne savons pas si A et B doivent contracter, cela dépend des probabilités que A et B peuvent estimer rationnellement (B est-il fiable, A a-t-il les moyens de poursuivre B ?), c'est que le *concept de contrat* implique avant tout et essentiellement la notion *d'intérêt individuel* et non pas des notions morales non rationnelles. Le contrat existe pour deux individus, ou davantage, qui cherchent à se coordonner, pour obtenir un bien plus grand collectivement. Le concept de contrat émerge *du conflit des intérêts*. Comme l'indique par la suite Buchanan, en faisant référence à un passage bien connu de *La Richesse des nations* :

Lorsque nous examinons les propriétés de l'ordre marchand idéalisé, par exemple, nous pouvons reconnaître avec Adam Smith que le consommateur ne dépend pas, pour la viande de son souper, de la bienveillance du boucher, sans exclure le moins du monde l'existence d'une telle bienveillance. Le boucher peut être ou ne pas être bienveillant avec ses clients. Le point crucial est qu'une telle

bienveillance n'a pas besoin d'être présente, et donc qu'elle soit existante ou non est essentiellement sans importance.

(Buchanan et Brennan, 1985, 153)⁶³⁸.

Nonobstant le fait que les différents arguments avancés sont potentiellement incompatibles entre eux – la défense de l'unité et de la cohérence dans l'usage de nos théories de l'action se marie mal avec la défense de la TCR comme étant uniquement analytiquement pertinente pour le choix constitutionnel – et le fait que plusieurs conceptions du réalisme semblent se mélanger – notamment deux conceptions importantes, à savoir une conception de la TCR comme étant réaliste du point de vue de l'explication, c'est-à-dire isolant un mécanisme causal permettant d'étudier la réalité, et une conception de la TCR comme étant réaliste du point de vue de l'identification, car les individus doivent pouvoir s'identifier à ce modèle pour que la théorie de Buchanan puisse avoir un contenu normatif, sur la base de son individualisme normatif – l'argumentation de Buchanan repose donc sur le fait que le contrat social est pensé comme *une situation de conflit* et de négociations entre individus rationnels.

J'ai montré que Rawls refuse de percevoir la position originelle comme une situation de conflit, et la décrit comme une situation de coopération, car les individus sont doués d'un sens de la justice, qui permet à la coopération d'avoir lieu sans que les comportements opportunistes ne dominent. Toute la question du réalisme repose sur le fait de savoir si la présupposition rawlsienne du sens de la justice, et donc le fait de reconnaître les autres individus comme également porteurs de valeurs qu'il faut respecter – son éthique kantienne – est justifiée du point de vue de l'identification. Kogelmann (2018) pense que la théorie rawlsienne est moins réaliste de ce point de vue, car elle ne permet pas de rendre compte de la *stabilité* des institutions libérales une fois mise en place, et notamment à la recherche de rente (*rent-seeking*) qui risque de miner la société libérale. Les individus, une fois dotés des informations sur eux-mêmes, quand le voile d'ignorance se relâche peu à peu, peuvent être entraînés à ne pas respecter les principes sans contrainte ou à jouer avec les principes de façon à maximiser leurs gains personnels. Ainsi "l'utopie réaliste" qu'est la philosophie politique rawlsienne (Rawls, 2001, partie I) est condamnée à demeurer profondément utopique plutôt

⁶³⁸ L'original dit : "When we examine the properties of the idealized market order, for example, we can agree with Adam Smith that the consumer does not depend for his supper's meat on the benevolence of the butcher, without in the least ruling out the existence of such benevolence. The butcher may or may not be benevolent toward his customers. The crucial point is that such benevolence need not be present, and hence whether or not it is present is essentially irrelevant" (Ma traduction).

que réaliste, alors que la théorie de Buchanan modélise les individus de façon qu'ils puissent se reconnaître dans les individus choisissant le contrat social, car celui-ci ne fait appel qu'à des individus rationnels, ce qui explique pourquoi les exemples de Buchanan sont prosaïques (le contrat de construction, les jeux etc.).

Il apparaît cependant que plusieurs arguments peuvent être mobilisés contre la compréhension du contrat comme étant essentiellement un conflit : (i) l'argument de Buchanan ne rend pas la relation entre contrat et conflit nécessaire, (ii) on peut imaginer des accords contractuels entre individus qui ne sont pas conflictuels et (iii) la dérivation de la raisonabilité à partir de la rationalité n'apparaît pas garantie pour établir les *conditions de possibilités* du contrat.

Pour ce qui est des arguments (i) et (ii) il faut tout d'abord voir que la relation entre contrat et conflit ne saurait être uniquement garantie par un exemple, celui du contrat de construction. Nous pouvons fort bien nous accorder sur le fait de nous balader demain et ainsi contracter en un sens (sans nécessairement que ce contrat soit formel) dans l'optique d'aller se balader *ensemble*. J'insiste ici sur le 'ensemble' car la fin commune que nous visons en nous engageant dans cette activité est une fin qui ne peut être accomplie qu'à deux, et que chacun accompli pour son propre plaisir, qui est tiré du fait de fréquenter l'autre. Dans cette situation, l'accord individuel n'est pas une situation conflictuelle, mais une situation dans laquelle les individus s'engagent, et produisent des attentes normatives, l'un pourra reprocher à l'autre de ne pas être venu au rendez-vous, ou même de venir faire un footing plutôt que de marcher, dans une *action conjointe*⁶³⁹, puisque l'action n'a lieu que si les deux individus, qui ont intérêt à son avènement, accomplissent leur part de l'action. Chacun vise donc une fin qui ne peut être accomplie que si tous les autres coopèrent, sans pour autant que les autres aient des intérêts nécessairement divergents. Dans la théorie du contrat chez Locke et chez Rousseau il existe déjà de ce fait une forme d'engagement social (Freeman, 1990) qui garantit l'émergence du contrat, car chacun a intérêt à l'institution d'un ordre social, alors même que la situation est une situation de conflit généralisé. Chez Rawls, l'intérêt social des individus, qu'ils veulent réaliser ensemble comme être raisonnables, les engage dans la position originelle dans un choix qui n'est pas conflictuel mais purement coopératif. L'idée derrière cela est que les individus ne peuvent être simplement conçus comme des individus rationnels maximisateurs, puisque les préférences des individus rawlsiens sont lexicographiquement ordonnés (ce qui interdit les

⁶³⁹ Je reprends ici un exemple de Margaret Gilbert, dans son livre *Marcher ensemble* (Gilbert, 2003).

trade-off) et peuvent s'accorder sur une méta-préférence pour la justice de façon raisonnable (de façon à être rationnel et poursuivre leurs fins dans le cadre d'institutions justes). Ce faisant, nous avons uniquement contre-argumenté contre l'assimilation du contrat au conflit, en montrant comment Rawls s'inscrivait dans une autre conception du contrat, qui ne se réduit pas à celle de la négociation entre deux individus aux intérêts divergents et donc à la réduction du contrat au conflit. Pour que des individus ayant des intérêts divergents puissent contracter, il faut un arrière-plan coopératif qui fait partie des métapréférences de chacun pour la justice et qui sont donc des préconditions pour l'apparition même du contrat. Sans ces conditions le contrat ne peut même pas avoir lieu. Pour comprendre cela il nous faut passer à l'élaboration de notre troisième argument.

La dérivation de la raisonabilité (iii) à partir de la rationalité, principalement décrite dans l'ouvrage tardif, *Why I, Too, Am Not a Conservative* et dans le volume XVII des œuvres complètes "Moral Science and Moral Order", est profondément problématique. En effet, le passage de la situation de dilemme du prisonnier à une situation de coopération sociale, représentée par exemple par un jeu de *high-low* (voir notre chapitre VII), représente bien le passage d'un état de nature à un état social, sans pour autant que l'émergence du deuxième état soit rendu intelligible. La transformation du dilemme du prisonnier en *high-low* suppose un changement dans les règles, c'est l'introduction de sanctions ou de récompenses qui transforme la matrice de gains, alors que la situation de dilemme du prisonnier interdit analytiquement de quitter la solution de double défection du point de vue rationnel. Chez Buchanan, comme le montre Congleton (2018, 43), cela passe par le fait que les individus peuvent choisir rationnellement des règles morales menant à une plus grande coopération, en anticipant que ces règles favorisent la réciprocité dans la société civile. Cela est, en un sens, cohérent avec l'artificialité de l'homme défendue par Buchanan, notamment le fait que chacun peut choisir les règles qui vont contraindre son moi futur. Néanmoins, une telle position ne résout pas totalement la question de la dérivabilité.

Pour que l'état social coopératif émerge il est nécessaire d'introduire autre chose que la rationalité individuelle. Amadae (2015, 186-187) identifie la différence entre le rationalisme kantien, ou smithien, et celui qu'on trouve dans la théorie de Buchanan sur ce point. Chez Smith et chez Kant, le rôle de l'État est limité, mais la coopération des individus est garantie par des principes inhérents à la conscience humaine, à savoir chez Smith la sympathie qui permet une forme de réciprocité en faisant émerger, par jeu spéculaire, la figure du spectateur impartial, et chez Kant la raison pratique, qui consiste à reconnaître les autres comme d'autres individus

porteurs de valeurs. Or, pour Buchanan, la supposition que les individus pourraient être motivés par quelque chose comme le sens du devoir ou l'engagement est naïf, selon Amadae. L'émergence d'une conduite cooperative suppose donc un "ordre moral" (Buchanan, 2001) préalable à l'ordre social, qui permet aux individus de coopérer : "l'édifice libéral classique s'écroulerait rapidement si les personnes étaient indépendantes au sens où elles ne se reconnaissent pas dans un réseau interdépendant d'interactions sociales - un réseau qui implique que les autres personnes soient des êtres humains capables de réciprocité, qui agissent et choisissent des humains qui leur ressemblent" (Buchanan, 2005, 14)⁶⁴⁰. Dans le cas du contrat de construction, notre individu A fait bien appel à la réputation de B pour évaluer les probabilités de sa défection, et il existe donc un monde social qui véhicule une notion de confiance engageant à jouer un équilibre coopératif plutôt que celui de la défection. En bref : la stabilité de l'ordre libéral n'est pas davantage garantie avec la rationalité qu'avec la raisonnabilité rawlsienne⁶⁴¹. Buchanan défend que ce passage du rationnel au raisonnable est rendu possible, dans le choix constitutionnel, par la présence du voile d'incertitude (Buchanan et Congleton, 1998, 6), qui ne suppose "ni altruisme, ni prédisposition morale". En somme, la moralité kantienne émerge de la décision des individus à se contraindre. Néanmoins, l'émergence du critère de raisonnabilité et de réciprocité à partir du voile d'incertitude ne devient possible qu'à partir du moment où le voile d'incertitude devient tellement épais qu'il équivaut au voile d'ignorance, ce qui rompt avec le critère même du réalisme que défend Buchanan. Nous reviendrons sur cette question de la nécessité d'introduire une *incertitude extrême* dans le choix constitutionnel pour aboutir à de tels critères, dans notre section suivante. Remarquons immédiatement que le choix d'établir le voile d'ignorance, plutôt que celui plus fin, d'une incertitude relative, est le fruit de la raisonnabilité des agents dans la position originelle, qui choisissent de neutraliser les facteurs arbitraires de la décision. Sans pré-requis éthiques et moraux au moment du contrat, rien ne garantit ainsi que le contrat social soit libéral, ce que Buchanan lui-même finit par reconnaître (Buchanan, 2005).

⁶⁴⁰ L'original dit : "the classical liberal edifice would fall quickly if persons are independent in the sense that they fail to recognize themselves in an interdependent nexus of social interaction – a nexus that involves other persons to be reciprocating, acting and choosing human beings like themselves" (Ma traduction).

⁶⁴¹ La référence rawlsienne est d'ailleurs omniprésente dans le texte de 2005, où Rawls est cité 41 fois. Buchanan semble avoir évolué plus proche des positions rawlsiennes dans ce texte, voir par exemple les propos suivants pour décrire le choix constitutionnel : "Persons are engaged, as natural equals, in a process of conceptualized exchange, in which the separate liberties of individual action are given up. A person gives up his own liberty to act unilaterally against others in exchange for like sacrifices on the part of others, thereby generating social order that is mutually beneficial to all participants" (Buchanan, 2005, 43).

Il faut mentionner deux possibilités de réponse à ce stade : (i) il est possible de produire une théorie de l'émergence du sentiment de réciprocité et de la raisonnabilité à partir de la rationalité, par exemple avec la théorie des jeux évolutionnaires qui montrent qu'en situation de jeux répétés une stratégie rationnelle peut être de coopérer sur le long terme si l'autre coopère, lorsque le jeu est conçu comme potentiellement infini (le "folk theorem") – sans quoi toute coopération est de nouveau impossible, ou (ii) l'émergence de l'ordre moral permettant l'ordre social présuppose à son tour des normes qui sont les préconditions nécessaires pour faire en sorte que les individus doivent se considérer comme des égaux pour faire société, et nous rentrons dans le problème d'une régression normative. La première possibilité, bien que pertinente dans le cadre des sciences sociales, ne me semble pas être une solution au problème que nous rencontrons. Il nous faut, en effet, distinguer entre deux problèmes : le problème de la *dérivabilité conceptuelle*, et le problème de *l'émergence historique*. Le problème de la dérivabilité conceptuelle revient à savoir s'il est possible de faire dériver conceptuellement l'émergence de la raisonnabilité à partir des principes du choix rationnel ; le problème de l'émergence historique revient à savoir comment la raisonnabilité a pu émerger à un moment donné à partir de choix rationnels. La première question possède des implications normatives (quelle conception de la personne faut-il avoir pour notre théorie du contrat ?), alors que la seconde est essentiellement descriptive (peut-on montrer que la raisonnabilité et notamment la coopération émerge à partir de comportements rationnels ?). Même si une théorie de l'émergence de sentiments de réciprocité dans une théorie évolutionnaire s'avérait convaincante⁶⁴², la question normative et conceptuelle de la dérivabilité du raisonnable à partir du rationnel ne peut pas être réduite à la question de commencements historiques ou conceptuels de la raisonnabilité. Il est en effet probable que nos sentiments moraux favorisant la coopération – et ayant évolué en dialogue avec la coopération – soient apparus graduellement à partir de comportements naturels qu'on peut modéliser avec les outils de la théorie des jeux, néanmoins une telle démonstration historique ne nous donne pas la clef de la question de la dérivabilité conceptuelle : le commencement n'est pas l'origine⁶⁴³. C'est donc la seconde

⁶⁴² Ce sur quoi je reste pour le moment agnostique. Il existe d'excellentes contributions sur le sujet, notamment Sugden (1986), Bicchieri (2006) ou encore Guala (2016).

⁶⁴³ À supposer que la perception d'une suite quasi-infinie de jeu soit possible pour des êtres strictement rationnels : pour envisager mutuellement cette fin comme possible il faut que les individus se représentent les autres individus en train de coopérer, et ce faisant ils auront toujours l'incitation à faire défection.

solution qui est souvent considérée comme correcte, et avec elle la nécessité de considérer un ordre moral sous-jacent premier, comme défendu par Gaus (2018b, 2021)⁶⁴⁴.

Le concept de rationalité est insuffisant pour penser le contrat, et que ce dernier ne saurait être réduit à l'idée de conflictualité. Sur ces deux points, la position de Buchanan apparaît discutable. Nous pouvons revenir à la question principale du réalisme qui nous intéresse dans cette section. Peut-on dire que la théorie de Buchanan est *plus réaliste* que celle de Rawls, au sens où elle réussirait mieux le test d'identification dans le cadre du choix constitutionnel, sachant que dans aucune des deux théories les individus contractants et supposés donner leur accord volontaire ne sont des *individus réels* ? La réponse à cette question, au-delà de l'évaluation des arguments au soutien de la thèse de Buchanan, suppose avant tout une identification empirique des individus aux modèles développés pour étudier leurs choix. Il n'est pas certain que la théorie de Buchanan, même en relâchant les contraintes informationnelles au niveau du choix constitutionnel, soit plus réaliste que celle de Rawls, faisant appel à nos préférences pour une société bien ordonnée. En effet, la question du réalisme n'est pas uniquement relative aux limites informationnelles introduites dans le choix constitutionnel – si celui-ci est proche ou non des individus 'en chair et en os' –, auquel cas la théorie de Buchanan serait bien sûr avantagée, le voile d'incertitude étant plus fin que celui d'ignorance, mais aussi et surtout à la conception de la personne mobilisée : les individus sont-ils strictement rationnels, ou ont-ils également des intérêts sociaux et coopératifs, ont-ils une métapréférence collective pour des institutions justes permettant de poursuivre leurs fins particulières ? J'ai montré qu'une conception de la personne strictement rationnelle, dans le sens de la TCR, rencontrait des difficultés importantes, néanmoins cela n'interdit pas en droit à la théorie de Buchanan de réussir le test d'identification. Je me permets de reprendre un élément de la conclusion de Samuel Freeman dans son analyse des théories du contrat de Rawls et de Gauthier, sur cette question de l'identification pour suggérer de l'appliquer à la comparaison de Buchanan et de Rawls :

Les deux conceptions de la personne - la notion de l'individu démocratique pleinement autonome de Rawls et la conception idéalisée de l'"homme économique" de Gauthier – représentent des types

⁶⁴⁴ Comme le montre Gaus (2021), on peut, sinon, remonter jusqu'aux origines de l'espèce humaine dans l'évolution, pour montrer que les formes de coopération sociale existent chez nos parents proches, notamment chimpanzés et bonobos, et notre ancêtre commun probable, *Pan*.

engendrés par nos institutions de base. Ces conceptions reflètent une tension fondamentale à l'œuvre dans notre culture, et peut-être en nous-mêmes.

(Freeman, 1990, 156)⁶⁴⁵.

S'arrêter à ce point serait oublier néanmoins que l'identification n'est pas la seule vertu recherchée par les théories, qui cherchent également à être valides en ce que des individus pourraient non seulement s'identifier dans les individus du choix constitutionnel et de la position originelle, mais aussi *reconnaître* la légitimité de leur décision et donc accorder un poids normatif important aux décisions prises dans ces situations. Il faut donc distinguer l'*identification* et la *reconnaissance*. L'identification tient dans la capacité des individus à s'identifier aux individus de la théorie, alors que la reconnaissance tient à la possibilité d'accepter que les résultats de la théorie constituent bien des résultants attrayants moralement. Comme Rousseau le voit déjà dans le *Contrat Social*, il est tout à fait possible que les deux choses ne coïncident pas : un individu peut choisir son intérêt tout en sachant que ce n'est pas *le bon choix* (chez Rousseau, l'intérêt général) ; inversement il est aussi possible que la volonté générale ne produise pas l'identification immédiate des individus – ce pour quoi il faut d'ailleurs un Législateur. Il nous faut donc autre chose qu'une simple théorie de l'identification empirique, mais aussi une théorie de la reconnaissance de la force normative des résultats. Bien sûr, chez Buchanan, cela revient à défendre que l'identification soit suffisante pour produire de la reconnaissance, ce qui suppose cependant quelques arguments supplémentaires. Pour rendre raison de cela il faut affronter le problème de la normativité.

3.2 Ne pas vouloir "jouer à Dieu" : Buchanan moins normatif que Rawls ?

Buchanan insiste à de nombreuses reprises sur son absence de volonté dans le fait de "jouer à Dieu" (Buchanan et Brennan, 1985, 135) contrairement à ceux à qui il s'oppose :

⁶⁴⁵ L'original dit : "Both conceptions of the person-Rawls's notion of the fully autonomous democratic individual and Gauthier's idealized conception of 'economic-man' represent types engendered by our basic institutions. These conceptions reflect a fundamental tension at work in our culture, and perhaps in ourselves" (Ma traduction).

Je peux, bien sûr, laisser tomber mes propres notions et réfléchir à la manière dont Dieu pourrait m'écouter et imposer ces changements à moi, à vous et à tous les autres. Il me semble que c'est ce que la plupart des spécialistes en sciences sociales font tout le temps. Mais, à mes yeux, il s'agit simplement d'un gaspillage d'efforts.

(Buchanan, dans Buchanan et Samuels, 1975, 27)⁶⁴⁶.

Or, c'est spécifiquement ce positionnement que Buchanan critique chez Rawls : "Malheureusement, à mon avis, Rawls est allé trop loin en essayant de découvrir les principes qui sortiraient [du] contrat" (Buchanan, 1975a, 201). En cela, Buchanan se pense comme étant "moins ambitieux", car sa théorie générale ne propose pas de "construction normative" analogue à la position originelle (Buchanan et Brennan, 1985, 30). On retrouve très largement cette ambition de ne pas être normatif, du point de vue substantiel (c'est-à-dire déterminer directement ce qui doit être fait) dans l'échange avec Samuels⁶⁴⁷.

Pour autant, on trouve chez Buchanan plusieurs reconnaissances du fait que sa propre position est normative, spécifiquement à partir de *Reason of Rules*, où il définit sa propre position comme une "vision normative" depuis laquelle étudier les interactions individuelles. Dans ce cadre, c'est son contractualisme qui est défini comme un point de départ normatif (*Ibid.*, 19). Cela est également reconnu par plusieurs commentateurs sympathiques vis-à-vis de la position de Buchanan⁶⁴⁸.

Il faut ici distinguer, comme je l'ai fait avec le réalisme, plusieurs sens d'après lesquels on peut dire que quelque chose est normatif. Dans la discussion avec Warren Samuels Buchanan distingue deux sens de normatif, un sens utilisé par "la plupart des gens" et le sens utilisé par Samuels dans sa critique de la position de Buchanan : le sens usuel correspond à ce que nous pouvons appeler une *normativité substantielle*, au sens où le philosophe défend des valeurs a priori, telle que l'égalité, la distribution des revenus, l'abolition de la propriété privée ou l'apologie du marché, et il faut distinguer cela d'une *normativité procédurale* dans le sens où, une fois mis en place les outils de l'analyse philosophique et les concepts importants

⁶⁴⁶ L'original dit : "I can, of course, lay down my own notions and think about how God might listen to me and impose these changes on me, you, and on everyone else. This seems to me what most social scientists do all the time. But, to me, this is simply wasted effort" (Ma traduction).

⁶⁴⁷ Je remercie Steven Medema pour la référence à l'échange avec Warren Samuels, ainsi qu'aux travaux de Samuels en général.

⁶⁴⁸ Voir par exemple Boettke et Lemke (2018), Holcombe (2018), Kogelmann (2019).

(consentement, liberté, personne etc.) certaines conséquences apparaissent et sont justifiées dans le cadre de la théorie (Buchanan dans Buchanan et Samuels, 1975, 24). Buchanan prétend être normatif dans le sens procédural, qui est selon lui inévitable, et non au sens substantiel, qui est selon lui le crime de l'économie du bien-être et des économistes qui jouent aux conseillers du prince en défendant certaines valeurs substantielles. Il faut donc distinguer, si on nous permet de proposer une évaluation normative des deux conceptions normatives en jeu, une normativité inévitable et assumée, et une normativité à éviter. Comme Hayek et Lippmann, Buchanan cherche à éviter toute rationalité substantielle incarnant un point de vue divin, ou tout simplement similaire à celui du planificateur. Il faut resituer sa perspective dans la continuité du problème néolibéral, au sein duquel la question de la normativité est primordiale.

Je défendrai ici la thèse que cette division est en partie mal fondée, surtout lorsqu'il s'agit de se distinguer de Rawls, qui défend également une théorie procédurale, et que, y compris en la prenant au sérieux, il n'est pas certain que Buchanan soit moins normatif que Rawls dans le sens substantiel. Sa théorie du consentement, sa défense du statu quo et sa conception de la personne et du contrat peuvent être interprétées comme la conséquence de l'introduction de valeurs substantielles au départ de l'analyse.

La distinction entre normativité substantielle et procédurale

L'argumentation repose donc sur la distinction sur deux sens de normatif, un sens procédural, dans lequel l'analyse définit les concepts de base et laisse les résultats indéterminés, et un sens substantiel, dans lequel les résultats sont directement déterminés par une préconception. On retrouve ici la distinction entre l'analyse des règles générales et celle des résultats particuliers, qui est importante pour les néolibéraux dans leur ensemble. Pour Buchanan :

on ne peut pas évaluer correctement les résultats d'un point de vue normatif si l'on ne dispose pas d'informations sur la manière dont les résultats ont été obtenus. Une telle affirmation peut être avancée au motif que le processus est intrinsèquement pertinent sur le plan normatif ou au motif que les informations sur le processus fournissent à leur tour des informations sur le résultat, sans lesquelles l'évaluation est difficile, voire impossible.

(Buchanan et Brennan, 1985, 18)⁶⁴⁹.

Les résultats des interactions au sein de l'ordre créé par les règles sont incertains, du fait que les règles sont générales et en activité pour une durée indéfinie. La normativité de l'analyse de Buchanan se situe au niveau du processus de décision des règles, et non sur le résultat des règles choisies. Plus encore, Buchanan situe son analyse au niveau des méta-règles qui déterminent le choix constitutionnel, à savoir le fait que les individus doivent consentir aux règles par l'accord volontaire unanime, puisque seuls les individus permettent l'émergence de valeurs légitimes, en l'absence de point de vue extérieur depuis lequel formuler ces valeurs directrices. Buchanan refuse de formuler des règles de justice déterminées, comme le sont les principes rawlsiens. L'auteur virginien se contente de dire que ces principes *pourraient émerger* du choix constitutionnel, mais que cela dépend des conditions du choix, qui varient relativement au cadre historique, social et économique de la décision. En effet, comme les contraintes informationnelles sont moindres le choix des individus peut varier en fonction des informations sur eux-mêmes et sur la société que les individus possèdent. Le principe de différence, supposant par exemple des transferts de richesse interpersonnels au niveau constitutionnel, est une possibilité du choix mais non son issue certaine pour Buchanan (*Ibid.*, 132). En somme, le choix des règles repose déjà, pour Buchanan, sur une normativité substantielle qui le distingue de Rawls, et ce pour la même raison que Buchanan refuse la posture de l'économiste expert capable d'identifier les bonnes règles du jeu.

Pour autant, j'ai montré que les principes de justice chez Rawls ne sont pas des principes choisis *a priori* mais la conséquence logique, car les principes doivent pouvoir être choisis de façon purement déductive, de la position originelle. Il faut noter que Rawls n'introduit pas l'idée de la nécessité de transferts de richesse entre personnes dans ses principes de justice. En effet, plusieurs arrangements institutionnels peuvent être en accord avec la réalisation du principe de différence – qui autorise les inégalités entre individus à condition que ces inégalités soient à l'avantage de tous. Rawls lui-même considère que deux arrangements institutionnels très différents sont compatibles avec ses principes de justice : la démocratie de propriétaire et le socialisme démocratique avec un marché du travail. Chez Rawls, comme chez Buchanan, les

⁶⁴⁹ L'original dit : "one cannot properly evaluate outcomes normatively unless one has information as to how the outcomes came about. Such a claim can be advanced on the ground that process is intrinsically of normative relevance or on the ground that information about process in turn provides information about the outcome without which evaluation is difficult or impossible" (Ma traduction).

résultats effectifs de la distribution sont largement indéterminés et on ne peut pas prévoir à l'avance quel sera la distribution des richesses. La forme institutionnelle qui semble avoir la faveur de Rawls⁶⁵⁰ est la démocratie de propriétaires, caractérisée par des marchés concurrentiels fonctionnels, que Rawls distingue du *Welfare State* :

les institutions de base de la démocratie de propriétaire, avec son système de marchés (raisonnablement) concurrentiels, tentent de disperser la propriété de la richesse et du capital, et donc d'empêcher une petite partie de la société de contrôler l'économie et indirectement la vie politique elle-même. La démocratie de propriétaire évite cela, non pas en redistribuant les revenus à ceux qui en ont moins à la fin de chaque période, pour ainsi dire, mais plutôt en garantissant la propriété généralisée des moyens de production et du capital humain (capacités éduquées et compétences acquises) au début de chaque période ; tout cela dans un contexte d'égalité des libertés fondamentales et d'égalité équitable des chances. L'idée est non simplement d'aider ceux qui sont perdants par accident ou par malchance (bien que cela doive être fait), mais plutôt de permettre à tous les citoyens de gérer leurs propres affaires et de participer à la coopération sociale sur la base du respect mutuel et dans des conditions d'égalité satisfaisantes.

(Rawls, 1999, xiv-xv)⁶⁵¹.

La critique de Buchanan apparaît pertinente contre l'État-Providence, qui, par des transferts de richesse entre individus *ex post*, cherche à établir une conception de l'égalité substantielle. En revanche, chez Rawls ces principes interviennent au début du processus économique-politique, dans le but de donner les opportunités réelles aux individus d'être membres à part entière de la société politique. On retrouve dans cet idéal social l'idée que des marchés concurrentiels biens régulés favorisent la dispersion de la propriété de la richesse, ce qui est une condition nécessaire

⁶⁵⁰ Je note ce point car c'est le modèle qui est le plus longuement développé par Rawls, notamment dans son dernier ouvrage (Rawls, 2001, 187).

⁶⁵¹ L'original dit : "the background institutions of property-owning democracy, with its system of (workably) competitive markets, tries to disperse the ownership of wealth and capital, and thus to prevent a small part of society from controlling the economy and indirectly political life itself. Property-owning democracy avoids this, not by redistributing income to those with less at the end of each period, so to speak, but rather by ensuring the widespread ownership of productive assets and human capital (educated abilities and trained skills) at the beginning of each period; all this against a background of equal basic liberties and fair equality of opportunity. The idea is not simply to assist those who lose out through accident or misfortune (although this must be done), but instead to put all citizens in a position to manage their own affairs and to take part in social cooperation on a footing of mutual respect under appropriately equal conditions" (Ma traduction). Cette préface date de 1990, et n'apparaît pas dans la traduction de Rawls en français. Sur le concept de démocratie des propriétaires on pourra lire avec intérêt O'Neill et Williamson (2012).

au bon fonctionnement politique lui-même. Il me semble que Buchanan lui-même ne serait pas en désaccord fondamental avec cette conception.

La pluralité des arrangements institutionnels compatibles avec les principes rawlsiens répond, à mon avis, à une critique de Buchanan selon laquelle les principes de justice de Rawls introduisent l'idée de transferts de richesse *ex post* pour corriger les inégalités, donnant à la valeur d'égalité un contenu substantiel qu'il s'agit de réaliser dans les états finaux. Il me semble que cette critique est fondée sur une mécompréhension de ce que le principe rawlsien stipule. En effet, dans la position originelle le principe de différence est choisi pour que chacun puisse profiter de la société comme système de coopération. Il n'est pas spécifié dans le principe de différence que des transferts de richesse, via l'imposition par exemple, *doivent* absolument être mis en place. Si l'arrangement institutionnel fonctionnant le mieux pour produire des richesses à l'avantage de tous est un système de marché concurrentiel bien ordonné, alors ce marché concurrentiel, qui fonctionne comme système de distribution des biens, est légitime. Dans ce cadre, l'argumentation de Buchanan (Buchanan et Brennan, 1985, 127-130) selon laquelle le système démocratique imposant des transferts de richesse n'aboutit pas nécessairement à l'émergence d'une plus grande égalité – du fait des coûts impliqués par l'intervention de l'État, qu'il faut comparer systématiquement avec le fonctionnement du marché, les deux institutions étant imparfaite – n'est pas contradictoire avec les principes de justice rawlsien⁶⁵². De ce fait, la position rawlsienne est elle-même compatible avec différents états finaux, à partir du moment où le principe de différence (ainsi que les autres principes) est respecté.

Néanmoins, la critique de Buchanan n'est pas encore totalement écartée : Buchanan ne refuse pas la pertinence éventuelle des principes de Rawls, mais le fait qu'ils seraient toujours choisis, par tous les individus dans toutes les situations possibles. Deux réponses peuvent être formulées, la première relevant de l'exégèse rawlsienne ne nous intéressera qu'en passant, la seconde montre que cette critique ne relève pas d'une plus grande normativité substantielle de Rawls, mais plutôt de présupposés normatifs procéduraux différents. En tant que les deux conceptions contractualistes diffèrent, il apparaît que la manière de les fonder relève de principes normatifs substantiels qu'il faut reconnaître comme tels.

⁶⁵² Il me semble que Buchanan lui-même reconnaît ceci par la suite en se rapprochant de Rawls : "John Rawls seems well on the way to canonization as the patron saint of the modern welfare-transfer state. His work is widely interpreted as having provided philosophical justification for collectively imposed coercive redistribution of value from the relatively affluent to the relatively impoverished, limited only by the presence of incentive-induced feedbacks on the generation of value – feedbacks that make full equalization infeasible. In a brief memorial marker (Buchanan, 2003), I challenged this prevailing interpretation of Rawls and his work" (Buchanan, 2005, 41). En effet la théorie de Rawls ne peut être associée à une défense du Welfare State.

Tout d'abord les principes rawlsiens ne sont pas choisis de toute éternité dans une position originelle absolument anhistorique. La position originelle est un procédé de représentation de nos meilleurs arguments *ici et maintenant*, relatif à l'état de nos intuitions morales partagées, qui se modifient continuellement pour former un nouvel équilibre réfléchi. Certaines de nos conceptions sont désormais bien ancrées, par exemple que l'esclavage est une mauvaise chose ou encore qu'il ne soit pas bon de discriminer les individus en fonction de leur genre ou de leur couleur de peau, mais nos conceptions sont amenées à évoluer à la lumière d'une discussion entre individus raisonnables et des circonstances historiques, et de nouvelles conceptions peuvent émerger, modifiant la formulation de nos principes⁶⁵³. Par ailleurs, Rawls est amené à restreindre la validité de ses principes de justice au cadre des *sociétés démocratiques libérales modernes* pour les mêmes raisons (Rawls, 2001, 65). Il faut accepter le présupposé d'une société composée d'individus libres et égaux ayant chacun leur propre conception de la justice comme point de départ, à savoir ce que Rawls appelle le fait du pluralisme raisonnable, et non le fait, qui existe également, de l'oppression étatique, où une conception englobante et compréhensive du bien domine et impose cette conception aux membres de la société politique, comme cela est le cas dans les pays avec une religion officielle.

Les différences importantes qui subsistent entre Rawls et Buchanan ne sont donc pas le fruit d'un plus grand caractère normatif des positions rawlsiennes *d'un point de vue substantiel*, mais de présupposés théoriques fondamentaux différents, à savoir la conception de la personne, du contrat, du voile et du consentement. Rawls et Buchanan diffèrent du fait d'un *paramétrage* différent de la procédure de sélection des règles. En dernière instance, ces conceptions structurent le processus de choix entre des règles de fonctionnement, et sont également substantielles en ce qu'elles reposent sur une conception de la coopération humaine, sur une conception de la personne, et sur une conception du choix constitutionnel différentes. Chez Rawls, ce point de vue normatif est assumé, alors que chez Buchanan le statut normatif de la théorie constitutionnelle est le plus souvent nié (voir Buchanan dans Buchanan et Samuels, 1975). Il me semble que la distinction entre une normativité substantielle et procédurale, entre le processus et les états finaux, peut être utile méthodologiquement pour orienter notre regard sur des moments de la décision politique et théorique, mais qu'elle ne peut être érigée en un absolu : la détermination des règles pour choisir les règles impliquent des prises de position normatives substantielles sur ce que doit être le processus de sélection des règles, si bien que

⁶⁵³ Au rang des nouvelles intuitions qui acquièrent un statut de plus en plus justifié depuis Rawls, on peut par exemple mentionner la question du droit des animaux. On peut par exemple mentionner le travail de Donaldson et Kymlicka (2011), sur le droit des animaux, dans la continuité de la théorie politique de Rawls.

le problème normatif néolibéral réapparaît, comme au chap. IV, à un niveau supérieur de l'analyse.

Accord volontaire, consentement, unanimité et statu quo

Il faut nous pencher sur les concepts principaux du contractualisme de Buchanan, à savoir ceux d'accord volontaire, de consentement, d'unanimité et de statu quo, que nous avons déjà rencontré au cours de notre analyse. Ces concepts introduisent, selon moi, des conceptions substantielles au niveau des méta-règles, à savoir les règles qui gouvernent le processus légitime de choix des règles sociales. On voit sur ces points que Rawls et Buchanan investissent deux possibilités différentes dans l'ensemble des théories libérales. Comme je l'ai indiqué à plusieurs reprises, Buchanan introduit se situe dans la continuité des positions néolibérales et permet de penser une réponse au problème séminal de ce courant, tout en étant traversé par ses tensions, au niveau normatif et politique. Rawls, de son côté, réagit très certainement lui aussi à la problématique néolibérale, mais réactive un ensemble d'hypothèses, notamment sur le plan épistémologique (le refus d'un mode d'organisation par le marché comme alternative à la planification) et anthropologique (une insistance bien moindre sur les limitations cognitives des individus).

Les implications normatives de toute théorie du contrat social découlent de la façon dont le contrat est théorisé. Or, Buchanan cherche bien à montrer en quoi la situation actuelle est "mauvaise", et ce à partir de sa théorie contractualiste (Buchanan, dans Buchanan et Samuels, 1975, 22). Sa théorie a, de toute évidence, des implications normatives importantes, dont la plus importante est la défense du *statu quo* comme point de référence pour toute amélioration contractuelle. Ces implications n'émergent pas par hasard de sa théorie, mais sont le résultat d'une conception spécifique du consentement, de l'accord volontaire, et du rôle donné à l'unanimité dans le processus de décision.

Commençons par la théorie de l'accord volontaire unanime des individus. Un contrat donnant naissance à une règle est acceptée seulement si les individus consentent à cette règle. La théorie de l'accord volontaire de Buchanan est fondée sur une conception négative de la liberté, explicitée par sa définition de ce qu'est le "volontaire" ainsi que ses limitations. En effet, nous avons vu qu'un accord peut être dit volontaire à partir du moment où les individus contractants ne le font pas sous la pression d'une menace ou d'une contrainte directe (par exemple : "Tu as accepté de me donner 10 000 euros, sans quoi je te brisais une jambe, tu dois désormais me les donner"). Si on laisse de côté l'exemple de l'extrême pauvreté qui rend

l'accord trop inégalitaire, Buchanan considère que l'inégalité entre les contractants n'est pas en soi un problème, et illustre ce fait par l'exemple du mariage. Je voudrais relever trois arguments importants pour discuter la conception de l'accord volontaire qu'on trouve chez Buchanan et relever ses présupposés :

- (i) Cette conception est fondée, en dernière analyse, sur un *appel à l'intuition*. Nous ne considérons habituellement pas, d'après l'auteur virginien, que des accords conclus entre des individus inégaux (par exemple ayant un pouvoir de négociation inégal dû à un pouvoir économique inégal) constituent un problème. C'est effectivement le cas dans la théorie générale des contrats⁶⁵⁴. Néanmoins, il n'est pas certain que l'intuition morale que mobilise Buchanan soit largement partagée. Si cela n'est pas le cas, alors c'est le méta-critère de l'accord volontaire des individus qui doit être modifié, ce qui produirait des résultats théoriques importants pour tout le contractualisme de Buchanan. Il faudrait ainsi pouvoir tester cette intuition de l'accord volontaire, tel que cela se fait en philosophie expérimentale⁶⁵⁵. Rien n'indique a priori que cette conception est partagée parmi tous les membres du corps politique. Si chacun peut reconnaître que l'accord volontaire est condition de légitimité du choix, l'accord *sur le sens de "volontaire"* n'est pas automatiquement consensuel. Il n'est pas certain que seules les contraintes intentionnelles d'autres individus sur un individu contractant soient pertinentes pour produire une définition consensuelle de "volontaire".
- (ii) L'exemple du mariage est trompeur pour fonctionner comme un paradigme de l'accord volontaire inégal et néanmoins accepté. A et B peuvent bien être considérés comme inégaux, mais il faut considérer, pour chaque accord, *l'inégalité pertinente* vis-à-vis de l'accord. En effet, lorsque deux individus échangent économiquement et établissent un contrat de construction, leur inégalité relative, par exemple de leur beauté respective, n'est pas un critère pertinent. Dans le cas du mariage, Buchanan ne mentionne pas quelle inégalité pourrait être pertinente. On pourrait illustrer un cas problématique de ce même exemple en spécifiant quelle inégalité est pertinente

⁶⁵⁴ Je remercie Marc Goetzmann de m'avoir renseigné sur la théorie des contrats en régime américain. Il existe en effet toute une autre série de contrats, les contrats spécifiques, pour lesquels on accepte très largement des interventions. Typiquement, en France, la liberté des contrats est soumise à plusieurs limites, dont certaines assez floues, comme la moralité publique (comme l'illustre l'arrêt du Conseil d'État sur l'interdiction du lancer de nain, à partir du cas de Morsang-sur-Orge en 1995).

⁶⁵⁵ Voir sur ce point Cova *et al.* (2012), qui montre comment le test empirique des intuitions morales peut aider à falsifier ou non des théories faisant appel à ces intuitions.

pour un mariage. Imaginons le cas de Jean-Paul et de Clara, où Jean-Paul est le directeur de l'entreprise où Clara travaille comme salariée, et que Jean-Paul promet à Clara une promotion s'ils se marient, Clara ayant cinquante ans de moins que Jean-Paul et étant beaucoup moins riches. Clara, au vu de sa situation personnelle, accepte. Dans ce cadre, il est possible que Buchanan défende que le mariage soit légitime, néanmoins il est certain que l'accord volontaire des individus est bien moins évident que dans l'exemple initial, car des *inégalités pertinentes* pour éclairer l'accord ont été mises en avant : relations hiérarchiques entre individus, inégalités économiques importantes impliquant une relation de domination.

- (iii) La définition de l'accord volontaire de Buchanan conduit à obscurcir les différences entre différents types de contrat. Prenons un autre exemple que celui de Buchanan pour illustrer notre point, à savoir celui du contrat de travail entre employeur et salarié. Sur ce point *l'inégalité pertinente* est celle du poids dans la négociation économique, qui est asymétrique. Dans le mariage les individus qui contractent sont célibataires et peuvent, dans la plupart des cas, être considérés comme autonomes dans leur décision. Dans le cas du contrat de travail, cela n'est pas nécessairement le cas car la situation contrefactuelle est celle du chômage, qui est une situation indésirable pour la plupart des individus. Il est probable que plusieurs clauses contractuelles ne seraient pas acceptées si le pouvoir de négociation économique des deux partis était égal. La conception de l'accord volontaire de Buchanan gomme les différences entre différents types de contrats : ceux dans lesquels la situation des deux contractants est, dans le cas contrefactuel ou le contrat aboutit à un *no deal*, la même qu'avant la volonté de contracter (le cas des célibataires), et ceux dans lesquels la situation d'un des deux contractants est, dans cette même situation contrefactuelle, *pire* qu'avant la volonté de contracter.

Ces différents arguments ne sont en aucun cas décisifs, et ils peuvent être discutés par un partisan du contractualisme de Buchanan. Ils font cependant apparaître que la théorie de l'accord volontaire de Buchanan définit un champ d'acceptabilité de l'accord qui, en définissant le concept, véhicule une certaine conception de l'accord dans lequel les inégalités entre individus sont toutes renvoyées, sauf cas extrême, à des facteurs non pertinents. *A contrario*, la position de Rawls fait appel à une intuition morale opposée, à savoir que les inégalités entre

individus ont nécessairement une incidence sur la forme de l'accord, et donc que la situation de choix constitutionnel ne doit pas être modélisée sur le modèle des contrats empiriques passés entre individus (contrats de mariage entre individus inégaux, qui aboutissent par exemple à une répartition inéquitable des opportunités et des ressources, la femme au foyer et l'homme au travail) mais comme un choix entre individus ne connaissant pas leurs qualités particulières. On ne peut modéliser le contrat social sur une théorie empirique des contrats. Buchanan n'est pas ici moins normatif que Rawls : son individualisme normatif couplé au fait que les individus connaissent leur identité dans le choix constitutionnel autorise toujours les inégalités entre individus à avoir une incidence sur le contrat et ses conséquences, ce qui est la conséquence de la définition du concept premier de sa théorie du contrat, à savoir son concept d'accord volontaire.

L'analyse de la théorie du consentement révèle le même type de difficultés et de préconceptions normatives. Le consentement tacite est substitué au consentement hypothétique⁶⁵⁶ puisque le consentement hypothétique n'implique pas un *réel consentement* des individus. L'argument de Buchanan est également intuitif : lorsqu'on accepte de jouer à un jeu, on consent à ses règles. La société n'étant pas un jeu qu'on peut quitter volontairement, il faut un autre critère de légitimité et pour Buchanan il s'agit du fait que les règles en place produisent des *attentes normatives* chez les individus. Cette défense du consentement pose les mêmes problèmes que ceux qu'identifient Buchanan pour le consentement hypothétique. S'attendre, en accord avec une règle R, à ce que X fasse *a*, ne signifie en aucun cas le fait d'avoir consenti à R. Au contraire, chacun peut être contraint par R à faire *a*, en vertu de punitions formelles ou informelles, sans pour autant avoir choisi R ou même adhérer individuellement à R. Ou bien on est amené à admettre que le consentement n'est pas une façon de faire passer l'idée d'acceptation ou d'acceptabilité – alors que c'est l'idée d'un accord qui cherche à être retrouvé par le concept de consentement –, ou bien la position de Buchanan n'arrive pas à retrouver l'idée d'acceptation des individus⁶⁵⁷. On peut cependant glisser vers un sens plus faible de consentement : la situation présente auxquels les individus consentent est *de facto*

⁶⁵⁶ Ce que quelques commentateurs, comme Holcombe (2018) ne semblent pas voir. Ils commettent la double erreur d'associer Rawls et Buchanan à l'idée de consentement hypothétique contraignant, alors que ce n'est *stricto sensu* le cas ni pour l'un ni pour l'autre.

⁶⁵⁷ On pourrait arguer que, précisément, le consentement n'implique pas l'approbation. Lorsque des individus consentent à une situation, c'est en un sens faible, c'est-à-dire qu'ils ne s'y opposent pas activement (comme on consent, par exemple, à ce qu'il existe des sans-abris dans nos sociétés). Mais, théoriquement, on perd alors ce qui fait l'attrait du concept de consentement, qui consiste à retrouver normativement une validité à la situation qui est consentie. Je reviendrai sur ce point en discutant du problème du statu quo, puisque cela revient à se demander ce qui rend une situation à laquelle les individus consentent, en ce sens faible, acceptable.

acceptée (sans nécessairement être approuvée). Cela dit, cette situation peut être caractérisée par des équilibres négatifs. Il est tout à fait possible qu'une règle R soit désapprouvée par tous les individus et néanmoins appliquées. Pensons, par exemple, à l'attitude élitiste consistant à reprendre systématiquement les individus sur leur maîtrise orthographique de la langue. Chacun peut tenir pour vrai que (i) la règle sociale consistant à juger les autres en fonction de leurs fautes d'orthographe est néfaste et (ii) il faut reprendre les étudiants sur leurs fautes d'orthographe, à partir du moment où il est perçu que les autres individus dans la société appliqueront des sanctions sur les étudiants s'ils commettent des fautes d'orthographe. Dans ce cadre, la règle constitue bien un équilibre, car elle est connaissance commune et renforcée par des sanctions sociales, mais elle est dans une situation d'équilibre qui peut substituer même si tous les individus – ou une majorité – ont une croyance individuelle négative vis-à-vis de la règle.

Bicchieri (2006) et d'autres philosophes du fonctionnement des règles et institutions n'ont pas une compréhension normative du consentement des individus aux règles. Ils décrivent ce qu'est la normativité des règles sociales, à savoir une situation d'équilibre entre les croyances des individus composant la société. Buchanan accomplit un pas supplémentaire en désignant le fait que si la règle est un équilibre, elle est en plus légitime et il en découle que les individus auraient consenti tacitement à cette règle. Ce saut argumentatif est spécieux. On pourrait, bien sûr, arguer que Buchanan est autorisé à faire ce saut du fait que ce sont avant tout les préférences actuelles des individus qui importent. Or, ces préférences sont structurées par le contexte social dans lequel ils se trouvent⁶⁵⁸. Chacun, ayant formé des attentes normatives à partir des règles en place, préfère donc en un sens, que les autres individus respectent ces règles. Mais, d'un autre côté, les individus, quand ils doivent évaluer les règles, peuvent aussi être très largement mécontents avec les règles en place : une règle peut être à l'équilibre et être très impopulaire. Les mêmes individus peuvent avoir ensemble et en même temps deux préférences, une préférence pour le respect des règles *dans leur activité pratique*, et une préférence pour la modification de ces règles, dans *leur raisonnement théorique*. Quelles préférences prendre en compte pour considérer que les individus "jouent le jeu" volontairement ? Le concept d'accord volontaire disparaît totalement car il n'y a eu aucun *acte de volonté* dans l'acceptation de la situation donnée, même si les individus sont effectivement mieux lotis dans le statu quo que dans l'état d'anarchie décrit par Buchanan à la suite de Hobbes. Le

⁶⁵⁸ On tombe sur la critique majeure que Sunstein (1997, chap.1) adresse aux théories qui clament la souveraineté individuelle : faut-il soutenir la souveraineté empirique des individus, ou bien défendre le fait qu'ils puissent former leurs préférences de manière autonome ?

consentement tacite reconduit donc le problème du consentement hypothétique en supposant que des individus qui n'ont pas consentis sont en réalité dans une situation où ils consentent. Or, le consentement hypothétique ne peut pas justifier d'obligation morale, ou autoriser la contrainte. Si la question qui nous intéresse est celle de la modification des règles – c'est le fil conducteur de notre travail –, la question du consentement apparaît d'importance primordiale, car le type de consentement implique directement une modalité de transformation des règles. Il s'avère que le consentement tacite n'implique que très peu de possibilité de dépasser le statu quo, surtout si la modification de la règle doit être produite à l'unanimité⁶⁵⁹. Cela signifie aussi qu'il est difficile, y compris pour Buchanan lui-même, de défendre son propre projet libéral avec une telle restriction sur la modification des règles. Comme chez Hayek, la question de la transition libérale se pose avec acuité.

Le fait que la théorie du consentement tacite fait passer *le statu quo* pour un état légitime issu d'un accord volontaire, alors qu'il est en réalité un état de coercition où des règles que personne n'a choisi s'appliquent, est un véritable problème. On pourrait considérer ce problème comme principalement idéologique : la défense du statu quo est alignée avec une forme de conservatisme social et politique. Pour autant, il me semble que cette critique passe à côté des problèmes conceptuels plus importants posés par une telle conception. On ne peut pas passer de la description de la formation d'attentes normatives à l'énoncé normatif selon lequel les normes en place sont légitimes, car elles produisent des attentes normatives. Sur ce point, la théorie du consentement tacite de Buchanan, servant à justifier le statu quo pose en réalité les mêmes problèmes que le consentement hypothétique, à savoir le fait *de supposer le consentement réel des individus à partir d'une situation imaginaire* :

Et l'obligation contractuelle, qui est satisfaite par le respect des conditions du contrat, dépend d'une manière essentielle de la participation, réelle ou idéelle, de l'individu obligé. L'individu qui a 'donné sa parole' doit la respecter : 'l'honneur l'exige'. Cela reste vrai même si les conditions de l'entente en viennent à être considérées 'inévitables' ou 'injustes'.

(Buchanan, 1975a, 88).

⁶⁵⁹ Prenons notre cas de la langue et de l'orthographe : une majorité d'individus peuvent bien être contre l'application de règles strictes, il existera toujours un groupe d'individus conservateurs sur cette question, qui s'opposeront à toute modification des règles, avec des arguments divers (respect de la langue, des traditions et de l'histoire, marque d'éducation, etc.).

On ne peut tirer de la description du fonctionnement des règles une théorie de l'obligation contractuelle, comme le fait Buchanan. Si l'accord contractuel avait été réel, il est possible que le fait de tenir ses promesses s'applique. En revanche, la participation à une situation donnée ne peut pas équivaloir au fait d'avoir "donné sa parole", en particulier lorsque les résultats apparaissent à la fois inéquitables et injustes.

Il faut bien ici distinguer deux choses dans le soutien de Buchanan à la nécessité de "starting from where we are". Cette position est ou bien un truisme ou bien une position normative insuffisamment justifiée. Elle est un truisme si cette nécessité est pragmatique et équivaut à la proposition suivante : pour changer la société, il faut nécessairement partir de la société telle qu'elle est ici et maintenant. Cette proposition serait acceptée par tous les théoriciens, du plus marxiste au plus libéral, en passant par le libéralisme rawlsien : il s'agit d'une proposition pratique de bon sens. Elle est insuffisamment justifiée si elle équivaut à la proposition suivante : le statu quo doit non seulement être le point de départ nécessaire pour changer la société, mais doit constituer le point de référence inévitable à partir duquel juger de l'acceptabilité d'un état futur, et ce à partir du critère de l'unanimité. En effet, si le statu quo n'a pas lui-même été volontairement choisi rien n'oblige les individus à le considérer comme légitime et à devoir appliquer le principe d'unanimité en prenant en compte le point de vue de ceux qui sont les plus avantagés par la situation, qui n'ont aucun intérêt à la modification de celle-ci⁶⁶⁰. Dans ce cadre, aucun des arguments avancés par Buchanan pour la défense de statu quo ne légitime son statut normatif⁶⁶¹, d'autant plus lorsque le contractualisme transforme les valeurs sociales véhiculées par les actions des individus en situation en des accords verbaux entre individus.

Enfin, cette défense normative du statu quo, car le statu quo est meilleur que l'état d'anarchie hobbesien et que la structure de la société émergeant du contrat originel entre individus rationnels, introduit une contradiction dans la pensée de Buchanan. Buchanan est

⁶⁶⁰ Buchanan développe néanmoins la possibilité que les plus favorisés d'une situation puissent avoir intérêt à changer les règles eux aussi : si les coûts d'incarcération, de punition et de maintien de l'ordre excèdent les avantages retirés par les favorisés de la situation donnée. Il est alors rationnel de modifier les règles existantes en vue de l'avantage des plus défavorisés. Nous avons illustré cela précédemment avec la renégociation contractuelle à partir de l'état d'anarchie.

⁶⁶¹ À savoir l'argument de l'existence du statu quo, qui, par état de fait, est supérieur aux états non existants ; l'argument du progrès sans coercition, puisque l'unanimité garantit le consensus ; et enfin l'argument du réalisme puisque nous partons de la société actuelle. Sur ces trois arguments aucun ne peut justifier normativement l'acceptabilité par consentement du statu quo. On retrouve ces arguments développés par Vanberg (2004a) et Munger (2018), et discutés par Melenovsky (2019). Ce dernier discute principalement l'idée d'acceptabilité du statu quo comme option de défaut, alors que je discute ici la question de savoir si la défense normative du statu quo est justifiée par les concepts fondamentaux de l'analyse de Buchanan, à savoir l'accord volontaire et le consentement.

contraint par ce procédé à introduire deux types de préférences, chose qu'il refuse par ailleurs dans sa critique du paternalisme, à savoir les préférences actuelles des individus et les métapréférences de ceux-ci, selon lesquelles le statu quo serait préférable à l'anarchie hobbesienne. Holcombe (2018) note ici que le contractualisme de Buchanan est éventuellement en opposition à son libéralisme, puisque ce type de raisonnement peut conduire à l'émergence du Léviathan et non nécessairement à une société libérale d'égaux. Pour que la défense normative du statu quo soit possible il faut donc considérer que les métapréférences des individus au moment du contrat prévalent sur les préférences réelles des individus dans la situation postconstitutionnelle, où les individus peuvent vouloir préférer d'autres règles sociales, ce qui est non seulement en contradiction avec le reste de la théorie mais également une prise de position normative relative aux préférences qu'il faut satisfaire. En cela, dans la continuité d'Amadae (2015) qui a montré que l'unanimité de Buchanan introduit un critère conservateur dans un océan de relativisme moral, nous mettons en lumière que les conditions de possibilité de la défense du statu quo nécessitent l'existence de fondements normatifs branlants, à savoir sa théorie de l'accord volontaire et une théorie du consentement.

Processus et états finaux : peut-on réellement dire que les états impliqués par des règles générales sont imprévisibles ?

Nous avons donc vu que la théorie de l'accord, du consentement et la défense du statu quo pouvaient être très largement discutée. Je souhaite avancer un dernier argument pour montrer que la théorie de Buchanan a des implications normatives importantes, en affrontant le cœur de sa position, à savoir que le voile d'incertitude garantit le fait que les règles sont impersonnelles. Ceci est particulièrement important dans l'architecture de la théorie de Buchanan, puisque le concept de règle y joue une place centrale et que le voile d'incertitude est censé garantir le fait que les individus ne réalisent pas leur intérêt personnel mais un intérêt social, qui ne nécessite pas l'introduction de principes moraux ou éthiques (Congleton, 2018). Plus largement cela renvoie à toute l'importance, pour les néolibéraux, de la constitution d'un ordre libéral aux effets bénéfiques à partir de règles générales et abstraites. Je montrerai ici qu'une telle position rencontre des problèmes importants.

La théorie des règles est primordiale dans ce contexte. Les règles discutées doivent être conçues comme générales et quasi-permanentes pour permettre d'introduire une incertitude importante sur le futur. L'incertitude introduite renvoie (i) à la position future des individus dans la société et (ii) à l'impact précis de ladite règle sur les affaires humaines, du fait de la

généralité de la règle. J'ai déjà mentionné que les règles étaient parfaitement impartiales, c'est-à-dire n'avantagent certains types d'individus, que si le jeu était considéré comme fondamentalement aléatoire, c'est-à-dire dans lequel les probabilités sont tirés au hasard. Or, cela est incompatible avec les restrictions informationnelles du voile d'incertitude, où les individus connaissent leur identité personnelle et donc leur situation sociale, de genre ou de race. En effet, dans cette situation les individus ont des poids dans la négociation asymétriques et l'issue du contrat peut découler de la situation inéquitable au préalable. Prenons un exemple très simple à deux personnes pour illustrer cette situation. Dans un état d'anarchie naturelle, deux individus contractent de façon à conserver les droits de propriété de chacun. Ils s'accordent ainsi sur le fait que A et B se reconnaissent leurs droits respectifs, mais A étant particulièrement fort, son pouvoir de négociation supérieur a pour conséquence que B doit donner à A 20% de ses gains sur chaque période déterminée pour que ses droits soient respectés. B se trouvant mieux loti dans cet accord que dans l'état de nature est amené à accepter volontairement cet accord⁶⁶². Le contrat est la conséquence de l'inégalité des individus en situation pré-constitutionnelle. Il est possible que la règle générale de reconnaissance des droits de propriétés avantage davantage B que A, car B est plus industriel et profite du fait de ne pas être sous la menace permanente d'agression physique, mais A peut raisonnablement anticiper qu'un tel accord lui sera davantage bénéfique qu'à B. Jusque-là, l'accord peut être considéré comme inégalitaire, mais il est cohérent avec la théorie de Buchanan puisqu'en un sens A et B bénéficient de l'accord. Je voudrais à partir de ce point avancer un deuxième argument : l'inégalité des contractants, couplée au voile d'incertitude, ne permet pas de faire en sorte que les règles soient réellement impersonnelles. Le jeu social ne peut être compris comme un jeu de hasard que si les individus *ignorent leur identité* et ont donc des probabilités égales de se retrouver dans n'importe quelle situation.

Pour tout changement de règle dans un jeu on peut déterminer, lorsque le jeu n'est pas strictement aléatoire, comme une loterie, *des gagnants et des perdants*. Lorsqu'en NBA la règle de l'interdiction de rester plus de trois secondes dans la raquette a été introduite, il était prévisible que les gagnants étaient les arrières, capables de pénétrer rapidement dans la défense adverse, et les perdants les pivots défensifs, dont le rôle était de rester sous le panier pour contester les tirs proches de celui-ci. Si nous reprenons notre exemple du changement des règles du poker – mettons que le brelan vaut désormais davantage qu'un full, alors qu'il a une plus

⁶⁶² L'accord n'est pas obtenu sous la menace en effet, et l'inégalité n'est pas extrême comme dans le cas de l'homme très pauvre.

forte probabilité d'être tiré par un individu – il ne s'agit pas non plus d'un changement anodin des règles générales du jeu. Ce changement de règle avantage les individus dont le jeu est davantage fondé sur le bluff, car la probabilité d'avoir touché un brelan est plus forte dans toutes les situations, ce qui implique que la menace de perdre face à un brelan augmente drastiquement dans le jeu pour tous et donc les opportunités de faire croire que je possède un brelan. Un joueur sachant que son jeu est fondamentalement basé sur le bluff (plutôt que sur une stratégie plus conservatrice où on ne mise que si on a effectivement du jeu) se saura ainsi rationnellement avantagé face à ce changement de règles. Ces exemples de jeux ne montrent qu'une chose : changer les règles générales d'un jeu modifie par ailleurs les états finaux à l'avantage de certains individus et au détriment d'autres individus. La société n'est pas un jeu de hasard pur, mais est structurée par des constantes socio-économiques, le fait d'être riche ou non, d'être une femme ou un homme, d'être blanc, noir ou d'une autre couleur, implique une différence dans la distribution de probabilité d'être avantagé ou non pas un changement de règle. Connaître ces déterminations au moment du contrat implique que les règles qui découlent du contrat sont le reflet de ces inégalités préalables. La société conçue ainsi n'est pas à l'avantage de tous équitablement, mais à l'avantage d'une partie de la population, à partir du moment où la situation des autres individus est meilleure que dans l'anarchie naturelle – et donc en un sens la situation est bien à l'avantage de tous puisque même le moins bien loti est mieux loti que dans un état d'anarchie. Or, comme n'importe quelle règle est théoriquement supérieure à l'état de nature, certaines parties de la population peuvent être systématiquement désavantagées sans que cela ne pose de problème dans le *statu quo*⁶⁶³.

Le voile d'incertitude de Buchanan ne produit donc pas l'émergence d'un point de vue impersonnel à même de justifier des règles à l'avantage de tous que si ce voile est élargi de façon à coïncider avec le voile d'ignorance, rendant les états finaux résultant de l'instauration d'une règle équiprobables. Ce n'est que dans ce cadre que les individus peuvent abandonner leur comportement opportuniste, qui serait sinon reconduit au niveau constitutionnel où chacun peut, sachant son identité sociale, favoriser des règles qui l'avantagent individuellement ou avantagent son groupe. Le résultat de notre argument est donc le suivant : le voile d'incertitude défendu par Buchanan au moment du choix constitutionnel nous semble insuffisamment épais

⁶⁶³ Rawls pourrait critiquer une règle qui produit de telles inégalités, précisément en comparant entre plusieurs ensembles de règles possibles, qui produisent des résultats plus ou moins inégalitaires. C'est tout le principe du choix en position originelle. Buchanan semble refuser une telle alternative, avec un argument que Hayek pourrait endosser, à savoir qu'on ne peut pas réellement comparer *in abstracto* des systèmes de règles en prétendant en connaître toutes les conséquences pour les individus.

et donc incapable de (i) faire disparaître les comportements opportunistes au moment du choix des règles et (ii) faire l'économie de principes moraux et éthiques extérieurs au choix rationnel pour expliquer l'émergence de règles impersonnelles. Il me semble que les continuateurs du projet néolibéral, en premier lieu John Tomasi (2012), tirent toutes les conséquences de cela et montrent plutôt que les principes de justice de Rawls – qui sont issus d'un tel voile épais – sont *mieux réalisés* dans une société de marchés concurrentiels que dans des arrangements institutionnels alternatifs, et ce pour des arguments proches de ce que nous avons rencontré dans les premiers chapitres de cette thèse.

Changer les règles du jeu et s'intéresser au processus de sélection des règles est par conséquent souligné comme étant moins normatif par Buchanan, alors que les conditions de modification et de sélection des règles impliquent la délimitation de ce qu'il est possible ou non de faire, et donc des choix normatifs substantiels en amont. Le changement de règle suppose un changement dans les restrictions de l'ensemble d'opportunité donné aux joueurs – un accroissement, une diminution ou une stagnation, mais dans tous les cas une altération. Cette restriction ne peut se faire au nom de l'état des choses établi, qui ne peut pas être considéré comme ayant été consenti. Si "le contrôle des mécanismes de décision collective devient le moyen de s'approprier les gains dans les jeux politiques à somme nulle" (Buchanan, 1975a, 58), le contrôle du processus de sélection des règles est également un moyen de proposer une vision du monde social particulière. En définitive, le contractualisme de Buchanan n'apparaît pas moins normatif que celui de Rawls, qui ne défend pas qu'une obligation morale découle de la position originelle, comprise comme un procédé d'exposition. Les deux théories procédurales sont fondées sur des conceptions normatives substantielles. Pour Buchanan, la théorie de l'accord volontaire, du consentement, le critère de l'unanimité pour garantir l'efficacité au sens de Pareto ; pour Rawls une conception kantienne de la personne et de la raisonnable. Les positions de Rawls n'impliquent pas d'obligations normatives telles que celle qu'on peut trouver chez Buchanan avec sa défense du statu quo, qui a pour implication que les individus participant à la vie sociale doivent obéir aux règles en place, y compris sans les avoir volontairement acceptées – notons immédiatement que cet état de fait est dû au statut idéal de la théorie rawlsienne. Dans ce cadre, pour reprendre les deux sens de la normativité que nous avons explicité au début de cette partie, Buchanan apparaît à la fois comme tout autant normatif au sens procédural et au sens substantiel. C'est à ce stade, chez Hayek, qu'apparaissait la théorie méta-normative d'une préférence pour la société libérale. Buchanan reprend lui-même de tels arguments pour asseoir ces préférences substantielles – les concepts utilisés

proviennent en effet du libéralisme politique. Cependant on voit aussi que les positions contractualistes de Buchanan prises stricto sensu peuvent entrer en tension avec ses positions libérales, si bien qu'il faut supposer que le statu quo est déjà lui-même libéral. Une telle défense d'une société libérale organisée autour des marchés concurrentiels se trouve bien chez Buchanan (Buchanan et Vanberg, 1991). Il faut donc replacer le contractualisme au sein de ce cadre libéral, dans lequel les individus se réalisent dans leur choix privé sur le marché, pour que la tension, décrite par Holcombe (2018), entre autres, s'estompe. Buchanan (2005, chap. 4), montre ainsi qu'un ordre libéral dans lequel des marchés fonctionnent correctement n'est possible qu'avec de bonnes règles institutionnelles qui supposent que les choix du marché sont contraints par des normes éthiques, choisies par les individus. Le contractualisme de Buchanan doit prendre place (i) dans une société libérale, (ii) dans laquelle les individus – et c'est un "saut de la foi" (*leap of faith*) assumé (*Ibid.*, 24) – sont assumés, c'est-à-dire librement capables de faire des choix pour eux-mêmes.

3.3 La démocratie libérale comme "gouvernement par la discussion" ?

En ne désignant pas les règles qui émergerait de la discussion des individus en situation de choix constitutionnel, Buchanan serait davantage délibératif. En ne déterminant pas le contenu des règles Buchanan laisse de fait les individus libres de décider. De plus cette délibération peut mener, en apparence, à des résultats opposés en fonction des situations : certains individus choisiraient pour leur société un principe semblable à celui de Rawls, d'autres non. La théorie est donc moins restrictive. La démocratie c'est, pour reprendre une formule de Knight que Buchanan affectionne, le "gouvernement par la discussion", ce qui suppose donc une transformation continue des préférences des individus dans le processus délibératif :

La définition de la démocratie comme 'gouvernement par la discussion' implique que les valeurs individuelles peuvent changer et changent effectivement dans le processus de prise de décision. Les hommes doivent être libres de choisir, et ils doivent garder l'esprit ouvert pour que le mécanisme démocratique fonctionne.

(Buchanan, 1954, 120)⁶⁶⁴

Or, la position de Buchanan ne se veut pas antidémocratique, mais comme la réalisation de l'idéal démocratique à partir de l'individualisme normatif⁶⁶⁵. Le lien conceptuel est évident : si les individus constituent l'origine des valeurs légitimes possibles, alors la forme de gouvernement qui convient le mieux à ceux-ci est la démocratie, où chacun est susceptible de s'exprimer et de décider des règles à mettre en place. Dans ce cadre, la délibération joue un rôle important puisqu'elle est un des processus, si ce n'est le processus par excellence⁶⁶⁶, de modification des valeurs dans la confrontation avec le point de vue d'autrui. Certains commentateurs voient ainsi en Buchanan un éventuel théoricien d'une démocratie délibérative dans laquelle la transformation des règles par la discussion est possible⁶⁶⁷.

À l'opposée, la théorie rawlsienne ne donne a priori pas de place à la délibération. Dans la position originelle les individus représentatifs ne connaissent pas leur identité et, selon une critique récurrente, il n'y a pas besoin que les individus soient plusieurs pour se mettre d'accord sur les principes de justice : *n'importe quels individus arriveraient aux mêmes conclusions*. Sandel (1982) souligne que la conception de l'individu rawlsien pose le moi avant ses fins et la communauté politique et sociale, ce qui transforme le sujet rawlsien dans la situation de la position originelle en sujet désincarné et dépersonnalisé. L'implication logique de cette aplanissement anthropologique est que les individus rawlsiens n'ont pas besoin de délibérer dans la position originelle, car ils sont identiques.

Dans cette partie je montre que, malgré les apparences théoriques, la théorie de Buchanan, bien que se présentant comme *démocratique*, n'est pas compatible avec une conception *délibérative* de la démocratie, la délibération étant en tension avec la théorie de Buchanan. *A contrario*, la position rawlsienne a évolué, notamment à partir de *Libéralisme politique*, où Rawls pose non seulement la question de la détermination des critères de justice mais également de leur stabilité dans une société libérale caractérisée par un pluralisme raisonnable, c'est-à-dire la coexistence de plusieurs conceptions du bien mutuellement incompatibles, correspondant par exemple à plusieurs croyances religieuses. La délibération

⁶⁶⁴ L'original dit : "The definition of democracy as 'government by discussion' implies that individual values can and do change in the process of decision-making. Men must be free to choose, and they must maintain an open mind if the democratic mechanism is to work at all" (Ma traduction).

⁶⁶⁵ Voir sur ce point, en plus de notre chap. VII, Boettke et King (2018) et mon travail Colin-Jaeger (2020).

⁶⁶⁶ Le marché est un autre de ces processus de modification des préférences.

⁶⁶⁷ Il me semble que Peart et Levy (2008b, 2020) soutiennent une position qui se rapproche de cela.

joue un rôle, pour faire émerger *un consensus par recoupement* chez les individus raisonnables dans la société politique. Ce consensus est atteint à partir de l'introduction du concept de *raison publique*, qui spécifie le cadre qui doit être celui de la discussion politique, par opposition avec une discussion métaphysique ou morale.

Ici encore, cette discussion nous informe la manière dont Buchanan spécifie les positions néolibérales. Les néolibéraux favorisent, dès le début, une conception constitutionnelle de la démocratie, qui est caractérisée comme une conception limitée de la démocratie. Buchanan semble bien aller en partie contre l'idée d'une réduction des modalités de transformation des règles par les publics démocratiques. C'est notamment le sens qu'on peut donner à sa critique de Hayek quant à la fixité des règles : les règles peuvent produire de mauvais résultats et doivent pouvoir être modifiées par les individus qui constituent la société. Mais sa conception du consentement, le statut normatif donné au statu quo et le critère de l'unanimité, associés à sa conception de la discussion politique comme négociations d'individus rationnels, ne permet pas d'introduire une conception proprement délibérative de la démocratie. Il faut ainsi comprendre comment on peut spécifier la théorie de la modification des règles par la discussion chez Buchanan.

Deux modèles de décision : délibération et négociation

Si la théorie contractualiste de Buchanan laisse, en effet, un espace à la délibération, celui-ci ne correspond pas à ce qu'on entend habituellement par ce terme. La délibération est comprise comme une *négociation* entre individus rationnels. Ce point, qui est apparu de façon saillante dans notre analyse de l'émergence des droits de propriété, est important car il existe une différence fondamentale entre la *délibération politique* et la *négociation contractuelle*. La négociation contractuelle est un conflit, entre deux individus possédant des valeurs et/ou des préférences agonistiques. L'exemple typique que nous avons donné plus haut, et que Buchanan donne lui-même, est le contrat entre deux individus produisant des biens, ou encore le bâtisseur et le client voulant se faire construire une maison. Le contrat, accompagné de sanctions, rend la coopération possible, mais les préférences des agents préexistent au contrat, qui est une solution trouvée par les agents, et le corps social plus généralement, pour garantir que l'accord doit être respecté. Plus encore, dans le contrat les préférences des agents ne sont pas modifiées, mais le contrat est plutôt le fruit de *concessions* que des individus rationnels sont prêts à faire pour advenir à leur fin. Dans le modèle de la négociation, les individus et leurs préférences sont

les mêmes avant le processus de négociation, dans le modèle de délibération politique les individus transforment *en commun*, lors de la délibération, leurs préférences⁶⁶⁸.

Le modèle que propose Buchanan pour penser la contractualisation et le choix des individus est très clairement un modèle économique dans lequel, une fois les droits de propriétés établis, les arrangements inter-individuels se font automatiquement, à partir d'individus déjà constitués avec des préférences fixes. Ce modèle apparaît clairement dans Buchanan et Samuels (1975) où Buchanan fait une référence implicite au théorème de Coase. En effet, le théorème stipule – j'y reviendrai au chap. IX – que lorsque les droits de propriétés sont bien établis et les coûts de transaction faibles (ou, dans la théorie, inexistant) les arrangements interindividuels sont automatiques. Les changements qui sont Pareto-supérieurs sont une conséquence logique de la rationalité des individus mis en relation. En définitive, les individus n'ont même pas besoin, dans ce modèle, de discuter : il suffit de savoir que l'autre partenaire est rationnel. De plus, cela conduit à rabattre le domaine de l'économie sur le politique : le choix des règles est pensé sur le modèle de l'échange marchand qui, par définition, est mutuellement avantageux (car si j'achète quelque chose c'est que j'accorde plus d'utilité à ce que j'achète que le vendeur).

Au contraire de ce modèle, la délibération implique une modification des préférences individuelles dans le processus délibératif lui-même. La délibération ne vise pas une fin substantielle, mais est une méthode de décision pour révéler de nouvelles préférences. En un sens la délibération est dans le domaine du politique ce que le marché concurrentiel dynamique, capable de découvrir de nouvelles informations et dans lequel les préférences des individus se modifient continuellement, est dans le domaine économique. Dans le sens classique de la délibération qu'on retrouve chez Aristote, dans *l'Ethique à Nicomaque*, III, la *délibération individuelle* inclut deux choses différentes : la *proairesis* et la *bouleusis*. La *proairesis* est une délibération sur nos fins et nos désirs, alors que la *bouleusis* est une délibération sur les moyens, une fois les fins admises. Un des éléments importants est que l'individu ne possède pas uniquement *une rationalité instrumentale* mais est capable de déterminer quel individu il veut devenir. Remarquons immédiatement que la délibération ne s'oppose pas, au niveau individuel,

⁶⁶⁸ Le concept de consentement tacite brouille cette distinction, puisque je peux consentir à ce que je ne préfère pas. En acceptant une telle position, néanmoins, on est amené à soustraire à la théorie son fondement justificatif, à savoir que la validité d'une décision vient de ce que les individus font, à savoir ce qu'ils préfèrent. On doit pouvoir dire, alors, que les individus préfèrent ce à quoi ils consentent, car ils le stabilisent, y compris s'ils énoncent l'inverse. Dans ce cas le concept de consentement impliqué est trop fort pour permettre aucune modification.

à ce que défend Buchanan. L'homme artificiel de Buchanan correspond à la capacité de chaque individu à choisir les règles auxquelles il va obéir, pour décider de l'humain qu'il veut devenir. Néanmoins, la dimension collective de la délibération, qui prend place dans la sphère politique, lui est étrangère. Cela ne devrait, là aussi, pas nous surprendre. Lippmann, dès *Public Opinion*, critique le modèle de la délibération politique aristotélicienne tributaire du modèle de la cité grecque comme étant périmée historiquement. De la même façon, le *Public Choice*, remet en doute la possibilité d'existence d'un collectif d'individu qui ne soit pas divisé par la recherche d'intérêts sectionnels. Le rejet des théories idéales suppose de prendre à bras le corps ces faits de la modernité : le processus politique produit des faillites et est marqué par une concurrence entre groupes, les individus ne sont pas anthropologiquement capables de se placer du point de vue de la communauté, les publics sont nécessairement fractionnés. La délibération, dans cette situation, est un concept politique mis en crise.

Le terme de délibération a cependant acquis un regain d'intérêt depuis les années 1990, et les théories de la démocratie ont même connu un véritable "tournant délibératif" (Girard, 2011). Au niveau collectif, lorsqu'il est question de *délibération politique* cette possibilité de changement de préférences dans la discussion devient antinomique avec le modèle du choix des règles qu'on trouve chez Buchanan, où les individus choisissent des mesures en fonction de leur intérêt. Le fait que Buchanan et Tullock ne s'intéressent qu'à la démocratie comme système de vote majoritaire, où le vote est une méthode d'agrégation des préférences, est ainsi révélateur du fait que la délibération est une notion absente de leur cadre conceptuel. La délibération collective, comme décision commune sur les fins, implique un mode de détermination des règles qui ne peut être réduit à la conflictualité. Or, ce modèle est incompatible avec la conception de la personne qu'on trouve chez Buchanan et les néolibéraux plus largement. L'individu de Buchanan, certes socialisé, demeure un individu rationnel déterminé avant tout par la poursuite de ses fins et n'ayant pas la capacité, du fait du plus grand "réalisme" de la théorie, de se situer du point de vue exigé par la délibération politique. Si on trouve bien des passages chez Buchanan (1975a, 82, 164) qui mentionne l'importance de la "délibération de groupe", ces passages demeurent sous déterminés sur la forme de cette délibération et les conditions d'émergence de règles collectives choisies par tous. Il existe ainsi une tension entre les principes méthodologiques de la théorie de Buchanan, plus largement du *Public Choice*, et la discussion démocratique comprise comme délibération : l'individualisme, la rationalité individuelle, et la politique vue comme une forme d'échange sont incompatibles avec l'idée d'un changement de valeurs et de préférences dans la discussion. Emmett (2020)

distingue ainsi la conception de la discussion politiques chez Knight et Buchanan en soulignant que l'individualisme normatif de Buchanan suppose une notion forte d'autonomie, comprise comme le fait que les individus se donnent à *eux-mêmes* leurs propres règles, sans penser l'existence de groupes et d'intérêts collectifs, alors que chez Knight l'autonomie passe par l'inscription dans une collectivité, dans laquelle la discussion est à l'œuvre et transforme continuellement nos préférence et valeurs.

À bien des égards, le refus de toute délibération collective s'entend parfaitement à partir des critiques épistémologiques et anthropologiques néolibérales vues au chap. I et III. Cependant, cet état de fait vient remettre en cause la thèse selon laquelle la philosophie politique contractualiste ainsi développée favoriserait davantage que celle de Rawls la délibération.

Le problème du pluralisme

Cependant, la possibilité de la négociation suppose, au préalable, une forme d'uniformité en arrière-plan. Un des éléments importants, souligné par Haefele et Storr (2018), qui illustre le problème de la délibération, est la question de l'hétérogénéité culturelle d'un peuple, souvent présumé par l'économie politique constitutionnelle. La théorie de Buchanan, du fait de ce problème relatif au fait de concevoir l'accord sur les règles comme l'issue d'une négociation, suppose que les individus en situation contractuelle partagent, au moment de déterminer les règles de vie en communauté, des valeurs et des préférences communes. Haefele et Storr (2018) mettent en avant ce fait comme un problème, car si l'homogénéité entre individus est supposée dans la communauté politique alors cela signifie que le libéralisme de Buchanan ne peut fonctionner que dans des sociétés irréalistes, qui ne sont pas caractérisées par la pluralité de religions, de croyances, d'ethnies et de positions politiques qui caractérisent les sociétés modernes. En effet, Buchanan et Tullock expriment ainsi leur position sur la question de l'homogénéité :

L'implication de cette hypothèse indique que la communauté la plus homogène devrait adopter des règles plus inclusives pour la prise de décisions collectives. Cependant, la caractéristique d'homogénéité affecte les coûts externes ainsi que les coûts de prise de décision. Ainsi, la communauté de personnes homogènes est plus susceptible d'accepter des règles moins restrictives même si elle peut 'se permettre' des règles plus restrictives. En revanche, la communauté qui

comprend des différences marquées entre les citoyens et les groupes individuels ne peut pas se permettre les coûts de prise de décision qu'impliquent des règles de choix collectif quasi unanimes, mais les craintes très réelles de destruction de la vie et des biens par l'action collective inciteront l'individu à refuser toute autre chose que de telles règles. Les deux éléments des coûts de l'action collective restent très élevés dans de telles communautés.

(Buchanan et Tullock, 1962, 89)⁶⁶⁹.

La théorie libérale de Buchanan, qui donne une grande place à ce critère d'unanimité, est ainsi limitée par le degré d'homogénéité *a priori* de la communauté. L'homogénéité peut être comprise de deux façons, qu'il nous faut distinguer. Le pluralisme des goûts et des préférences de consommation peut, bien sûr, exister, ce sont d'ailleurs ces différences qui participent à la formation d'un système d'échange entre individus, du fait des avantages comparatifs et de la diversification de l'offre ainsi permise. Cette conception de l'hétérogénéité ne rentre pas en conflit avec la position de Buchanan – ou, pour les raisons vues au chapitre VI, pour Hayek. Néanmoins, la diversité *des valeurs et des cultures* entre en tension avec le choix politiques de règles. Cette restriction est fondamentale : en effet cela signifie que l'accord unanime sur les règles ne peut être accessible qu'à des individus qui sont *déjà* relativement homogènes. Cela est un danger particulièrement important car le modèle de la négociation que nous avons relevé plus haut empêche de penser l'homogénéisation d'une communauté politique au cours du processus lui-même. Cette pensée n'est par ailleurs pas nouvelle chez les néolibéraux. Röpke (1942) avait, par exemple, défendu le fait que le marché ne pouvait être une institution efficace que dans une société culturellement homogène, partageant des normes en commun. Par la suite, la discussion au sein de la Société du Mont-Pèlerin sur le rôle de la religion, la session sur le christianisme et le libéralisme, illustre ce point de tension entre libéraux, notamment sur l'importance du christianisme et plus largement de la religion comme condition de possibilité d'un libéralisme véritable (Caldwell, 2020). Sur ce point Eucken et Knight s'affrontent de manière aigüe et illustrent deux tendances : un libéralisme qui tend à considérer qu'une société de marché produit les normes suffisantes à l'existence en commun – ce qu'on peut retrouver

⁶⁶⁹ L'original dit : "The implication of this hypothesis suggests that the more homogeneous community should adopt more inclusive rules for the making of collective decisions. However, the homogeneity characteristic affects external costs as well as decision-making costs. Thus, the community of homogeneous persons is more likely to accept less restrictive rules even though it can "afford" more restrictive ones. By contrast, the community that includes sharp differences among individual citizens and groups cannot afford the decision-making costs involved in near-unanimity rules for collective choice, but the very real fears of destruction of life and property from collective action will prompt the individual to refuse anything other than such rules. Both elements of the costs of collective action remain very high in such communities" (Ma traduction).

chez Friedman –, un autre qui considère qu'une société libérale ne peut exister que dans un cadre culturel, voir civilisationnel, unifié. On retrouve les deux tendances, qui sont signes d'une tension inhérente à la pensée néolibérale, chez Buchanan.

Quoiqu'il en soit, en présupposant une relative homogénéité dans sa théorie du choix constitutionnel, Buchanan fait l'économie d'un fait important des sociétés démocratiques modernes : le pluralisme des populations, l'hétérogénéité produite par les histoires entremêlées des peuples, c'est-à-dire le fait du multiculturalisme. Cette hypothèse d'une homogénéité sur le plan des valeurs et des croyances substantielles des individus fonctionne, en effet, comme une condition nécessaire à l'émergence du libéralisme, ce que reconnaîtra par la suite Buchanan (2005) en énonçant que pour que l'ordre marchand soit fonctionnel et bénéfique il faut qu'une éthique libérale sous-jacente soit partagée par les individus (*Ibid.*, 29).

Pluralisme raisonnable, raison publique et délibération

Ce même problème pourrait bien sûr émerger chez Rawls (1971). Les individus, dans la position originelle, sont homogénéisés par le voile d'ignorance, et la théorie de Rawls court le même danger de fonctionner sur une forme de pétition de principe, où les éléments qui sont les conditions de possibilités de la théorie sont introduits dans les principes du raisonnement. La question de la délibération politique et du pluralisme est ainsi également absente de la *Théorie de la Justice*. Néanmoins, dans *Libéralisme politique*, le philosophe de Harvard introduit une préoccupation nouvelle pour sa théorie, à savoir la question de la *stabilité* des principes de justice dans une société caractérisée par un pluralisme raisonnable, à savoir des doctrines compréhensives ayant leur propre conception substantielle du bien. La théorie de Rawls doit donc être comprise par deux étapes. Une première étape, celle du voile d'ignorance et de la position originelle avec des limitations informationnelles fortes, est celle du choix des principes de justice. La seconde étape affronte la question de savoir dans quelles mesures ces principes sont viables dans une société caractérisée par un pluralisme raisonnable et donc irréductible⁶⁷⁰. L'exemple le plus évident pour illustrer de telles doctrines consiste dans les différentes religions, qui ont chacune leur histoire, leur conception du bien, leurs règles et normes, qui peuvent éventuellement entrer en conflit avec la sphère politique. Comment une société

⁶⁷⁰ En cela la caractérisation du pluralisme comme étant raisonnable introduit une contrainte plus forte sur le propos de Rawls que de simplement caractériser le pluralisme comme étant de fait. Dans les sociétés démocratiques plusieurs opinions sont différentes, mais elles ne sont pas nécessairement raisonnables, c'est-à-dire respectant les règles de l'émission d'un jugement raisonnable (voir Rawls, 1993, I, "the burden of judgment").

politique pourrait être stable alors que d'autres discours, d'autres doctrines, peuplent la sphère publique professant certaines valeurs cardinales fondamentales qui sont susceptibles de s'opposer aux principes de l'ordre politique ? La question est redoutable. Les doctrines métaphysiques religieuses sont en effet, par définition, des doctrines qui énoncent des *vérités absolues*. Comment concilier la présence inévitable de ces doctrines avec l'existence d'une société pluraliste qui, je le rappelle, doit être une société coopérative à *l'avantage de tous* (Rawls, 1993, 47).

En effet, le pluralisme des opinions et des doctrines émerge, pour Rawls, des institutions d'une société libre. Le désaccord raisonnable n'est pas éliminé par la structure de base de la société. Il est ainsi possible d'être en désaccord sur ce que sont les preuves, le poids à donner aux preuves, l'extension de nos concepts, ou encore la faisabilité de nos positions (*Ibid.*, 57). Chaque individu peut raisonnablement discuter de ces éléments et aboutir à des positions (métaphysiques, politiques, morales etc.) différentes. Chacun ayant le droit d'exercer sa propre raison sur des sujets théoriques et pratiques, des groupes d'individus peuvent arriver à des théories et des opinions raisonnables mutuellement incompatibles sans qu'il faille en cela supposer que les individus soient irrationnels et déraisonnables – ce qu'ils peuvent être empiriquement⁶⁷¹. Cela a une conséquence importante pour Rawls : chacun est susceptible de reconnaître aux autres le fait que leurs croyances sont raisonnables et donc *a minima* tolérables (*Ibid.*, 62).

La particularité de la position de Rawls est que le pluralisme n'est pas écarté des prémisses, mais qu'il s'agit de retrouver la validité des principes de justice à *partir du fait du pluralisme* et ce par un processus délibératif entre individus qui sont hétérogènes du point de vue de leurs valeurs et de leur croyance, et qui n'ont en commun que leur raison. De ce fait, la position rawlsienne offre davantage de place pour une compréhension de la discussion démocratique, non pas sous la forme d'une négociation calquée sur le modèle de l'échange, mais pour une délibération strictement politique à partir d'individus différenciés possédants des conceptions du bien différentes. La délibération politique n'a d'intérêt que dans le cadre où les individus pris en considération sont différents et ne partagent pas les mêmes valeurs. La délibération doit donc être vue comme un processus de formation des normes rationnelles communes dans la *sphère publique*, alors que la négociation déploie l'imaginaire contractuel

⁶⁷¹ Rawls s'intéresse à cette question du point de vue d'une société bien ordonnée par les principes de justice, dans le cadre de conditions favorables, son utopie réaliste, et non du point de vue des sociétés effectivement existantes, où il est certainement vrai de dire que tout le monde n'est pas raisonnable au sens de Rawls.

des *arrangements privés*. L'introduction de la sphère publique, qui suppose de délibérer entre individus à partir de conceptions qui sont mutuellement acceptables, et donc non à partir de principes issus de doctrines compréhensives – bien que ces principes ne doivent pas non plus être contradictoires avec ces doctrines – introduit donc l'idée de *délibération politique*. Nous pouvons ici souligner le fait que la délibération est strictement politique, car elle vise le choix de principes de justice pour ordonner la vie en société comme coopération, et non à ériger des valeurs substantielles que les individus doivent croire. En cela le pluralisme est censé retrouver les principes de justice si les individus sont raisonnables, mais la délibération ne vient jamais détruire le pluralisme raisonnable lui-même. Il faut donc distinguer la sphère publique politique et la sphère privée métaphysique. Cette distinction n'est pas ontologique et Rawls en est conscient : les doctrines métaphysiques comme les religions sont aussi bien souvent des principes d'organisation politique, et inversement il est difficile d'isoler une théorie strictement politique de l'organisation sociale sans faire appel à certains principes substantiels. Cette distinction doit être moins comprise comme une distinction étanche que comme une construction théorique à solidifier. Il est certain que certaines doctrines nient les libertés fondamentales (la libre conscience et la liberté d'expression). De ce fait il n'y a "aucune garantie" (*Ibid.*, 65) sur le fait qu'une délibération politique effective mène à l'acceptation des principes de justice. Néanmoins, Rawls a bon espoir que dans une société bien ordonnée ces théories demeurent minoritaires.

La stabilité de la société politique peut être effectuée par l'introduction d'un nouveau concept chez Rawls, à savoir celui de *raison publique*, que j'interprète comme une méthode de délibération, relative aux "méthodes partagées de l'enquête et du raisonnement" (*Ibid.*, 67)⁶⁷². Chacun peut ainsi être amené à justifier les principes de justice à partir d'une méthodologie commune ne faisant pas appel aux principes substantiels de ses propres théories métaphysiques. Cela suppose que l'argumentation publique ne fasse appel qu'à des choses publiquement recevables, relevant de la discussion raisonnable. Rawls propose ainsi une forme générale de délibération entre les individus dans la deuxième étape du choix constitutionnel, qui est purement délibérative. Chaque individu doit pouvoir *reconnaître* la validité des principes de justice comme étant valides, et retrouver la validité de ses principes à partir d'une forme

⁶⁷² Sur le concept de raison publique, à bien des égards central dans les théories du contrat, beaucoup de travaux ont été produits. On pourra lire notamment Larmore (2002), Freeman (2004), Gaus (2011) et Enoch (2015), dans une littérature foisonnante sur le sujet. Nous ne rentrerons pas ici dans le débat de savoir si le concept est nécessaire, comme le pense Freeman, ou s'il faut s'en débarrasser, comme le pense Enoch. Trancher cette question est à la fois au-delà de nos moyens actuels et au-delà du cadre de ce chapitre.

publique de raisonnement. L'obligation morale ne découle ainsi pas d'un consentement tacite envers des prémisses qui ne sont pas choisies, mais d'une délibération strictement politique où chacun fait appel à une méthodologie commune d'enquête, discutant des faits et des arguments. De ce fait, la position de Rawls est développée de façon à passer non pas le test d'identification mais *le test de reconnaissance* (Gaus et Thrasher, 2015). Chaque individu doit pouvoir reconnaître que les principes de justice sont ceux qui correspondent bien à ce que des individus moraux auraient choisis. La raison publique comme méthode de justification délibérative se distingue ainsi radicalement du consentement : le consentement suppose dans sa forme même une forme de passivité, le consentement étant un état plus qu'une activité, surtout dans la forme du consentement tacite ; au contraire la délibération par les raisons publiques suppose une activité par chaque individu pour retrouver la pertinence des principes de justice.

Reste à savoir comment une telle méthodologie argumentative pour la délibération est obtenue, où chacun s'abstient de faire appel à des conceptions métaphysiques privées. Pour que l'argumentation vaille publiquement, il faut en effet que chacun, s'il est raisonnable, s'astreigne à faire appel à des valeurs et des arguments que les autres individus soutenant des positions contraires ou différentes, puisse entendre. Par exemple, un religieux ne peut pas faire appel à la volonté de Dieu pour choisir les principes de justice, puisqu'il reconnaît que sa propre position ne peut être légitime pour un autre individu raisonnable ne croyant pas en Dieu. La délibération au moyen de raisons publique participe à *produire politiquement* l'autonomie du citoyen qui peut construire ses opinions par le processus de discussion raisonnable.

Le dernier concept important de Rawls qu'il nous faut introduire pour terminer notre développement est celui de *consensus par recoupement* (*overlapping consensus*). Le consensus est obtenu à *partir* des différentes doctrines compréhensives raisonnables (Rawls, 1993, 134), c'est-à-dire que chaque individu tenant pour vraie une doctrine compréhensive particulière et argumentant à partir de raisons publiques peut aboutir à un consensus qui constitue les conditions de possibilités d'une société pluraliste. Cet accord peut émerger car la coercition à partir d'une certaine vue est incompatible avec le pluralisme raisonnable et la reconnaissance de l'acceptabilité de doctrines qui ne sont pas les nôtres. Le libéralisme politique n'est en cela possible que si les doctrines compréhensives s'astreignent à respecter la méthode de l'argumentation par des raisons publiques. Le consensus par recoupement est donc le consensus politique qui peut émerger pour garantir la coexistence des individus et notamment des principes de tolérance réciproques – la réciprocité étant une des conditions de possibilité de la société politique. Il se situe à mi-chemin entre un modèle de négociation – puisque les individus

possèdent bien leurs diverses croyances préalables – et un modèle de délibération – puisque les individus produisent, à partir de cette base plurielle, des principes communs. Cela apparaît clairement avec le raisonnement suivant : si je suis moi-même chrétien et raisonnable, je reconnais que l'athéisme matérialiste est une position raisonnable, car fondée sur une interprétation différente des preuves et du poids à donner aux différents éléments qui nourrissent la discussion métaphysique. Je ne peux pas vouloir que l'athée soit éliminé de la société politique, car je reconnais que lui-même, comme individu raisonnable, doit être respecté comme participant de la société coopérative à laquelle j'appartiens. Inversement, l'athée ne peut vouloir mon élimination sur les mêmes bases. L'argumentation par les raisons publiques ne peut aboutir à la conclusion de l'élimination d'un partisan d'une doctrine compréhensive, à partir du moment où celui-ci est raisonnable, et donc qu'il accepte la méthodologie délibérative par les raisons publiques. Chacun est conduit à reconnaître qu'il faut garantir la liberté de croyance et de culte, ainsi que la tolérance d'un point de vue politique. Le consensus par recoupement renvoie à ce que toutes les doctrines compréhensives nécessitent pour leur existence dans la société politique, à savoir des libertés de penser et de pratiquer octroyées à toutes les doctrines raisonnables⁶⁷³.

Il faut bien noter que cette théorie idéale, et idéalisée, de la délibération ne prend pas place dans un vide institutionnel total, car, mais au sein d'une seconde étape de la théorie de la justice, à savoir dans une société où les principes de justice sont déjà en place et où la question est celle de la stabilité. Cette théorie de la délibération politique n'intervient donc pas comme un outil applicable à nos sociétés empiriques, où la délibération effective est imparfaite est déraisonnable et où le pluralisme peut comporter des points de vue absolus n'acceptant pas la norme de la réciprocité. Néanmoins, la théorie de Rawls nous donne une base normative sur laquelle penser le problème des conditions de possibilités du libéralisme politique ainsi que du type de délibération adéquat pour l'émergence de normes communes justifiées, capables d'être reconnues comme valides par les individus composant la société politique. Cette théorie sera perpétuée, puisqu'elle propose en effet une forme d'incarnation d'un idéal démocratique qui peut nourrir les réflexions plus contemporaines sur les formes délibératives qu'il faudrait effectivement mettre en place⁶⁷⁴. Pour autant, même dans cette version légèrement moins

⁶⁷³ Cela signifie aussi que la position rawlsienne autorise l'interdiction des doctrines non raisonnables, qui refusent de se soumettre à ce type de délibération publique, et font primer la sphère métaphysique sur la politique. Comme pour toute théorie politique l'ouverte atteint ses limites face aux positions qui nient la validité même de la position en question.

⁶⁷⁴ Girard (2019) est un excellent exemple d'une utilisation des concepts rawlsiens pour le développement d'une théorie renouvelée de la démocratie délibérative.

idéale, la théorie de Rawls se situe à un niveau d'abstraction important. Les néolibéraux sont bien davantage sensibles aux conditions historiques qui limitent très fortement la délibération politique idéale, c'est pourquoi le marché est perçu comme l'espace de décision et d'autogouvernement par excellence. La position de Rawls fait apparaître la dimension radicalement non-idéale du néolibéralisme, qui s'intéresse avant tout à la question épistémique de la possibilité de décisions politiques bénéfiques, mais aussi à la robustesse d'une société libérale, une fois le voile d'ignorance retiré. Récemment Nick Cowen (2021) dans son livre *Neoliberal Social Justice, Rawls Unveiled*, a, par exemple, défendu cette position, en montrant comment une société de marché bien organisée réalisait empiriquement les principes idéaux de justice.

La doctrine de Buchanan, fondée sur l'idée de la négociation entre individus ayant des intérêts privés, est ainsi incompatible avec la discussion politique comprise comme délibération capable de faire émerger de nouvelles normes publiques. Cela a pour conséquence le fait que l'homogénéité culturelle et religieuse des individus doit être supposée, de même qu'une éthique libérale, pour que la communauté politique soit possible. La théorie de Rawls tente d'affronter le problème du pluralisme radical des doctrines métaphysiques, et donc du cosmopolitisme des démocraties contemporaines, en faisant émerger d'une délibération publique la reconnaissance des principes de justice⁶⁷⁵. À bien des égards, la doctrine strictement politique de Rawls peut paraître trop abstraite pour fournir une théorie procédurale de la délibération, mais on peut cependant tirer de ses développements une méthodologie sur la forme que doit prendre la délibération politique pour aboutir à des normes légitimes, à savoir les principes du désaccord raisonnable, une enquête fondée sur l'évaluation des preuves, les données des sciences et le poids donné aux arguments respectifs des différentes positions, et l'usage des raisons publiques, ne faisant pas appel à des valeurs issues de doctrines compréhensives non susceptibles d'être acceptées par des partisans d'autres doctrines. En cela, la théorie de Rawls ouvre la voie à une théorie de la délibération politique, ce qui, contrairement à ce que l'on pourrait logiquement attendre du primat de l'individualisme normatif, n'apparaît pas chez Buchanan.

Le dialogue entre ces deux positions n'est possible, et c'est ce qui rend cette confrontation fructueuse, que parce Rawls mobilise le même problème général que les néolibéraux – à savoir la question du gouvernement par les règles et l'ajustement de ces règles.

⁶⁷⁵ Cela dit, en un sens Rawls n'échappe pas au problème de la présupposition de l'existence d'une société déjà libérale. Quong (2010) défend que le processus de raison publique ne peut jouer qu'au sein d'une société déjà libérale. En cela Rawls n'échappe pas aux problèmes des néolibéraux, mais les rencontre lui aussi à un niveau propre à sa théorie.

Ce faisant, il laisse bien évidemment de côté plusieurs éléments centraux de la théorie néolibérale, mais se rend compatible avec ces théories. La position rawlsienne, qui réinvestit pourtant tout l'héritage du libéralisme social de Mill et du *social liberalism*, peut à ce prix être perçue comme un contrepoint pertinent aux positions néolibérales et en souligner les spécificités.

Conclusion

Ce chapitre avait pour ambition d'évaluer la philosophie politique de Buchanan par le biais d'une comparaison avec la théorie d'un de ses contemporains, avec qui il a eu des contacts importants, à savoir John Rawls. Notre travail a montré que les deux théories partagent la même ambition, à savoir (i) étudier les conditions de possibilités d'une société libérale et (ii) proposer une théorie politique relative à la façon de légitimer les règles de fonctionnement d'une société libérale. Cette ambition partagée conduit les deux auteurs à se citer mutuellement et à utiliser plusieurs concepts communs. Néanmoins, de grandes différences apparaissent dans l'usage de ces concepts, relevant de principes philosophiques distincts. La conception de la personne et des caractéristiques nécessaires pour ériger un contrat social (la rationalité et la raisonnable) diffère largement, ce qui donne lieu à une théorie du contrat hobbesienne pour Buchanan, alors que celle de Rawls se situe davantage dans la continuité de Rousseau et de Kant. En dernier lieu nous avons proposé une évaluation des assertions de Buchanan relatives au réalisme, à la normativité et à la délibération. Nous avons montré que les positions de Buchanan ne pouvaient être dites plus réalistes, moins normatives et plus délibératives. L'enjeu principal a consisté à marquer la différence entre d'un côté une théorie politique néolibérale, et de l'autre une théorie politique partageant des présupposés et des problèmes généraux voisins – peut-être en étant inspiré, précisément, des problématiques néolibérales – mais ne pouvant cependant pas être classée comme néolibérale.

Pour notre argumentation générale quant à la réponse de Buchanan au problème néolibéral formulé dans notre chapitre IV, ces derniers éléments sont de première importance. La particularité et l'originalité de la position de Buchanan consiste, en effet, à produire une théorie philosophique de la production des règles sociales et politiques légitimes qui pourraient limiter le processus démocratique majoritaire – entraînant l'inflation des dépenses et la réduction du rôle du marché concurrentiel – sans faire appel à autre chose que les préférences

des individus par le biais du contractualisme, et donc, ce qui est commun avec les autres néolibéraux, à un point de vue divin ou extérieur aux croyances et connaissances des individus. Notre analyse a montré que les propositions de Buchanan introduisaient des éléments normatifs importants à la base de son contractualisme, qui implique, par voie de conséquence logique, des prises de positions politiques fortes, telle que la défense du statu quo, une vision de la sphère politique claquée sur la sphère de l'échange économique et une diminution du rôle de l'État. En cela, la théorie de Buchanan, déterminant ce que doit être le processus de modification des règles, réintroduit à un niveau supérieur (à l'intervention immédiate sur les processus) une normativité qui limite très largement le principe de la décision démocratique. Le constitutionnalisme de Buchanan énonce qu'il faut laisser les individus décider des règles de fonctionnement de la communauté politique, mais nous avons néanmoins montré que sa théorie s'accorde mal avec une théorie de la délibération politique permettant de faire émerger autre chose que des règles issues de négociations entre individus rationnels déjà pourvus de leurs préférences, et dont le statut sont discutables du point de vue de l'impartialité. On retrouve ainsi dans la philosophie politique de l'auteur virginien des tensions nombreuses entre, d'une part, la volonté de produire une théorie de la production et de la légitimité des règles sociales et, d'autre part, la volonté d'échapper à tout jugement normatif substantiel.

Dans ce cadre, Buchanan répond à plusieurs des questions majeures de notre première partie : de quel point de vue décider des règles ? Comment juger de l'amélioration des règles ? Comment avoir une théorie normative sur les règles sans tomber dans une forme d'hybris rationaliste ?

Sur la redéfinition de la démocratie et du politique

J'ai interprété le développement de l'économie politique constitutionnelle à partir du problème posé par la démocratie, tendant à devenir illibérale dans son processus. L'analyse économique du politique menée par Buchanan et Tullock (1962) conduit ainsi à abandonner l'idéal d'un despote bienveillant, et montre que la démocratie comprise comme souveraineté populaire, associée au vote majoritaire, mène irrémédiablement à des situations désastreuses et, finalement, illibérale. L'augmentation des dépenses et du rôle protecteur et distributeur de l'État est, en effet, à mettre en balance avec son rôle protecteur des libertés fondamentales. On peut interpréter une part importante du travail de Buchanan comme étant consacré au fait de développer une théorie alternative de la démocratie, compatible avec le libéralisme – considéré

avant tout comme une théorie dans laquelle le marché est le lieu de réalisation et d'autoproduction des individus – et susceptible de le compléter.

Dans ce cadre, le modèle de l'échange, prévalent dans le marché, devient également la façon de penser le choix des règles politiques, qui doivent obéir à la même rationalité que l'échange marchand – et partant le marché politique est symétrique au marché économique, et peut lui aussi connaître des faillites. Cette analyse n'est pas uniquement descriptive – les élus agissant comme les autres individus, à savoir comme des individus rationnels – mais aussi en un sens normatif, puisque la conception de la démocratie constitutionnelle de Buchanan introduit au niveau de la modification des règles le modèle de la négociation contractuelle qui est celui des échanges marchands privés. Le danger de la démocratie est évité en réintroduisant, au sein de la théorie démocratique, la rationalité marchande. Il faut souligner ce point en ce que, chez les premiers néolibéraux, l'ordre et la rationalité économique était subordonné à un ordre politique qui pouvait, comme chez les ordolibéraux, posséder sa rationalité propre – notamment politico-juridique. Chez Buchanan, et en un certain sens chez Hayek et Posner de la même façon, cette distinction ne tient plus, puisque les critères politiques sont eux-mêmes économiques, comme la politique est elle aussi un marché. Le marché devient la norme du gouvernement politique, non plus seulement en ce qu'il consiste en ce qui doit être réalisé efficacement, mais aussi en ce qu'il constitue le critère d'intelligibilité du politique. Buchanan n'innove pas radicalement sur ce point. Bien sûr, il existe des précurseurs au sein de la science politique, le plus grand nom étant Anthony Downs (1957), mais aussi et surtout au sein des néolibéraux. Dans la théorie des publics de Lippmann (1925a, b) les groupes politiques constitués agissent comme des groupes de consommateurs, et la politique est déjà pensée sous la forme – embryonnaire et donc thématifiée comme telle – d'un marché. Buchanan actualise et radicalise donc une tendance au long cours du néolibéralisme.

Rawls et Buchanan

L'étude de la théorie contractualiste de Buchanan montre comment l'auteur virginien tente de réconcilier son libéralisme, fondé sur un individualisme normatif, et la *nécessité de modifier* le cours effectif des choses en changeant les règles du processus politique, pour répondre au problème des règles produisant des équilibres négatifs. En cela, nous avons interprété Buchanan comme tentant de répondre au problème néolibéral, et évalué son contractualisme comme une réponse originale à ce problème – à la fois vis-à-vis du premier néolibéralisme,

mais aussi de Hayek et de Posner (voir chap. IX). Sur ce point, Buchanan rencontre les contributions de la philosophie politique, qu'il s'agisse de la philosophie politique classique (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant) ou contemporaine (Rawls, Gauthier, Nozick). J'ai particulièrement insisté sur le parallèle avec la théorie rawlsienne, pour souligner les points de différenciation importants qui permettent de singulariser la philosophie politique de Buchanan comme une philosophie néolibérale, par contraste avec une philosophie politique nourrie elle aussi des travaux de Knight, Hayek et d'autres libéraux influents et mobilisant le même type de problèmes généraux, comme celui du gouvernement par les règles du jeu, que sont les principes de justice.

La théorie contractualiste de Buchanan se distingue particulièrement par sa défense d'une version hobbesienne du contrat, où celui-ci est légitime à partir du moment où les individus sont dans une meilleure situation que dans l'état antécédent (par exemple l'état de nature). Cette théorie le conduit à défendre normativement le statu quo comme le point de référence et l'option par défaut de toute amélioration possible, car la méta-règle fixant la procédure du changement de règle est l'accord volontaire unanime des individus. Cette théorie est, en un sens, cohérente, en ce que la défense du statu quo est déduit de l'individualisme normatif. Néanmoins, nous avons montré que cette cohérence se faisait au prix d'un ensemble de déterminations conceptuelles principielles elles-mêmes problématiques : une conception du contrat comme accord volontaire entre individus inégaux, un "réalisme" de la théorie empêchant l'émergence d'un point de vue impartial comparable à celui de la position originelle – et ce pour de bonnes raisons, notamment épistémiques –, une théorie du consentement tacite qui reconduit les mêmes problèmes que le consentement hypothétique, et une conception de la coopération sociale fondée sur la seule rationalité. Par *distinguo* la théorie de Rawls nous a servi de contrepoint conceptuel et historique utile, développant une théorie du contrat comme accord entre individus raisonnables voulant faire émerger des normes communes, une conception de la personne raisonnable irréductible à la seule rationalité instrumentale, ou encore une théorie de l'accord qui n'est pas une théorie du consentement mais un procédé de représentation. Cette comparaison fait apparaître deux visions de la société relativement exclusives⁶⁷⁶ : une vision d'une démocratie néolibérale, où l'accord politique est pensé sur le modèle de la négociation contractuelle privée, sur le modèle d'un marché aboutissant à des résultats Paréto-supérieurs; et une vision social-libérale de la démocratie, revendiquant une coupure entre la sphère politique et économique, publique et privée, tentant de faire émerger

⁶⁷⁶ J'oppose ces deux théories, mais il est évident qu'elles ne sont pas les deux seuls modèles possibles.

les conditions de possibilités d'une délibération commune. Malgré leurs ressemblances apparentes, les deux positions offrent deux modèles différents de la modernité démocratique.

Une réussite du projet néolibéral à travers Buchanan ?

En voulant à tout prix éviter de se positionner dans les discussions normatives substantielles et en privilégiant le procéduralisme, la position de Buchanan s'interdit de reconnaître pleinement l'importance de ses prémisses normatives. Buchanan met continuellement en avant la métaphore du jeu pour décrire sa position. Il faut choisir les règles du jeu plutôt que les états finaux dans le jeu. Cette position, toute valide qu'elle soit pour décrire la façon dont les individus se coordonnent socialement et cognitivement au moyen de règles, oublie que la procédure de décision sur les règles du jeu produit elle-même des états finaux dans le jeu qui peuvent être prévisibles, à partir du moment où le jeu n'est pas un pur jeu de hasard. Plus encore, cette position laisse de côté que la procédure de décision elle-même ne peut être décidée (i) depuis un point de vue de nulle part, ce qui réintroduirait le problème néolibéral à un niveau supérieur ou (ii) depuis les concepts introduits par la théorie contractualiste, sous peine de conduire à une circularité logique évidente où le processus de décision est décrit comme devant être unanime et où c'est l'unanimité qui légitime le processus de décision. Une analyse détaillée du contractualisme de Buchanan révèle que les conceptions fondamentales de son analyse, à savoir sa conception de l'individualisme normatif, de l'accord volontaire, ou sa théorie du choix constitutionnel faisant usage du voile d'incertitude, impliquent un type de procédure de décision, partant notamment du statu quo et légitimant les inégalités.

La délibération, à savoir l'émergence des normes démocratiques à partir de la discussion entre individus, aurait pu constituer une réponse théorique satisfaisante, en proposant une explication de la légitimité des règles à partir d'individus autonomes porteurs de leur valeur. Néanmoins, le concept de délibération est antinomique aux développements de Buchanan, qui ne laisse pas de place à la délibération démocratique, au profit de négociations contractuelles partant d'une situation de statu quo. La délibération politique comme procédure de décision minerait, en effet, toute l'ambition libérale de la théorie de Buchanan, puisque les individus pourraient choisir – comme la délibération est un processus ouvert – absolument n'importe quel type de règle, et non nécessairement des règles constitutionnelles limitant les dépenses engendrées par la démocratie. La théorie de Buchanan peine sur l'articulation entre son contractualisme et son libéralisme, puisqu'en dernière analyse pour que le contrat aboutisse

effectivement à une démocratie constitutionnelle libérale, il faut que les individus contractants partagent déjà une éthique libérale.

Sur ces différents aspects il est évident que la théorie de Buchanan n'est pas dépourvue de nombreuses "tensions" (Boettke et Stein, 2018), qui ouvrent d'ailleurs à des tentatives de synthèse ou de solutions, en montrant notamment comment la théorie de Buchanan pourrait être amendée pour donner une place plus importante à la délibération collective⁶⁷⁷. Dans cette partie, j'ai principalement voulu montrer comment une théorie contractualiste néolibérale pouvait se spécifier, caractérisée par une défense du libéralisme associé aux marchés concurrentiels, dans laquelle la modification des règles du jeu devait suivre des méta-règles restrictives, pour éviter le débordement incontrôlé d'un processus démocratique qu'il faut adapter aux exigences de la Grande Société mais aussi aux leçons tirées d'une description réaliste du processus politique et de la concurrence électorale. Je reviendrai dans la conclusion générale sur les éléments qu'on peut tirer de telles positions pour la philosophie politique contemporaine.

⁶⁷⁷ On peut, par exemple, se référer à Vanberg (2008), Gaus (2018b) ou Peart et Levy (2020) pour de telles tentatives.

Chapitre IX. Posner : le tribunal et le marché.

Il est tout simplement impossible de nier que la nouvelle économie du droit est arrivée. Il faut donc faire un adieu affectueux (bien que temporaire) à Rawls et Nozick, et un accueil chaleureux à Coase, Pigou, Calabresi et Posner.

(Jules Coleman, *Markets, Morals and the Law*)⁶⁷⁸.

La "nouvelle" analyse économique du droit est désormais incontournable en philosophie politique et juridique. Les analyses normatives de John Rawls et Robert Nozick doivent laisser place aux nouvelles stars, que sont Ronald Coase, Guido Calabresi et Richard Posner (Coleman, 1998, 67). Ce tournant est vérifié à bien des égards, puisque la particularité de l'approche de Posner, par rapport à un Hayek ou un Buchanan, consiste à partir de l'analyse juridique elle-même – Posner est juriste et non économiste ou philosophe de formation – plutôt que de proposer des discours normatifs *a priori*. Au problème de la justification de règles permettant le fonctionnement bénéfique du marché dans une société libérale, Hayek et Buchanan ont apporté des solutions puisant dans le contractualisme ou dans une approche évolutionniste. Les deux auteurs se sont retrouvés confrontés au fait de fonder leur position dans une théorie de la justice permettant de soutenir la supériorité d'une société libérale⁶⁷⁹, en soulignant les avantages permis par le cadre de coordination du marché, ou le point de référence indépassable constitué par le *statu quo* des sociétés occidentales. Posner, par distinction, mobilise les outils de l'analyse économique standard pour donner un contenu à ce que produit une société organisée sur des principes libéraux, à savoir une certaine conception de l'efficacité, comprise comme maximisation de la richesse (*Wealth Maximization*). L'analyse économique apparaît alors comme l'outil adéquat pour déterminer le contenu des règles sur une

⁶⁷⁸ L'original dit : "There is simply no denying that the new law-and-economics as arrived. So it is a fond (if only temporary) farewell to Rawls and Nozick, and a warm welcome to Coase, Pigou, Calabresi and Posner" (Ma traduction).

⁶⁷⁹ Il peut être étrange d'associer à Hayek l'expression de théorie de la justice, puisque Hayek (1976, 1988) s'insurge contre la justice sociale. Néanmoins, nous avons vu au chapitre VI que la défense du libéralisme de Hayek doit se constituer sur des assises normatives le conduisant à développer des positions proches de Rawls. Pour une défense de la nécessité d'élaborer une théorie de la justice sociale au sein du "libéralisme classique" voir Melkevik (2020).

base scientifique. Cela n'est pas une originalité en soit dans le corpus néolibéral, comme nous allons le voir, mais Posner porte cette conception à son plus haut degré de systématisme. Loin d'avoir atteint un sommet éphémère dans les années 1980, comme le pensait notamment Morton Horwitz⁶⁸⁰, le mouvement *Law and Economics* a au contraire cru et s'est diversifié, jusqu'à devenir très largement dominant dans certaines branches du droit et incontournable dans l'analyse philosophique du droit⁶⁸¹.

Dans ce chapitre, je me concentre sur la figure de Richard Posner, qui est certainement le plus important des représentants de l'analyse économique du droit, puisque c'est son manuel, *Economic Analysis of Law*, en 1973, qui lance réellement le champ disciplinaire à son plein potentiel⁶⁸². Posner est certainement la figure la plus importante de l'analyse économique du droit, ayant contribué à tous les aspects, descriptif, doctrinaire, normatif et pratique, des relations entre droit et économie⁶⁸³. Ce juriste, économiste et philosophe américain est ainsi un des instigateurs de la légitimité académique du champ par ses publications et contributions nombreuses, mais aussi certainement celui qui a œuvré pour octroyer aux analyses économiques du droit le plus de densité philosophique. En tant que théoricien et praticien le juge Posner a ainsi exercé une influence remarquable sur la discipline, avec une œuvre s'étendant sur plus de quarante années et composée de centaines d'articles et de dizaines d'ouvrages⁶⁸⁴. À partir des années 1980, il débat avec les plus grands philosophes du droit, tels Ronald Dworkin, certainement celui avec lequel il croise le plus le fer⁶⁸⁵, mais aussi,

⁶⁸⁰ Voir notamment Horwitz (1980, 905): "I have the strong feeling that the economic analysis of law has 'peaked out' as the latest fad in legal scholarship and that it will soon be treated by the historians of legal thought like the writings of Lasswell and McDougal. Future legal historians will need to exercise their imaginations to figure out why so many people could have taken most of this stuff so seriously." De toutes évidences la prophétie de Horwitz s'est trouvée invalidée.

⁶⁸¹ Pour un survol historique et théorique de l'importance du courant, voir Medema et Mercurio (1997) et Teles (2008). Coleman et Shapiro (2012), en éditant leur *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* expliquent ainsi qu'ils laissent *Law and Economics* de côté (voir préface) du fait de l'importance écrasante accordée au domaine lors des dernières années. Malgré tout Posner – pour ne prendre que la figure de proue du mouvement qui nous intéresse dans ce chapitre – est cité une trentaine de fois dans l'ouvrage.

⁶⁸² L'importance de Posner pour ce champ est soulignée à maintes reprises, voir notamment Coase (1993), Harnay et Marciano (2003), Lanneau (2009), Mathis (2009) et Marciano (2018).

⁶⁸³ Teles (2008) consacre ainsi un chapitre à Posner et le dépeint comme l'instigateur du renouveau théorique de l'analyse économique du droit. D'autres personnages importants ont contribué à l'institutionnalisation du champ, notamment Henry Manne, véritable "entrepreneur institutionnel" qui a fortement contribué à la légitimité du champ en promouvant cette discipline au sein des études juridiques.

⁶⁸⁴ Pour un portrait intellectuel de Posner on pourra lire avec intérêt Ryerson (2000), qui dépeint Posner à la fois comme un théoricien caractérisé par le goût de la provocation, mais aussi comme un praticien du droit de premier ordre. On peut y lire que Posner a échangé avec bien d'autres grands noms dans le champ des études juridiques, tels que Dworkin, Coleman, Kronman, Nussbaum ou Rorty.

⁶⁸⁵ Les échanges durent pendant un quart de siècle au moins, si bien qu'en 2007 Posner peut dire, lors d'une cérémonie en l'honneur de Dworkin "I was touched to learn that Dworkin himself had asked me to speak. For our intellectual relationship is essentially one of antagonism, even antipathy" (Posner, 2007, 9).

notamment, Martha Nussbaum. Formé en droit à Harvard, Posner rejoint ensuite Chicago en 1968, où il côtoie les membres de l'École de Chicago. Enfin, à l'instar de Calabresi, Posner est, à partir de 1981, nommé par Reagan comme juge de la cour d'appel pour le septième circuit⁶⁸⁶, dont il devient même président entre 1993 et 2000. Dans les années 2000, il était le juge le plus cité et discuté aux États-Unis. De surcroît, Posner lie ses positions théoriques avec une défense du libéralisme. L'utilisation des outils de l'analyse économique appliqués au droit permet de répondre à la question de la détermination des règles du jeu à partir d'un point de vue scientifique, puisque la théorie économique est jugée comme la meilleure théorie disponible pour répondre à ces questions. Dès la fin des années 1970, Posner se revendique comme libéral, et ce jusqu'à ses ouvrages plus tardifs comme *Law, Pragmatism and Democracy* en 2003. Membre de la société du Mont-Pèlerin⁶⁸⁷, Posner se réfère directement à Hayek, Friedman et à la tradition libérale classique et comme sa tradition de référence sera in fine le pragmatisme juridique, autour du concept de *Common Law*, on retrouve un terrain d'articulation avec la manière dont néolibéralisme et droit se sont noués dès le début, avec Lippmann.

Je propose de lire sa contribution théorique comme une réponse au problème néolibéral. La particularité de la position de Posner est de faire appel à un modèle du marché efficient, qu'il tire du théorème de Coase, pour déterminer les règles de droit suppléant les faillites de marché produites dans le monde réel. Comme les ordolibéraux, Posner fait appel à une forme d'expertise juridico-économique, mais en ne déduit pas ses positions d'une métaphysique de l'ordre à l'instar de Eucken ou Böhm. Il fait, au contraire, usage des outils de l'analyse économique, pour fournir un cadre permettant de fixer les règles du jeu maximisant l'extension du marché, puisque le droit lui-même est désormais pensé à partir du modèle du marché.

Dans le cadre du tournant théorique identifié par Coleman, les discussions sur l'efficience, la maximisation des richesses, le calcul coût/bénéfique, ou encore la distinction entre négligence et *liability*⁶⁸⁸ peuplent le bestiaire théorique des discussions relatives à l'organisation légale des sociétés contemporaines. La philosophie politique et juridique ne peut plus faire l'impasse sur ces concepts, devenus primordiaux non seulement pour les discussions techniques sur le droit, mais aussi pour les discussions relatives aux critères gouvernant

⁶⁸⁶ Les cours d'appel sont le dernier échelon du système judiciaire avant la Cour Suprême. Il existe onze circuits aux États-Unis, le septième étant celui de la région de Chicago.

⁶⁸⁷ Posner est mentionné à plusieurs reprises dans la littérature sur le sujet, par exemple Plewhe et Mirowski (2009, 9), mais ses positions sont rarement étudiées dans le cadre des problèmes traités par les autres néolibéraux.

⁶⁸⁸ Je fais référence à un couple conceptuel classique en analyse économique du droit, renvoyant à deux régimes de responsabilité légale pour les accidents. Je reviendrai dans le corps du chapitre sur cette distinction et les discussions importantes sur celle-ci.

l'organisation sociale. Posner est l'un des participants de ce que Teles (2008) a appelé la "bataille pour le contrôle du droit". Il ne faut donc pas s'étonner de voir Martha Nussbaum s'opposer à Posner et critiquer les "fondations imparfaites" de l'approche posnérienne comme ayant des implications sociales et politiques néfastes (Nussbaum, 1995). Posner n'est pas le dernier à afficher publiquement les implications politiques et sociales de ses théories, en défendant, par exemple, que son approche économique s'articule avec une défense du libéralisme (Posner, 1995, introduction). Les critiques ne s'y sont d'ailleurs pas trompés et ont très rapidement mis en avant le caractère idéologique de l'analyse économique du droit chez Posner, décrite comme une justification conservatrice de la société de marché libérale⁶⁸⁹. Ma propre position est que la théorie normative de Posner consiste dans une défense du libéralisme, mais que celle-ci n'est pas une justification a posteriori d'un *statu quo*, mais une réponse originale tentant de formuler une réponse au problème de la détermination des règles aux moyens des concepts de la théorie économique. Ce faisant Posner est cependant entraîné dans les questions philosophiques de justification de son concept d'efficience en faisant appel à ce que les individus pourraient vouloir ou accepter – ce qui nous entraîne vers la question du consentement et de l'acceptabilité d'une société de marché, à l'instar de ce qu'on a rencontré chez Lippmann, Hayek et Buchanan.

Qu'est-ce que l'analyse économique du droit ?

Les relations entre économie et droit n'apparaissent pas dans les années 1960. Depuis, au moins, Adam Smith et ses *Lectures on Jurisprudence* données en 1763 et Bentham, dans son *Introduction aux principes de la morale et de la législation* de 1789, les économistes s'intéressent au droit. Smith et Bentham sont deux figures tutélaires ayant noté l'importance du contexte institutionnel du marché et la nécessité d'intervenir sur les règles⁶⁹⁰. Néanmoins, leur approche ne consiste pas en une analyse économique *du* droit, mais une réflexion sur le rôle imparti à l'État et au marché, dans le cadre d'une réflexion générale sur les systèmes de liberté.

L'analyse économique du droit est ainsi caractérisée par l'utilisation des concepts de l'analyse économique appliqués au droit. Kornhauser (2017) définit le corps commun des approches qui relèvent de l'analyse économique du droit par l'utilisation des outils de la microéconomie standard pour l'analyse du droit. Les approches variées, dans ce cadre, partagent une base

⁶⁸⁹ On trouve cette critique, entre autres, chez Baker (1975) et Horwitz (1980).

⁶⁹⁰ On peut aussi citer, Marx ou Weber comme étant des économistes s'intéressant aux contextes juridiques et institutionnels (Deffains, 2007).

théorique commune : la théorie de l'agent rationnel et la théorie du consommateur. On retrouve le même type de définition chez d'autres références du domaine, Mercurio et Medema (1997, 3). L'analyse économique du droit est avant tout une méthode avant d'être une approche substantielle⁶⁹¹. Posner exprime cela de façon tout à fait explicite dans la préface de son *Economics of Justice* (1981, 1-2)⁶⁹² :

Bien que le sujet traditionnel de l'économie soit effectivement le comportement des individus et des organisations sur les marchés, une réflexion sur l'outil analytique de base de l'économiste pour étudier les marchés suggère la possibilité d'utiliser l'économie de manière plus large. Cet outil repose sur l'hypothèse que les gens sont des maximisateurs rationnels de leur utilité. Les principes de l'économie consistent en des déductions à partir de cette hypothèse - par exemple, le principe selon lequel un changement de prix affectera la quantité d'un bien en affectant l'attrait des biens de substitution, ou que les ressources graviteront vers leurs utilisations les plus rémunératrices, ou encore que l'individu répartira son budget entre les biens et services disponibles de manière à ce que le (dernier) dollar marginal dépensé pour chaque bien et service lui apporte la même utilité ; si ce n'était pas le cas, il pourrait augmenter son utilité globale ou son bien-être par une réallocation (...).

) Si la rationalité ne se limite pas aux transactions explicites du marché mais est une caractéristique générale et dominante du comportement social, alors l'appareil conceptuel construit par des générations d'économistes pour expliquer le comportement du marché peut également être utilisé pour expliquer le comportement hors marché⁶⁹³.

Le mouvement *Law and Economics* est, cela dit, divers à bien des égards, et il serait acrobatique de vouloir en donner une présentation exhaustive au sein de cette thèse centrée sur la théorie

⁶⁹¹ Pour une présentation succincte du minimum technique mobilisé par Posner, voir l'introduction de Posner (1973). Pour une présentation philosophique et accessible des différents concepts relatifs à l'analyse économique, voir Gaus (2008).

⁶⁹² On retrouve la même position dans bien d'autres textes, par exemple Posner (1990, chap. 12).

⁶⁹³ L'original dit : "Although the traditional subject of economics is indeed the behavior of individuals and organizations in markets, a moment's reflection on the economist's basic analytical tool for studying markets will suggest the possibility of using economics more broadly. That tool is the assumption that people are rational maximizers of their satisfactions. The principles of economics are deductions from this assumption—for example, the principle that a change in price will affect the quantity of a good by affecting the attractiveness of substitute goods, or that resources will gravitate to their most remunerative uses, or that the individual will allocate his budget among available goods and services so that the marginal (last) dollar spent on each good and service yields the same satisfaction to him; if it did not, he could increase his aggregate utility or welfare by a reallocation (...). If rationality is not confined to explicit market transactions but is a general and dominant characteristic of social behavior, then the conceptual apparatus constructed by generations of economists to explain market behavior can be used to explain nonmarket behavior as well" (Ma traduction).

politique néolibérale⁶⁹⁴. Medema et Mercuto (1997), Bernstein (2005), Parisi (2005), Deffains et Ferey (2007), Lanneau (2009) ou encore Kornhauser (2017) insistent sur la diversité du mouvement. À titre d'exemple, l'approche de Calabresi se veut plus interventionniste que celle d'un Posner⁶⁹⁵. De la même façon, le nexus juridico-économique intéresse aussi depuis, au moins, Commons, les institutionnalistes, comme le relèvent Samuels et Schmid (1981). Y compris au sein des approches libérales de l'analyse économique du droit, puisque les néolibéraux sont depuis le début intéressés aux questions de régulations de l'économie, il faut faire la part à des différences méthodologiques importantes. L'approche économique du droit de Posner, très fortement inspirée par l'École de Chicago et particulièrement de Friedman, Stigler ou Becker, diffère de la théorie évolutionnaire de Hayek, ou encore de l'approche constitutionnaliste d'un Buchanan⁶⁹⁶.

L'efficacité comme critère normatif

Dans ce chapitre j'étudie les positions de Posner sous un angle particulier, à savoir la dimension normative de l'*efficacité* proposée par le juge américain, sans l'ambition de traiter de toute l'analyse économique du droit. En effet, l'analyse économique du droit posnérienne constitue une défense d'une société libérale organisée à partir du modèle normatif du marché. Le concept d'efficacité acquiert un rôle primordial puisqu'il est érigé au statut de critère éthique et pragmatique. Il s'agit donc de comprendre la théorie posnérienne comme une réponse au défi identifié, entre autres, par Hayek (1947, 110-111) :

La discussion traditionnelle devient particulièrement insatisfaisante lorsqu'on suggère qu'avec la reconnaissance des principes de la propriété privée et de la liberté contractuelle, que tout libéral doit en effet reconnaître, toutes les questions sont réglées, comme si le droit de la propriété et des contrats

⁶⁹⁴ De plus, ce courant de l'analyse juridique demeure relativement peu connu en France. Le constat date de Montagné (1999), remis à jour par Harnay (2015). Depuis on peut lire les ouvrages de Harnay et Marciano (2003) et Ferey et Deffains (2007), qui consistent en des introductions à des questions. Néanmoins, la connaissance de l'analyse économique du droit demeure limitée. L'explication la plus évidente venant du fait que l'analyse économique du droit prend racine dans le contexte américain marqué par l'existence de la *common law*, qui est une étrangeté dans le système français. De ce fait les débats théoriques en philosophie du droit sont davantage marqués par le positivisme logique (Kelsen, Hart) ou les approches de Dworkin et Rawls. Posner a récemment été traduit dans l'anthologie éditée par Christopher Béal en 2015 chez Vrin, *Textes clefs de la philosophie du droit*. Il faut néanmoins noter que c'est un texte sur le pragmatisme de la décision judiciaire qui a été traduit, et non un texte mobilisant les concepts économiques.

⁶⁹⁵ Bernstein (2005) défend une distinction entre l'approche de Calabresi, plus ouverte théoriquement et celle de Posner, qui est devenue, selon elle, un club fermé et hermétique.

⁶⁹⁶ Comme je l'ai déjà relevé Posner (2004) est critique de Hayek pour son évolutionnisme, et Buchanan refuse le critère d'efficacité de Posner appliqué au droit. Le titre de la recension de *L'analyse économique du droit* de Posner par Buchanan est ainsi révélateur : "Good Economics – Bad Law" (1974).

était donné une fois pour toutes dans sa forme définitive et la plus appropriée, c'est-à-dire dans la forme qui fera fonctionner au mieux l'économie de marché. C'est seulement après s'être mis d'accord sur ces principes que les vrais problèmes commencent⁶⁹⁷.

Les "vrais problèmes" que mentionne Hayek pour une nouvelle théorie libérale adaptée aux circonstances de la modernité, sont précisément ceux qu'on retrouve traités par Posner. Mais à l'égard du premier néolibéralisme, Posner opère une forme de *radicalisation*⁶⁹⁸. Dans "The Ethics of Competition", Frank Knight (1935, 74-75) pouvait ainsi noter que l'efficacité était un concept normatif limité à la sphère concurrentielle, devant cohabiter avec d'autres principes sociaux permettant l'émergence de formes de vies diverses. Posner franchit un pas supplémentaire et défend l'efficacité comme principe non plus seulement caractéristique de l'économie mais du politique et du juridique. L'efficacité devient un critère normatif total.

Il est d'usage de distinguer, au sein du mouvement *Law and Economics*, une approche descriptive et une approche normative. Coleman (1998, chap. 4) exprime les problèmes qu'une discussion philosophique sur l'approche économique du droit doit traiter : (i) Qu'est-ce que l'efficacité ? Qu'est-ce que cela signifie de dire que les ressources économiques sont réparties de manière efficace ? (ii) Est-ce que le concept d'efficacité possède des mérites explicatifs pour décrire le droit et les décisions judiciaires ? (iii) Quelle forme le droit doit-il prendre pour promouvoir l'efficacité, de quelle façon les droits et les biens doivent-ils être répartis ? (iv) Doit-on poursuivre l'efficacité, est-ce un principe désirable en soi ? Dans le cadre de ce chapitre je m'intéresserai principalement au (iv), ce qui nécessite de développer au préalable le (i).

Le vocabulaire de l'efficacité est une illustration particulièrement vivace de la thèse putnamienne de l'impossibilité d'une distinction franche entre normatif et positif. Décrire un

⁶⁹⁷ L'original dit : "Where the traditional discussion becomes so unsatisfactory is where it is suggested that, with the recognition of the principles of private property and freedom of contract, which indeed every liberal must recognize, all the issues were settled, as if the law of property and contract were given once and for all in its final and most appropriate form, i.e., in the form which will make the market economy work at its best. It is only after we have agreed on these principles that the real problems begin" (Ma traduction).

⁶⁹⁸ Le terme de radicalisation est avancé par Christoph (2012) pour décrire l'évolution du néolibéralisme, notamment à partir des années 1960, lorsque la composante de Chicago gagne en importance. La radicalisation s'opère sur le concept de concurrence. Si le premier néolibéralisme vise à poser les conditions d'institutionnalisation de l'ordre concurrentiel, la radicalisation s'opère lorsque les normes de l'ordre concurrentiel deviennent les normes du politique et du légal. Un renversement peut ainsi être noté : les premiers néolibéraux défendent la supériorité de l'ordre concurrentiel dans une société libérale où le pouvoir politico-légal institue le marché, la radicalisation caractéristique d'un second néolibéralisme consiste dans le fait de fonder la légitimité du pouvoir politico-légal sur les normes économiques, et notamment la concurrence.

arrangement social comme plus efficient constitue en effet *de facto* une raison pour l'adopter⁶⁹⁹. Au-delà de cette dimension intrinsèquement normative, le concept d'efficience est un concept technique débattu. Il existe plusieurs concepts d'efficience distincts et aux implications divergentes : l'efficience allocative, l'efficience au sens de Pareto, de Kaldor-Hicks ou encore l'efficience informationnelle sont différents modèles d'efficience non-homogènes⁷⁰⁰.

L'efficience comme maximisation de la richesse

Il faut dire quelques mots préliminaires du concept d'efficience mobilisé par Posner. L'efficience comme maximisation des richesses (*efficiency as wealth maximization*) est érigée au statut de critère éthique et politique pour organiser une société libérale. On dit qu'une transaction, ou une modification dans les droits de propriétés relatifs à l'usage de ressources, est avantageuse si et seulement si elle augmente la richesse sociale. Cette richesse sociale est définie dans le cadre de ce critère comme la somme de tous les biens qui sont évalués en monnaie au sein d'une société donnée. Pour ce faire, on passe généralement par la disposition à payer des individus (*willingness to pay*)⁷⁰¹, c'est-à-dire le prix maximal que chaque individu est prêt à payer pour un bien, ou, dans le cas où on doit évaluer le prix d'un bien déjà possédé, le prix minimal pour lequel un individu est prêt à céder son bien. Le marché est l'exemple paradigmatique réalisant les transactions de ce type puisque pour qu'un bien soit échangé il faut précisément que l'acheteur value le bien davantage que le vendeur, sans quoi l'échange n'a pas lieu. Si A détient une pomme et est prêt à la céder à partir de 2 euros, et que B souhaite l'acheter et est prêt à dépenser 3 euros pour celle-ci, les deux partis peuvent se mettre d'accord pour une vente à hauteur de 2, 5 euros, ce qui produit des gains pour chaque parti et conduit à une augmentation générale de la richesse sociale puisque le bien va à celui qui en valorise le plus la propriété. La distribution initiale entre les deux individus est ainsi de 5 euros (2 pour A et 3 pour B) avant la transaction, et de 6.5 après l'échange (2.5 pour A et 3.5 pour B, puisqu'il valorisait la pomme à hauteur de 3 et l'a obtenu à un prix de 2.5, c'est-à-dire qu'il obtient un bien à hauteur de 3 et un surplus de 0.5)⁷⁰². Une des hypothèses importantes de Posner est que

⁶⁹⁹ Voir sur ce point Putnam (2005). Le terme d'efficience est un exemple d'un "thick ethical concept" qui, à l'instar de 'cruel', ne peut être déprivé de considérations normatives.

⁷⁰⁰ Cette liste est non-exhaustive tant le concept d'efficience a pénétré le langage économique. Nous traiterons dans ce chapitre de l'efficience allocative, du critère de Pareto et de Kaldor-Hicks. Pour une discussion sur l'efficience informationnelle en finance on pourra lire Colin-Jaeger et Delcey (2020).

⁷⁰¹ La traduction utilisée ici est légèrement impropre car le terme de *willingness* renvoie moins à l'idée de disposition passive que de ce que les individus seraient prêts à payer s'ils se trouvaient dans une situation contrefactuelle de marché. Je conserverai dans la suite du texte l'expression anglaise.

⁷⁰² Cet échange marchand est également un cas paradigmatique d'une transaction efficiente au sens de Pareto, puisqu'aucun des deux individus ne se retrouvent dans une situation pire que la situation initiale après la

la maximisation de la richesse ne peut être calculée qu'en monnaie, ce qui signifie que seules les préférences exprimées en monnaie sont pertinentes, c'est-à-dire renvoyant à des prix tels qu'ils sont, *ou pourraient être*, enregistrés sur un marché.

Le cas de l'échange économique effectif n'est, cependant, que la partie émergée de l'iceberg, car le même raisonnement vaut pour Posner dans le cas d'échanges involontaires entre individus, lorsque la maximisation de la richesse est produite par une forme spécifique prise par le droit. L'exemple favori de Posner, dans ce cadre, est l'opposition entre *strict liability* et *negligence*. La *strict liability* correspond à la responsabilité d'un individu qui, lorsqu'il est la cause d'un accident, doit être tenu responsable de l'accident en question à hauteur des dommages engendrés. Si je cause un accident à hauteur de 100 euros, je suis responsable du coût, y compris si la probabilité de l'accident était très faible, mettons 0.01. Un accident de voiture peut donc être décrit comme une transaction maximisant la richesse lorsque le coût espéré de l'accident est de 1 euro (100×0.01), alors que le coût de l'assurance est de 3 euros.

Sans rentrer plus avant dans l'explicitation et la discussion de ces exemples, ce qui est en partie l'objet du corps du chapitre, nous voyons que la maximisation de la richesse est un outil pour étudier les transactions et leurs effets. En plus de cela, le critère d'efficience est aussi un critère normatif pour le droit, avec des implications immédiates sur la forme que doit prendre le droit et la distribution des droits de propriété. En effet, quand un accord volontaire ne peut aboutir à l'issue de la négociation entre deux individus, typiquement lorsque, ce qu'on appelle à la suite de Coase (1937), les coûts de transaction, sont trop élevés, il faut simuler le marché par le biais du droit et donc mettre en place une solution maximisant les richesses comme *l'aurait* fait le marché. On dit que l'approche posnérienne consiste à imiter le marché par le biais du droit⁷⁰³, et ce en autorisant donc la coercition des individus par le biais d'un changement dans l'attribution, par exemple, des droits de propriété.

Une défense du libéralisme

transaction. Cependant, le critère de Posner implique des ruptures avec le critère de Pareto. Je me contente pour le moment d'une présentation sommaire.

⁷⁰³ Cette thèse de l'imitation du marché est très largement reconnue, voir par exemple Coleman (1998, 88), Medema (1999), Mathis (2009, 144). Je discuterai par la suite une ambiguïté importante pointée par Coleman quant à cette thèse de l'imitation du marché par le droit. Posner n'est, en effet, pas clair sur ce qui doit être imité exactement par le droit en ayant le modèle du marché à l'esprit, car le marché lui-même produit plusieurs choses (des échanges volontaires, efficaces au sens de Pareto, maximisant la richesse sociale etc.). Il est certain que le modèle du marché comme mise aux enchères en fonction de la *willingness to pay* et celui du marché comme échange volontaire ne sont pas réconciliables conceptuellement.

L'efficacité est mobilisée par Posner comme une façon d'introduire la rationalité économique au sein du droit, le modèle du marché et de ses gains devenant le point de référence (*benchmark*) pour la décision judiciaire. Il est donc impossible de distinguer, au sein de l'œuvre de Posner, la défense de l'efficacité comme maximisation de richesse d'une défense d'une société organisée principalement autour du concept de marché comme coordonnant les différents comportements, c'est-à-dire, pour Posner, une société libérale. Posner place ainsi sa position sous le parrainage de Smith, Hayek et Friedman (Posner, 1979a, 136)⁷⁰⁴. En cela, Posner est représentatif d'une forme d'hybridation entre des conceptions néolibérales insistant sur la nécessité de déterminer les règles du jeu et un économicisme propre à l'École de Chicago⁷⁰⁵. L'efficacité devient donc le point archimédien permettant de justifier la forme et le contenu des règles permettant le bon fonctionnement du marché. Plus encore, il s'agit de permettre au droit d'étendre la rationalité propre aux interactions marchandes au-delà de leurs limites strictement économiques.

Dans ce chapitre, je propose ainsi de comprendre la théorie de l'efficacité de Posner dans la continuité du problème néolibéral. Cela ne va a priori pas de soi, car l'efficacité comme maximisation de richesse semble postuler l'antériorité des rapports marchands sur les rapports juridiques. Or, comme nous le verrons, le propre de l'analyse de Posner est d'instituer l'efficacité, par des régulations, donc une modification des règles du jeu, là où l'efficacité n'est pas réalisée. Il s'agit – comme l'ont souligné plusieurs commentateurs, au premier rang desquels Samuels (1981) – d'un véritable interventionnisme libéral, dans la direction d'une *production de l'efficacité*. Comme ce que nous avons rencontré dans le chap. IV, il s'agit de réaliser institutionnellement ce qu'un modèle idéal de fonctionnement de marché nous offre théoriquement. Par ailleurs, je montrerai que Posner est entraîné également dans le problème de la justification, par le biais de l'efficacité, des bienfaits de la société libérale. Le problème libéral de la justification, à la fois du point de vue épistémique mais aussi juridique, se retrouve à nouveau, même s'il est exprimé sous une forme altérée chez Posner. Une société promouvant l'efficacité comme maximisation de la richesse serait ainsi (i) fondée sur un principe normatif supérieur aux concurrents comme l'utilitarisme ou la déontologie kantienne, (ii) consentie par les individus qui gagneraient à participer au jeu et (iii) promouvrait des formes de vie désirables

⁷⁰⁴ Cette référence au libéralisme et au libertarianisme est réexprimée à plusieurs reprises, voir par exemple Posner (1985, 99).

⁷⁰⁵ Sur les difficultés du terme "École de Chicago" voir entre autres Medema (2020). Posner remercie Stigler et Becker en 1973 et cela est réitéré de nombreuses fois par la suite, voir par exemple Posner (1981, viii): "Above all I want to acknowledge my intellectual debts to the economists who have shaped my approach: Gary Becker, Ronald Coase, Aaron Director, and George Stigler."

propices au développement des vertus individuelles. Cette défense hétéroclite souligne l'embarras de Posner relativement à la justification de ses positions normatives et a été l'objet d'un feu nourrit au début des années 1980, dans le cadre d'un numéro de la *Hofstra Law Review*, consacrée au concept d'efficacité comme norme du droit⁷⁰⁶. À la suite de cette controverse, Posner a été amené à amender sa position et, à partir de 1985, à se tourner vers une théorie antifondationnaliste pour justifier son principe d'efficacité, à savoir le pragmatisme – au sens de la théorie philosophique, déjà rencontrée au chap. V. On retrouve donc, chez Posner, la tension caractéristique des néolibéraux cherchant à justifier une théorie des règles du jeu en prenant en compte le pluralisme des valeurs et l'absence de point de vue épistémologiquement favorisé. Le pragmatisme est perçu comme un allié philosophique fiable permettant de justifier l'objectif de maximisation de la richesse tout en niant la nécessité de fondements conceptuels stables. Le pragmatisme est cependant un allié traître, en tant que la dimension expérimentale du pragmatisme se marie mal avec le maintien d'une valeur substantielle telle que l'efficacité posnérienne – à l'instar de ce que nous avons vu au chap. V avec Lippmann. Posner est donc amené à affaiblir considérablement son pragmatisme pour le rendre compatible avec ses positions politiques.

Dans la première section, je développe les travaux qui ont inspiré l'approche de Posner, en insistant particulièrement sur la contribution de Ronald Coase et son théorème. Dans la deuxième section, je présente les travaux de Posner et la façon dont il est amené à défendre l'efficacité comme valeur dirigeant le choix social. La troisième partie est consacrée aux critiques qui ont été adressées, ou que je formule, vis-à-vis de cette approche. La quatrième partie montre comment Posner a pu réviser sa position en faisant appel au pragmatisme. Je montre pourquoi cette révision est insatisfaisante théoriquement.

1. Les conceptions de l'efficacité et le modèle du marché en arrière-plan : les leçons de Calabresi, Becker et Coase

La théorie posnérienne ne naît pas *ex nihilo* mais dans un contexte plus large marqué par l'extension du raisonnement économique au dehors de ses objets traditionnels. Buchanan est certainement un autre exemple, à la même période, de cet "impérialisme économique", qui a

⁷⁰⁶ Je ferai ainsi état des nombreuses critiques qu'on retrouve chez Dworkin (1980a, b), Coleman (1982, 1998), Kronman (1980), Veljanovski (1981, 1982), Rizzo (1980), Horwitz (1980), Hart (1983) et quelques autres.

notamment été étudié par Fleury (2009). Pour saisir la particularité de son approche, il est important de présenter au préalable les différents éléments théoriques venant nourrir et fonder ses propres positions. Dans cette partie, je limiterai mes discussions à trois travaux importants : l'article sur le coût des accidents de Guido Calabresi, l'article de Becker sur le crime et la punition, et l'article de Coase ayant donné naissance au "théorème de Coase". Ma discussion des contributions de Calabresi et Becker est brève, contrairement à l'analyse du théorème de Coase, à laquelle je consacre des discussions plus substantielles, du fait du statut fondamental joué par ce théorème dans l'approche posnérienne. La présentation de ces contributions est ainsi l'occasion d'introduire les concepts fondamentaux de l'analyse économique du droit.

1.1 Calabresi, l'efficacité comme fonction du droit

Calabresi est un juriste, et a contribué à populariser l'analyse économique du droit, notamment en publiant dans d'importantes revues de droit, comme la *Yale Law Review*⁷⁰⁷. C'est dans son article, publié en 1961 dans cette revue, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", que Calabresi fait une contribution importante pour l'analyse économique du droit. La thèse de Calabresi porte sur les règles de la responsabilité civile⁷⁰⁸. Calabresi défend, dans cet article, que les règles de la responsabilité civile ont tendance à promouvoir un certain concept d'efficacité, correspondant au critère Kaldor-Hicks. Pour saisir l'importance de ce résultat, il nous faut rapidement distinguer le critère de Pareto et celui de Kaldor-Hicks.

Selon le critère de Pareto⁷⁰⁹, un arrangement institutionnel B est supérieur à un autre, A, si et seulement si dans B tous les individus sont au moins aussi bien lotis qu'en A, et que certains sont mieux lotis. Ce critère est interprété dans les débats philosophiques comme affirmant implicitement trois thèses : (i) les préférences sont données et ne doivent pas être évaluées axiologiquement (l'individu est souverain), (ii) l'État n'a pour rôle que de réaliser le bien-être des individus et donc leurs préférences, plutôt que de poser une fin extrinsèque aux désirs individuels, (iii) l'intervention de l'État, et donc les modifications dans les droits de propriétés, doit être acceptée unanimement, c'est-à-dire que chaque individu a un droit de véto.

⁷⁰⁷ Télès (2008) défend d'ailleurs que c'est en partie les discussions entre Calabresi et Posner dans les années 1960-1970 qui ont participé à la légitimation du champ disciplinaire, en passant par les institutions reconnues du droit.

⁷⁰⁸ *Tort* renvoie à l'action délictuelle en anglais, et donc les actions pénales relatives aux dommages matériels.

⁷⁰⁹ Vilfredo Pareto donne son nom au critère, qui apparaît, dans son *Manuel d'économie politique* en 1904, pour contourner le problème des comparaisons interpersonnelles d'utilité. On associe généralement ce critère avec le passage de l'utilité cardinale à l'utilité ordinale. Il ne s'agit plus de comparer des intensités d'utilité, mais les classements que les individus font entre différents paniers de biens.

Cela garanti que chaque modification dans le système d'échange qui caractérise la société est à l'avantage de toutes les parties, sans quoi un individu au moins donnerait son veto. On distingue traditionnellement la Pareto-supériorité et la Pareto-optimalité. On dit qu'un état est Pareto supérieur lorsqu'on peut passer d'un état antérieur à cet état sans qu'aucun individu ne soit plus mal loti. L'optimum de Pareto est défini de la façon suivante : *la situation dans laquelle il est impossible d'améliorer la situation d'un individu sans en désavantager un autre*. Le critère est donc étroitement lié à l'idée d'échanges volontaires et consentis, donc mutuellement bénéfiques. Ce critère ne vaut que pour les échanges volontaires entre individus, exemplifiés dans le cas de l'échange marchand. Mais dans le cas d'un accident ce critère ne peut être respecté car nous sommes dans une situation où les intérêts des individus sont en conflit : le responsable de l'accident veut payer le moins possible, la victime être dédommée le plus possible. Une des deux parties se trouve nécessairement moins bien loti (car devant dédommager, ou en étant dédommé moins que le coût de l'accident), si ce n'est les deux partis. De plus cet "échange" n'est pas un échange volontaire et consenti : aucun des individus n'a volontairement produit le résultat qu'il s'agit de juger et tous auraient préférés que l'accident n'advienne pas, sans quoi le concept même d'accident perd son sens. Pour autant, ces cas de conflit d'intérêt individuel sont légion en société et il nous faut un critère pour les évaluer. On fait généralement appel pour cela à un second critère d'efficience dit de Kaldor-Hicks.

Par définition, le critère de Pareto ne peut s'appliquer à des domaines coercitifs comme celui de la loi, puisqu'un changement de régulation produit des gagnants et des perdants vis-à-vis d'un *statu quo* donné. Nicholas Kaldor introduit le critère Kaldor-Hicks⁷¹⁰ comme modification du critère de Pareto, dans un article de 1939, "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility". Kaldor exprime, en analysant le cas des *Corn Laws*, qu'une situation est supérieure si les gagnants d'un changement de législation – changement qui ne peut être justifié par le critère de Pareto – peuvent, après ledit changement, rembourser ou compenser les perdants à la hauteur de ce qu'ils ont perdu. Cela signifie que les gagnants ont davantage gagné au changement que les perdants ont. Il faut bien souligner que la compensation est *potentielle*. On parle ainsi parfois de potentiel critère de Pareto, car si les perdants sont réellement compensés on retombe sur le critère de Pareto où il n'y a pas de perdants. Cela signifie que l'efficience suppose un accroissement de richesse et un gain social dans le changement de législation, mais pas nécessairement la redistribution de ces gains, car

⁷¹⁰ Du nom de John Hicks, un autre économiste anglais de la *London School of Economics*, ayant défendu ce critère à la même période.

il suffit que les gains rendent la compensation *possible*. On reformule donc généralement critère Kaldor-Hicks de la façon suivante : *une situation est une amélioration, et donc plus efficiente, si les gagnants valorisent leurs gains davantage que les perdants ne valorisent leurs pertes.*

Calabresi défend l'idée que le développement de la *common law*, dans le cadre des règles sur la responsabilité civile, répond à un cas particulier de ce deuxième critère, permettant d'éclairer le développement de la jurisprudence américaine. Il défend donc *une thèse essentiellement descriptive* : la *tort law* semble incarner un certain concept d'efficience. En effet, la réglementation semble rendre responsable l'auteur d'un dommage dans tous les cas où le dommage provoqué est supérieur au coût que le même auteur aurait pu payer pour éviter ce dommage. Si A provoque un dommage de 5000 euros par son action, par exemple en refusant de rénover sa façade et donc qu'une pierre tombe sur la voiture de B, A est responsable quand le fait de restaurer la façade aurait coûté moins de 5000 euros. Cela donne des incitations à la prudence, car la règle de droit sanctionne ainsi l'auteur des dommages, qui doit prendre en compte le coût de la peine dans son choix de rénover ou non sa façade. Dans le cas où le dommage occasionné est supérieur à la somme qu'il aurait fallu dépenser pour éviter le dommage, en revanche, le droit ne juge pas toujours responsable l'auteur du dommage, car éviter le dommage aurait entraîné un gaspillage potentiel de ressources. Dans le cas où je gare ma voiture aux abords d'une vieille église abandonnée et qu'une pierre se détache et abîme ma carrosserie, je ne puis probablement pas tenir responsable les propriétaires de l'église de ne pas avoir rénové un bâtiment historique à hauteur de plusieurs millions d'euros pour un dommage bien plus faible causé à ma voiture, alors que j'aurais pu éviter le coût presque gratuitement en trouvant une autre place pour me garer, ne comportant pas le même risque.

Dans la perspective de Calabresi, la règle de droit joue donc un rôle non pas pour compenser le dommage, mais pour influencer le comportement des victimes et acteurs futurs. L'analyse économique du droit de Calabresi s'intéresse donc principalement à l'effet d'une régulation pour le futur – à savoir les incitations données pour les comportements futurs – plutôt qu'à une rétribution des dommages passés, dans le but de favoriser la maximisation de la richesse dans le futur. Cette interprétation de Calabresi est confirmée chez Mathis (2009, 69) :

Selon l'analyse économique du droit, l'objectif du droit de la responsabilité est de minimiser les coûts sociaux des accidents. Dans ce contexte, Guido Calabresi a développé l'argument de l'évitement du coût le plus bas (*cheapest cost avoider*) : la partie qui peut éviter le dommage au coût le plus bas devrait assumer la responsabilité du dommage⁷¹¹.

L'attribution de la responsabilité ne doit pas être la conséquence d'un système rigide, mais d'une règle visant l'efficacité, c'est-à-dire la minimisation des coûts et donc la maximisation des richesses. Le critère Kaldor-Hicks est vérifié, avec cette règle, en ce que le gagnant valorise son gain (le fait de ne pas payer) davantage que le perdant valorise sa perte (le coût de l'accident). Les gains réalisés en adoptant la nouvelle règle, celle de la négligence, rendent possible théoriquement de compenser ceux qui sont plus mal lotis après le changement de règle (à savoir ceux qui ont subi un accident et ne se trouvent pas dédommagés car le coût de l'assurance était trop élevé)⁷¹². Les victimes ne doivent pas nécessairement être favorisées, sans quoi on incite celles-ci à ne prendre aucune précaution en sachant qu'elles seront compensées par la suite, ce qui est un comportement inefficace puisqu'il conduit à un gaspillage des ressources. La conséquence est, pour Calabresi, qu'une règle de stricte responsabilité, où le responsable paye systématiquement pour l'intégralité des dommages, est inefficace. L'approche de Calabresi demeure néanmoins descriptive. Si le critère d'efficacité peut être un principe adéquat pour le développement de la *tort law*, il n'est pas certain qu'en dehors de ce champ de validité la recherche de l'efficacité produise systématiquement des résultats bénéfiques. Comme Horwitz le note (1980, 911), l'approche de l'École de New Haven, dont Calabresi est la figure de proue, est par ailleurs attentive aux concepts de justice et d'équité, ce qui implique la possibilité de *trade-off* et donc que l'efficacité n'est qu'une valeur sociale parmi d'autres souhaitables.

⁷¹¹ L'original dit : "Under the economic analysis of law, the goal of liability law is to minimize the social costs of accidents. In this connection, Guido Calabresi developed the argumentative device of the 'cheapest cost avoider': the party which can avoid the damage at the lowest cost should bear the liability for the damage" (Ma traduction).

⁷¹² La négligence est un concept de *tort law*, notamment c'est lorsqu'on rompt son *duty of care*, le devoir de faire attention. C'est, en fonction de la gravité des faits, un cas qui peut être accessible pour la défense, notamment pour éviter un système de stricte responsabilité individuelle. On accepte notamment qu'un individu ne doive pas rembourser quelqu'un pour une action qu'il lui aurait été plus coûteux d'éviter que de faire. C'est-à-dire, si les coûts d'anticipation d'un accident sont supérieurs aux coûts de l'accident lui-même, alors il n'y a pas de faute particulière. Dans un système de stricte responsabilité, l'individu est systématiquement tenu responsable de ses actions, même si le coût d'évitement est plus élevé que l'accident.

1.2 Becker et la dimension normative de l'efficience

Dans la même décennie que Calabresi, Gary Becker, le prix Nobel 1992, propose une analyse importante du droit, dans son article "Crime and Punishment: an Economic Approach" (Becker, 1968), repris par la suite dans Becker et Landes (1974). L'idée principale est que le droit peut être compris comme un prix implicite. Cette idée est appliquée au domaine du droit pénal, où la peine d'emprisonnement est comparée par Becker à un prix, que le délinquant calcule en le multipliant par la probabilité d'être arrêté⁷¹³. En effet, l'application de la microéconomie standard nous dit quelque chose de simple : un individu a intérêt à commettre un acte si son gain espéré à commettre cet acte est supérieur au coût espéré. Ce qui nous intéresse dans l'analyse beckerienne n'est néanmoins pas l'application systématique des outils de l'économie à des objets auparavant chassés par d'autres disciplines, mais *la thèse normative* qui est formulée : le droit pénal doit être modifié de façon à minimiser le coût social du crime tout en limitant les dépenses, il doit donc être efficient.

Pour illustrer la logique générale, prenons l'exemple suivant. Si je me gare sur une place handicapée parce que je dois acheter un gâteau à la boulangerie pour un anniversaire, tout en sachant que je risque une amende de 50 euros c'est parce que j'estime que la probabilité qu'un agent de police passe durant les trois minutes pendant lesquelles je serais dans la boulangerie est faible. Si j'estime, par exemple, cette probabilité à 0.01, à savoir 1% de chance, j'aurais donc un gain espéré de 50 multiplié par 0.01, c'est-à-dire 50 centimes d'euros. Dès lors que j'estime l'importance d'acheter un gâteau pour l'anniversaire à plus que 50 centimes d'euros, il est rationnel pour moi d'acheter le gâteau. En revanche, il est probable que, si je dois donner un cours de deux heures, je ne me gare pas sur une place handicapée, car dans ce cas la probabilité qu'un agent de police passe par là augmente très largement, et mon espérance de gain peut être de l'ordre de 30 ou 40 euros, ce qui est une part importante de ce que je gagne avec deux heures de cours. L'hypothèse centrale est que les individus font des choix en fonction des contraintes qui pèsent sur eux, à savoir l'environnement social qui peut se traduire en coûts, et des questions de budget. Le criminel n'a donc pas une autre psychologie que le citoyen lambda, mais cherche comme tout le monde à maximiser ses gains sous contrainte étant donné sa situation de

⁷¹³ Cela signifie, j'y reviendrai, que d'un point de vue purement logique, il n'existe pas de différence nette entre *fine* et *fee*, emprisonnement et amende.

départ⁷¹⁴. C'est cette hypothèse d'unification anthropologique qui a d'ailleurs pu séduire, jusqu'à un certain point, Foucault.

Becker pose, à partir de là, une question instrumentale et normative, comment devrait-on modifier les règles en présence, donc les coûts des punitions, pour rendre la situation efficiente, c'est-à-dire empêcher le plus d'actes délictueux tout en dépensant le moins possible ? Calabresi avait relevé que dans le domaine de la théorie de la responsabilité sociale la recherche de l'efficacité semblait descriptivement être la fonction du droit, Becker pose la question normative de la transformation du droit pour correspondre à un optimum, ici la réduction des comportements délictueux qui imposent un coût social important, tel que le crime.

L'étude de Becker donne plusieurs résultats, dont une théorie de la quantité optimale de respect des règles, qui dépend du coût de recherche des criminels, de la nature de la punition (la prison coûtant plus cher que des amendes) et de la réponse comportementale des criminels au changement de régulation. Ce qui est important, dans l'analyse de Becker, est que l'optimalité du régime de peine est indexée sur l'idée d'une augmentation des ressources vouées à la poursuite des criminels jusqu'à ce que l'efficacité marginale des dernières ressources soit nulle. Lorsque les dépenses visant à réduire la criminalité deviennent trop importantes, du fait d'une efficacité marginale décroissante, il n'est plus optimal de chercher à poursuivre les criminels. Le critère normatif derrière cette analyse est encore une fois l'idée d'une efficacité au sens de Kaldor-Hicks, puisque la société n'a pas intérêt à dépenser plus en combat contre la criminalité que ce que la criminalité coûte à la société.

En effet, une des particularités de l'analyse de Becker est de spécifier *les coûts* des crimes en dollars. On ne peut, en effet, juger de l'optimalité d'une règle de droit ou d'un niveau de punition que si on est capable de faire le calcul coût-bénéfice avec une unité de mesure donnée. La monnaie est l'étalon par excellence permettant de faire des comparaisons interpersonnelles, sans quoi ces comparaisons sont impossibles du fait de problèmes classiques⁷¹⁵. La particularité de l'argument de Becker consiste à donner un prix aux règles de droit, visant à limiter la demande pour le crime, ayant fait l'hypothèse que les individus sont

⁷¹⁴ Dans notre exemple, l'individu commet un délit, et non un crime. Cela dit, la force de l'approche de Becker est précisément de considérer que le délit et le crime participent du même raisonnement rationnel.

⁷¹⁵ Notamment car on ne peut pas comparer des quantités de bien-être entre individus. Bentham pensait pouvoir effectuer ce type de comparaison sur une base physiologique. Au-delà de la faisabilité d'une telle proposition – elle-même douteuse – cette comparaison présuppose que tous les individus valorisent de la même façon les mêmes niveaux physiologiques de bien-être et il faut donc faire l'hypothèse théorique forte que des niveaux physiologiques égaux renvoient à une quantité de bien-être valorisée de la même façon par tous les individus, ce qui est extrêmement discutable.

rationnels et cherchent à maximiser leur gain monétaire. Comme dans tout modèle économique l'offre et la demande varient en fonction du prix. Lorsque le prix d'un bien – par exemple d'un acte délictueux, ou des biens qui pourraient être obtenus par cet acte – augmente, du fait d'une peine alourdie, la demande pour le bien obtenu par acte délictueux baisse et inversement. Il faut donc viser un optimum, avec lequel les activités criminelles et délictueuses sont fondées sur un calcul négatif entre coûts espérés et gains espérés, et ne coûtant lui-même pas beaucoup⁷¹⁶. Cet optimum est atteint lorsque le coût social du crime est minimal, en prenant à la fois en compte les coûts que les crimes font peser sur la société, mais aussi les coûts sociaux pour lutter contre le crime. Dans ce cadre, il est parfois préférable d'avoir un taux de criminalité à 2%, qui coûte 1000 euros en coûts directs et 500 euros en coûts de justice, qu'un taux de criminalité à 1,5%, qui coûte 750 euros en coûts directs et 1000 euros en coûts de justice, car le gain marginal de lutter contre le crime est croissant. En effet, certains crimes sont incompressibles, ce qui signifie que l'offre de crime est partiellement inélastique. Cela correspond, empiriquement, aux cas des crimes passionnels, lors desquels les agents ne réfléchissent pas aux conséquences de leurs actes. C'est typiquement le mari trompé qui découvre les amants la main dans le sac. Comme sur un marché, nous avons donc un point d'équilibre, qui représente le fait que l'utilité marginale de la dernière mesure anti-crime devient égale aux dommages espérés de l'ensemble des crimes visés. Une bonne régulation doit ainsi promouvoir un ensemble de règles mettant en avant l'efficacité, considérée comme une situation dans laquelle les individus rationnels orientent leurs comportements vers des activités qui maximisent la richesse sociale, définie comme l'addition des richesses individuelles calculées en monnaie. Le vol est, en effet, répugnant car c'est une activité purement stérile. Lorsque A vole une guitare à B, l'individu A peut certes bien augmenter sa richesse, mais la richesse totale diminue. Si A valorise⁷¹⁷ la guitare à son prix de marché, à savoir 500 euros, auquel il faut ajouter la probabilité de se faire attraper multipliée par le coût de la peine et le coût d'opportunité du temps passé à préparer le vol et l'effectuer, ces deux facteurs s'élevant à 200 euros, et que B valorise sa guitare à 900 euros, pour des raisons sentimentales, on a un transfert de richesse forcé qui diminue la richesse commune. La plupart des crimes sont de ce type et produisent une diminution nette de la richesse sociale. Cette ligne argumentative ouvre,

⁷¹⁶ Dans ce cadre, Becker se prononce pour des amendes plutôt que des peines de prison. En effet, la peine d'emprisonnement ajoute un coût à la société, puisque garder un individu en prison coûte cher. Si les peines, y compris les crimes, pouvaient être payées en argent, cela serait ainsi profitable pour la société dans son ensemble.

⁷¹⁷ Je traduis par "valoriser", l'expression anglaise *to value*. On pourrait également utiliser le terme d'évaluation, en français, pour rendre cette expression.

par corollaire, la voie à des transferts de droits de propriétés non consentis lorsque les transferts produisent une situation efficiente.

En un sens, Becker ne fait qu'appliquer la microéconomie standard au cas spécifique des crimes. Néanmoins, cette application est nouvelle et lance les économistes sur la voie d'une intégration du droit dans la discipline économique, notamment avec l'idée de prix fictifs. On peut définir le prix fictif (ou prix fantôme) comme un prix qui n'est pas fixé sur un marché par le jeu de l'offre et de la demande, mais qui est fixé par le législateur. Le droit est donc le domaine autorisé pour modifier les règles du jeu et l'ordre des actions qui en émerge. Becker semble faire une contribution limitée, en n'étudiant que l'exemple du droit pénal à travers l'exemple de la peine, mais en réalité il ouvre la voie à l'application du raisonnement économique à une multitude de pratiques hors-marché. Posner franchira un pas supplémentaire, en appliquant le principe d'efficacité non pas à un domaine du droit spécifique mais à toutes les réglementations et en érigeant ce principe comme critère éthique à même de gouverner l'organisation sociale.

1.3 Coase et le modèle du marché : le théorème de Coase et son assise normative

On ne peut pas comprendre la justification de la thèse de Posner selon laquelle il faut imiter le marché, sans comprendre le "théorème de Coase", développé dans "The Problem of Social Choice" par l'économiste anglais Ronald Coase en 1960. Dans cette partie, je développe moins une analyse de l'article de Coase que la version standard dans laquelle il a été reçu. Dans ce cadre, les guillemets encadrant l'expression de théorème de Coase sont nécessaires, car Coase lui-même ne développe pas de théorème, mais l'expression apparaît chez Stigler dans son manuel *Theory of prices* en 1966⁷¹⁸.

⁷¹⁸ Medema (1999, 2020) présente l'article de façon plus complète, et montre les différences entre le propos de Coase et ce qui en a été tiré, notamment par Posner. Medema (1994, 67) note, par ailleurs, que l'article est le fruit d'une discussion avec le département d'économie de Chicago et notamment d'une discussion chez Aron Director. Sur les relations ambiguës de Coase avec Chicago, on pourra lire Medema (2020).

Ronald Coase⁷¹⁹ reçoit le Nobel Nobel d'économie en 1991 pour deux articles, "The Nature of the Firm", un article paru en 1937 et "The Problem of Social Cost", paru en 1960⁷²⁰. Le premier article, qui a été très largement ignoré jusque dans les années 1960, introduit le concept de coûts de transaction. Coase défend que la firme (ou l'entreprise) existe du fait de coûts de transaction dans l'usage du marché. Un marché sans coûts de transaction impliquerait, en effet, l'absence de firmes, puisque chaque individu pourrait contracter librement avec autrui. La conséquence serait, dès lors, une situation Paréto-optimale, en accord avec le premier théorème de l'économie du bien-être. Mais le marché implique des coûts de recherche d'information, de gain de confiance, de temps et d'attentions aux opportunités, de constitution des contrats, de recherches de partenaires d'échange potentiels, qui empêchent très largement cette situation idéale d'avoir lieu⁷²¹. De façon très large, le concept de coût de transaction peut donc être défini comme désignant *tous les coûts qui empêchent un échange efficace d'avoir lieu*. Il faut donc prendre en compte ces coûts, pour comprendre l'existence d'entreprises, ces îlots de pouvoir dans l'océan de la coopération inconsciente qu'est le marché.

Le second article contient le fameux "théorème de Coase", qui a donné naissance à une abondante littérature, aussi bien en droit qu'en économie⁷²². Le théorème de Coase présente une situation idéale, dans laquelle les coûts de transaction sont inexistantes. La négociation entre individus aboutit nécessairement, par hypothèse, à une distribution des droits de propriété efficiente au sens où les droits vont à ceux qui les valorisent le plus – car ils peuvent en tirer le plus de valeur. Dans ce cadre, le marché efficace trouve une place particulière comme finalité de l'entreprise juridique, mais également comme norme de rationalité de la production du droit. Deux assertions sont faites par ledit théorème, à savoir que les droits sont alloués indépendamment de la répartition initiale des droits de propriété (thèse de l'invariance), et que cette allocation est efficace en aboutissant à un équilibre pareto-optimal (thèse de l'efficience). L'article développe une position normative plus forte encore, relative à la façon d'améliorer et de transformer le droit, qui consiste à rendre les situations efficaces par le truchement d'une

⁷¹⁹ Coase est un auteur à la fois marginal et important dans la nébuleuse néolibérale. Il a, en effet, été dans les différents centres de production de la pensée néolibérale, à savoir dans les années 1930 la *London School of Economics*, puis, par la suite, Virginie et Chicago. Néanmoins, à la *London School of Economics*, bien qu'ayant été réceptif à la pensée de Hayek ou de Robbins (Medema, 1994, introduction), il n'est pas directement dans le département d'économie mais de commerce, tout comme à Chicago, où il se trouve dans le département de droit.

⁷²⁰ Ces deux articles sont extrêmement cités, puisque "The Nature of the Firm" comptabilise plus de 40 000 citations à ce jour, pour 35 000 pour "The Problem of Social Cost".

⁷²¹ De ce fait, le concept de coûts de transaction s'oppose à l'hypothèse néoclassique standard d'information parfaite en concurrence pure et parfaite.

⁷²² Pour un aperçu des débats nombreux et des postérités occasionnés par le travail de Coase, voir Medema (1994, 1999, 2020), Medema et Mercurio (1997), Langlois et Medema (1998), Ménard et Bertrand (2016), Bertrand et Destais (2002) et Bertrand (2006, 2019).

bonne allocation des droits de propriété. Coase développe deux concepts distincts du marché dans cet article, un concept idéal et un concept empirique, et fonde sa position normative sur la conception idéalisée du marché. La lecture standard de l'article, que beaucoup ont critiqué comme ayant sélectionné quelque chose que Coase lui-même récusait, pointe ainsi vers le fait que le théorème de Coase relève du cas idéalisé, pour lequel les coûts de transaction sont inexistantes. Cela a pour conséquence d'offrir un modèle normatif de ce que doivent réaliser les arrangements institutionnels, car le marché réalise dans ce cas une solution à l'avantage de tous les individus et octroie les droits de manière à maximiser la richesse produite. Le théorème de Coase exprime une thèse normative profonde qui est celle d'une légitimité des échanges librement consentis par les individus, dans la situation idéalisée du marché.

Ce qui apparaît clairement chez Coase c'est que la norme de la production des règles est une norme économique, obéissant à un critère d'efficacité, puisque *le nexus juridico-économique implique que le droit est une composante fondamentale de l'efficacité économique*. Nous avons donc bien affaire à un "nouveau paradigme" (Medema, 1994, 68) avec cet article. Cette inflexion ne correspond pas à un intérêt pour les relations complexes et bilatérales entre économie et droit, qui intéressent les économistes depuis Adam Smith et Bentham, au moins, mais à une conception particulière de ces rapports, où le contenu des règles permettant la coordination économique peut être décidé à partir d'un critère économique dont la norme se trouve être le fonctionnement idéalisé du marché.

La nature réciproque des dommages

La thèse de l'article est très clairement exprimée dans l'introduction, à savoir que Coase entend modifier la façon que les économistes ont de traiter des externalités (Coase, 1960, 837). Les économistes, à la suite de Pigou⁷²³, ont généralement considéré que les externalités montraient une divergence entre coûts privés et coûts sociaux d'une activité. L'exemple typique est celui de la pollution occasionnée par la présence d'une usine. L'usine paye, en effet, ses achats de matériaux polluants mais ne paye pas les conséquences de la pollution qu'elle émet, par exemple sur le quartier dans lequel elle se trouve (notamment la baisse de qualité de l'air et la désutilité associée aux riverains, les potentielles maladies liées à la pollution, la baisse de prix de l'immobilier dans le quartier du fait de cela, sans parler des dommages esthétiques de l'usine sur le quartier). Cela a conduit les économistes à considérer qu'il faut rendre l'usine responsable

⁷²³ Arthur Cecil Pigou est un économiste anglais, collègue de Keynes à Cambridge, connu notamment pour avoir introduit le concept d'externalité et comme étant la figure principale de l'économie du bien-être, avec son livre *The Economics of Welfare* (1920).

des conséquences de son activité, ou bien par une taxe ou bien par une expulsion forcée du quartier. *La thèse explicite de Coase est de montrer qu'un tel appel à l'intervention de l'État comme juge du processus économique est trompeur et inapproprié.*

Pour défendre cette thèse, Coase introduit une modification fondamentale dans notre façon de poser le problème de la responsabilité. Coase exprime que la causalité a une nature réciproque (*Ibid.*, 837). Coase considère donc que les dommages sont de nature réciproque : B, en étant pollué, cause le dommage autant que A qui pollue, car il n'y aurait pas d'externalité si B n'existait pas. Il y a symétrie entre la victime et le responsable, ou, plus exactement, il n'y a plus de victime ou de responsable mais deux individus dont la situation nous est indifférente. Pour pouvoir trancher la question de savoir si on doit autoriser B à causer des dommages à A, il faut pouvoir sélectionner un critère qui permet de valoriser les deux activités, permettant de savoir si les dommages causés sont inférieurs aux gains de l'activité, y compris s'il y a compensation. C'est précisément cette question qui est le moteur de l'investigation de Coase.

Remarquons ici que Coase symétrise deux positions en termes de causalité⁷²⁴, sans préciser la théorie de la causalité qu'il mobilise. Cette doctrine semble être la doctrine juridique de l'équivalence des conditions pour déterminer les causes d'un dommage, c'est-à-dire que toutes les conditions nécessaires à un dommage sont considérées comme des causes avec une probabilité égale. Néanmoins, on voit que cette théorie juridique de la causalité pose plusieurs problèmes, car elle donne un trop grand nombre potentiel de responsables, mais aussi parce qu'elle aboutit à une détermination contraire à nos intuitions profondément ancrées. Si toutes les conditions de possibilité d'un dommage sont des causes également valables, alors, lors d'un meurtre, chaque individu est responsable de sa propre mort à part égal avec son meurtrier⁷²⁵. Cette théorie de la causalité, que reprend implicitement Coase, confond les conditions logiques de possibilité d'un événement et les causes de cet événement. Pour qu'il y ait un meurtre, il faut bien un meurtrier et un meurtri, mais il faut aussi un acte qui fait basculer d'un état du monde où la personne visée par le meurtrier est vivante à un état du monde où cette personne est morte. Pour déterminer la cause de la mort, il faut donc connaître quelle action a occasionné le passage

⁷²⁴ Coase répète cela par la suite: "If we are to discuss the problem in terms of causation, both parties cause the damage. If we are to attain an optimum allocation of resources, it is therefore desirable that both parties should take the harmful effect (the nuisance) into account in deciding on their course of action" (Coase, 1960, 847).

⁷²⁵ Autre exemple, donné par Medema (1994, 70), celui de Bob qui, dans sa maximisation d'utilité, est ivre puis conduit pour rentrer chez lui. Sur le chemin du retour le matin il renverse Mélodie, une petite fille de 11 ans qui joue devant son porche. Dans la perspective coasienne de la réciprocité causale, il faudrait accepter que Mélodie soit tout aussi responsable que Bob de l'accident. Medema ajoute que même les plus fervents coasiens n'accepteraient pas une telle conclusion.

d'un état du monde à un autre, étant donné l'hypothèse contrefactuelle que l'individu visé par le meurtre serait resté vivant si cette action n'avait pas existé. *On peut donc définir la cause d'un évènement E comme l'action qui occasionne la modification d'un état du monde qui serait, contrefactuellement, demeuré le même.* Selon cette définition minimale de la causalité, qui apparaît recouvrir de façon plus satisfaisante ce que nous entendons par causalité, la symétrie introduite par Coase n'est pas possible. Cependant, l'argumentation de Coase ne repose pas sur cette assimilation entre conditions logiques de possibilité et causalité. On pourrait reconnaître, en effet, qu'il vaut mieux éliminer la notion de responsabilité comme critère extérieur à l'adjudication et lui préférer un autre critère, l'efficacité comme maximisation de la richesse. Pour ce faire, la question d'arrière-plan que pose Coase n'est pas une question métaphysique sur la nature de la causalité, mais une question juridico-économique : à qui doit-on accorder un droit de propriété pour mener à l'efficacité ? La délimitation des droits de propriété est – c'est ce qu'il faut retenir de la thèse de la réciprocité des dommages – instrumentale⁷²⁶. Ce faisant, Coase ouvre la voie pour l'analyse économique du droit.

La fable de l'éleveur et du fermier

L'exemple que prend Coase, dans un premier temps, est celui du conflit entre l'éleveur et le fermier. Le bétail de l'éleveur s'échappe souvent du champ qui est la propriété de l'éleveur, et cause des dommages aux récoltes du fermier. Dans l'approche classique on considère que l'éleveur est responsable des dommages causés et qu'il doit rembourser l'équivalent en monnaie de ce que l'éleveur a perdu de ses récoltes, qu'il aurait pu vendre sur le marché agricole. Néanmoins, cela suppose que l'éleveur est bien responsable du dommage créé. Or, l'analyse de Coase montre qu'il y a une solution bien plus efficace, puisque si l'éleveur doit rembourser les dégâts créés par son troupeau, on aboutit à une situation dans laquelle les outils de production ne sont pas utilisés de façon optimale, puisqu'on pourrait avoir une négociation entre les deux parties qui aboutirait à un gain supérieur. Coase exprime donc qu'une situation où le marché fonctionne de façon parfaite (sans coûts de transactions) a pour conséquence un accord efficace entre les deux parties. C'est le cœur de ce qui a été appelé *théorème de Coase*. Pour saisir ce point il faut se rapporter au tableau suivant :

⁷²⁶ Demeure posée la question de l'attribution initiale des droits de propriétés, qui est la condition de possibilité de tout raisonnement sur l'efficacité et l'allocation des droits. Il y a un risque de circularité, chez Coase, du fait que les droits de propriétés sont alloués en vertu de l'efficacité qui, elle-même, est le résultat d'une répartition initiale des droits de propriété.

Fig. 1 : Tableau récapitulatif des relations entre éleveur et fermier

Niveau d'activité de l'éleveur	Domages infligés au fermier	Gains nets de l'éleveur	Somme des gains moins dommages
0	0 (Optimum pour le fermier)	0	0
1	2	10	8
2	5	18	13 (optimum social et optimum parétien)
3	10	20	10
4	16	21 (optimum pour l'éleveur)	5

Le monde sans coût de transaction et le "théorème" de Coase

Coase montre que, dans le cas où les coûts de transaction sont nuls, l'allocation des droits de propriété qui font suite à la négociation entre les deux partis, est identique, quelle que soit la répartition initiale des droits (thèse de l'invariance). Étudions la situation en fonction de si l'éleveur est tenu responsable pour les dommages et si, au contraire, il a le droit d'exercer son activité sans limites.

Si l'éleveur est responsable des dommages, les deux parties ne peuvent pas négocier et demeurer au niveau 0, on aura donc 0 dommages pour le fermier et la continuation de son activité. Mais un accord peut être trouvé, notamment si le fermier décide d'autoriser l'élevage au niveau 2 tout en demandant une compensation. La compensation est au moins de x où $x = (5, \dots, 18)$ et les gains pour le fermier seront donc $x - 5$, 5 étant égal aux dommages. À partir de 5, la situation est mutuellement avantageuse car l'éleveur gagne $18 - x$, et le fermier gagne $x - 5$. Si x est supérieur à 5 et inférieur à 18 l'avantage est mutuel. Rationnellement, les individus doivent converger vers cet accord.

Si l'éleveur peut exercer son activité sans l'accord du fermier (pas de système de responsabilité stricte), on obtient une situation dans laquelle l'éleveur peut gagner 21 tout en infligeant 16. Néanmoins, un accord Pareto-optimal est possible, si le fermier consent à payer x , où $x = (3, \dots, 11)$, pour que l'éleveur réduise son activité au niveau 2. Si cet accord a lieu, en effet, l'éleveur obtient $18 + x$, ce qui est avantageux si x est supérieur à 3, et donc à son niveau

optimal. Le fermier, de son côté, se trouve également avantage car il obtient $-x$ (la compensation) et -5 (les dommages). À partir du moment où cette déduction est inférieure à l'activité du fermier, par exemple s'il gagne 15 à exercer son activité, alors le fermier est également gagnant puisqu'il aurait perdu 16 avec la continuation de l'activité de l'éleveur au niveau maximal.

Cet exemple utilisé par Coase ne consiste qu'en un exemple idéalisé pour faire comprendre le fonctionnement du marché à coûts de transactions nuls. Dans toutes les situations sans coûts de de transactions, *la négociation entre individus rationnels aboutit à une solution efficiente, et ce indépendamment de la répartition initiale des droits de propriété*⁷²⁷. C'est ce que Coase exprime clairement, et qui est désormais connu comme étant le théorème de Coase : il est nécessaire qu'il y ait une détermination initiale des droits pour qu'il y ait une transaction, sans quoi il n'est pas possible d'effectuer une transaction sans savoir à qui appartient l'objet de la transaction, mais le résultat final (qui maximise la valeur de la production) est indépendant de la position légale de départ si le système des prix fonctionne sans coûts.

Le critère explicitement mentionné par Coase pour une allocation efficiente des droits de propriété est la maximisation de la valeur de la production, exprimée en unité monétaire. La solution par le marché est plus efficace qu'une solution pigouvienne, qui consisterait à obliger l'éleveur à construire une barrière entre son terrain et celui du fermier, car le coût de la barrière est certainement supérieur au dommage occasionné au voisin. Ce que montre donc Coase, c'est que lorsque les coûts de transaction sont nuls, le marché triomphe toujours puisque la négociation privée est plus efficace que l'intervention étatique. Dans ce cadre, le droit n'a aucune importance. Trois implications sont à noter : (i) dans le monde idéal sans coûts de transactions, les corrections pigoviennes ne sont pas nécessaires, (ii) la situation initiale des individus et leur responsabilité causale est symétrique et (iii) les droits de propriété sont alloués aux individus qui les valorisent le plus. Remarquons, néanmoins, que cette formulation qui a donné le "théorème de Coase", n'est pas vraiment une démonstration⁷²⁸. Étant donné

⁷²⁷ Coase montre, en effet, la même chose à partir du cas *Sturges vs Bridgman*, avec un docteur en conflit avec une usine.

⁷²⁸ Je renvoie aux travaux de Bertrand (2006, 2019). L'efficience du marché, est en effet, présumée dans l'hypothèse de coûts de transaction nuls et, par conséquent, l'argument de Coase est davantage une tautologie (le marché est efficient, donc sans coût de transaction, donc aboutit à des résultats efficients), plutôt qu'une démonstration. De fait, le concept de coût de transaction étant suffisamment lâche on peut interpréter toute déviation vis-à-vis de l'échange optimal comme révélant la présence de coûts de transaction. Ce fait ne constitue d'ailleurs pas réellement une critique, car Coase était parfaitement conscient du caractère tautologique de son

l'hypothèse de départ de l'absence de coûts de transaction, le résultat suit nécessairement, si bien que certains considèrent le "théorème" comme une simple tautologie (Medema, 1999).

Le monde des coûts de transaction non nuls : le rôle du droit

Coase sait que le monde réel n'est pas conforme au monde idéal des économistes. Le cœur de son article, selon Marciano et Frishmann (2014) est d'ailleurs contenu, contrairement à ce que la réception de l'article laisse penser, dans la seconde partie de l'article, qui s'intéresse à un monde aux coûts de transaction positifs. Dans ce monde, la réallocation des droits de propriété n'est possible que si le coût de cette réallocation est inférieur aux bénéfices que les individus comptent tirer de l'échange. Or, ajoute Coase, dans bien des cas ces coûts sont prohibitifs car ils supposent des coûts de recherche, de négociation, de contractualisation, et donc de temps et d'énergie, qui surpassent la plupart des bénéfices escomptés. La conséquence importante est que la répartition initiale des droits de propriété par les cours de justice, et la législation du gouvernement, est extrêmement importante, car la plupart des droits vont demeurer là où ils ont été assignés⁷²⁹.

Autre conséquence importante du monde réel : l'État se voit accordé un rôle possible dans la régulation des interactions. Il est possible que le gouvernement ait les pouvoirs suffisants pour réaliser certaines choses à un coût moindre que les arrangements privés sur le marché (Coase, 1960, 852). L'inconvénient de la machinerie étatique, pour Coase, est qu'elle est également extrêmement coûteuse. De plus rien n'indique a priori que l'action de l'État soit bénéfique, car l'administration elle-même est faillible et peut faire l'objet de pressions politiques⁷³⁰. Cela signifie qu'il ne peut y avoir de solution systématiquement privilégiée et qu'il faut faire appel à l'expertise pour comparer des "arrangements sociaux" différents :

Mais au moins, il est évident que le problème est de choisir l'arrangement social approprié pour régler la question des externalités négatives (*harmful effects*). Toutes les solutions ont un coût et il n'y a aucune raison de supposer que la réglementation gouvernementale s'impose simplement parce que le problème n'est pas bien géré par le marché ou l'entreprise. Seule une étude patiente de la

"théorème". Ce point est très largement reconnu par la plupart des commentateurs. De manière moins polémique, on peut dire que l'énoncé du théorème est analytique au sens kantien.

⁷²⁹ Je dis "la plupart", mais cela peut être l'intégralité de ces droits, si la législation est restrictive et empêche la négociation sur les droits.

⁷³⁰ Coase ne développe pas ce point, mais cela est aisément compréhensible au vu des résultats du chapitre VII.

manière dont, dans la pratique, le marché, les entreprises et les gouvernements traitent le problème des externalités négatives peut donner lieu à des vues satisfaisantes sur la politique à suivre.

(*Ibid.*, 853)⁷³¹.

Il faut comparer systématiquement les coûts de l'intervention avec ceux du laissez-faire, étant donné que, parfois, lorsque les coûts de l'intervention excèdent ceux de la gestion par le marché, la meilleure solution est de ne rien faire. On assiste à un retournement total de l'argumentaire relatif aux faillites de marché – qui justifiaient l'intervention étatique – contre l'intervention gouvernementale, qui produit des coûts importants, en plus de ne pas nécessairement orienter son action vers les solutions les meilleures. Plus important encore, Coase lui-même propose la méthode de comparaison au moyen de l'analyse coût-bénéfice. La finalité que doit se donner la comparaison, c'est-à-dire la maximisation de la richesse évaluée en monnaie, est explicite. *Le propos de Coase peut donc être compris comme une théorie normative sur la façon dont les règles doivent être édictées.*

Comme l'indique Medema (1994, 77), Coase défend que, dans la plupart des cas, la solution la plus efficace, y compris dans le monde réel, est de ne rien faire. La raison pour laquelle des régulations se mettent effectivement en place provient d'une erreur théorique des économistes pigouviens, qui surestiment les avantages de la régulation étatique (Coase, 1960, 853). En effet, Coase considère rétrospectivement comme une des plus grandes réussites de son article que d'avoir réfuté les positions de Pigou⁷³². L'auteur de "The Problem of Social Cost" considère Pigou comme un défenseur de l'inflation perpétuelle du rôle de l'État⁷³³:

La pensée sous-jacente de Pigou semble être la suivante : certains ont affirmé qu'aucune action de l'État n'était nécessaire. Mais si le système fonctionne aussi bien, c'est grâce à l'action de l'État. Néanmoins, il reste des imperfections. Quelle action supplémentaire de l'État est nécessaire ?

⁷³¹ L'original dit : "But at least it has made clear that the problem is one of choosing the appropriate social arrangement for dealing with the harmful effects. All solutions have costs and there is no reason to suppose that government regulation is called for simply because the problem is not well handled by the market or the firm. Satisfactory views on policy can only come from a patient study of how, in practice, the market, firms and governments handle the problem of harmful effects" (Ma traduction).

⁷³² On trouve cela en 1992, lors de son discours à la remise de son Nobel d'économie par la Banque de Suède. Bertrand (2006) insiste sur le fait que le théorème de Coase, et plus largement l'article, ont été valorisés pour des raisons anti-interventionnistes.

⁷³³ Cette lecture de Pigou a été bien souvent relevée comme un exemple particulièrement frappant d'homme de paille rhétorique (par exemple, par Medema, 1994, 78).

(*Ibid.*, 865)⁷³⁴.

Pigou, en somme, n'a pas reconnu l'efficacité du marché, car il a été trop obnubilé par les faillites de marché pour voir qu'il existe des faillites de l'intervention publique. Par ailleurs, il ne reconnaît pas la nature réciproque du dommage, pourtant nécessaire à la formulation d'un critère d'efficacité. Ce faisant, il s'est rendu aveugle au fait qu'un système de nuisance était supérieur à un système de stricte responsabilité, car il permettait de rendre la "victime" elle aussi responsable, et donc d'augmenter la production sociale générale⁷³⁵. Le droit est un instrument devant viser à la plus grande efficacité possible, lorsque les coûts de transaction sont élevés. Coase octroie une nouvelle place pour le droit, qui doit désormais conduire les individus à *une situation la plus proche possible* de ce qu'un marché à coûts de transactions nuls aurait accompli. C'est ce point qui donne naissance à la thèse centrale de l'analyse économique du droit, qu'on retrouve chez Posner, selon laquelle le droit doit imiter le marché (*mimic the market*). Le théorème de Coase avance une justification normative à cette thèse, qu'on peut expliciter de la manière suivante, en suivant Medema (1999, 221-222) : le droit permet aux individus d'atteindre la solution *qu'ils auraient atteints par consentement mutuel si les coûts de transaction n'avaient pas existé*. Cela signifie que la justification de cette approche est fondée sur l'idée d'un consentement hypothétique entre individus, qui auraient volontairement acceptés les résultats. Un exemple peut faire comprendre cela. Dans un contrat incomplet – c'est-à-dire un contrat dans lequel il est impossible de prédire tous les cas de figure possibles –, lorsqu'une rupture de contrat (*breach of contract*) apparaît sans que celle-ci soit prédite par le contrat, le juge doit proposer un raisonnement économique décrivant la façon dont les individus auraient pu négocier rationnellement s'ils avaient été conscients de ce problème. On peut retrouver l'accord qui aurait émergé entre individus rationnels si les coûts d'information n'avaient pas existé. Je dois faire construire ma maison, et je prévois, dans mon contrat avec B, des pénalités si l'échéancier n'est pas respecté, en incluant notamment quelques clauses typiques. Mais je n'ai pas mentionné, par exemple, le fait qu'une tempête de neige allait rendre le travail beaucoup plus pénible et coûteux (acheminement des matériaux plus lent,

⁷³⁴ L'original dit : "Pigou's underlying thought would appear to be: Some have argued that no State action is needed. But the system has performed as well as it has because of State action. Nonetheless, there are still imperfections. What additional State action is required?" (Ma traduction).

⁷³⁵ En plus du fait que, pour Coase, la solution pigouvienne consistant en une taxe permettant la redistribution produit un effet pervers puisqu'elle incite les individus à, par exemple, habiter en bordure de lieux pollués car ceux-ci n'assument pas l'entièreté des coûts de leurs actions. En somme, la solution redistributive produit des effets exactement inverses, avec de mauvaises incitations. Elle est donc inefficace.

moins de main d'œuvre pour les conditions difficiles, risques plus importants sur le chantier etc.). Dans la situation hypothétique où nous savons cela à l'avance, il y a fort à parier que B n'aurait pas accepté de pénalités aussi élevées pour un tel événement – car le coût de travailler sous ces conditions est plus élevé que la pénalité encourue, si bien que j'aurais certainement accepté une pénalité moindre dans cette situation également. Dans le cas de contrats incomplets, le rôle du juge est de restituer ce raisonnement pour adapter le contrat à ce sur quoi nous aurions pu nous accorder dans cette situation hypothétique.

Cela signifie que la distinction coasienne, entre marché à coûts de transactions nuls et non nuls, joue plusieurs rôles. Cette distinction ne renvoie pas uniquement à une hypothèse néoclassique qu'on relâche au fur et à mesure, dans le processus d'une abstraction décroissante, mais à deux fonctions théoriques du marché. Coase tient ensemble et en même temps deux thèses : (1) le marché n'existe que dans un monde réel à coût de transaction positif, où le droit joue un rôle fondamental ; et (2) il faut que le droit soit édicté de façon à produire la situation la plus efficiente possible, pour nous rapprocher du modèle de marché idéalisé à coûts de transaction nuls. De façon frappante, nous retrouvons ici les rôles joués par le marché chez les premiers néolibéraux, comme Lippmann ou les ordolibéraux. Le marché idéal joue le rôle de norme fondamentale servant à juger la production juridique relative au marché empirique. Cela signifie, également, que le versant "empirique" de Coase, qui incite les économistes à mener une analyse des conditions réelles de fonctionnement du marché en fonction de l'environnement économique, ne doit pas être uniquement compris comme une critique de la méthodologie abstraite et formelle des économistes, mais aussi comme une condition de possibilité de l'édition de règles permettant de rapprocher la réalité du marché effectif. On assiste à un véritable marché des droits de propriétés, où ceux-ci doivent être alloués là où ils sont le plus productifs. *Le droit qui constituait le marché comme ordre spontané mais réglé dans le premier néolibéralisme, se trouve désormais soumis à la rationalité même du marché.*

Conséquences pour les relations entre État et marché

Le concept d'externalité, qui correspond à la différence entre le coût privé payé par un individu et le coût social, est rejeté par Coase, car ce qui importe ce n'est pas le coût qu'un individu impose à un autre, mais plutôt la somme totale de richesse produite par un arrangement spécifique. Cela signifie que si polluer produit plus de richesse que les dommages créés par la pollution, alors il est pertinent, pour réaliser une situation efficiente que chaque individu

accepterait, de polluer. Ce qu'il faut donc comparer ce sont avant tout les produits sociaux totaux qui dépendent de différents arrangements institutionnels (Coase, 1960, 868).

Les activités produisant des externalités peuvent être très largement bénéfiques. Coase insiste sur le fait qu'une activité ne peut pas être antisociale si elle favorise la maximisation de la richesse. Les externalités ne sont donc pas perçues comme des maux, ni même comme des maux nécessaires, mais comme des éléments normaux du fonctionnement économique réel, pouvant avoir des effets bénéfiques. Plus encore, les externalités, plutôt que des obstacles, sont comprises comme des conséquences nécessaires de toute action individuelle, qui produit nécessairement des conséquences inattendues. Comme l'exprime Coase sur le cas de la régulation de la pollution, celle-ci ne doit pas viser à l'élimination de la fumée mais sa fixation à un niveau optimal (c'est-à-dire à un niveau correspondant à ce que des individus pouvant négocier librement atteindraient). Coase anticipe, sans pour autant le mentionner, l'idée d'un marché des droits à polluer, censés fixer, mieux que l'intervention étatique, le niveau optimal de pollution.

Si le critère d'efficience mobilisé par Coase n'est pas explicité de manière claire, on le rapproche généralement du critère Kaldor-Hicks. Il constitue un méta-critère permettant de statuer sur ce que sont les bonnes règles promulguées par les cours de justice. Plus encore, le critère qui permet de mesurer la valeur des alternatives institutionnelles est la valeur produite par le marché, c'est-à-dire que le marché acquière ici un rôle de véridiction, comme l'exprime Foucault (1979)⁷³⁶, puisque c'est lui qui fixe les valeurs permettant de mettre en action la norme de l'adjudication.

Quatre grandes conséquences pour l'analyse économique du droit

(1) *La critique de l'économie néoclassique sur les externalités.* L'auteur anglais remet largement en question les théories dominantes de son temps en économie du bien-être, en battant en brèche l'analyse pigouvienne des défaillances de marché. Il retourne l'argument des défaillances de marché contre l'intervention publique, en pointant les coûts de l'intervention étatique, souvent supérieures aux coûts d'usage du marché, y compris dans des cas

⁷³⁶ Mentionnons que Coase admet qu'en théorie il faudrait accepter d'autres façons de fixer la valeur, en référence à Knight (1935) : "As Frank H. Knight has so often emphasized, problems of welfare economics must ultimately dissolve into a study of aesthetics and morals" (Coase, 1960, 876). J'ajoute, néanmoins, que ce n'est pas cette perspective qui a été suivie dans le courant de l'analyse économique du droit et que l'effet d'annonce d'une perspective plus ouverte par Coase, à la fin de son article, ne sera pas suivi de faits.

traditionnellement dévolus à l'État, ce qui est le cas des externalités, qui subissent une transformation substantielle dans le traitement coasien. Les premiers néolibéraux défendaient une série de mesures régulatrices – aussi bien les ordolibéraux que Simons, mais aussi Lippmann et Rougier. Coase introduit l'idée d'une symétrie des défaillances, à l'instar de Buchanan, et propose de passer par une analyse comparée et systématique des coûts de l'intervention, relativement aux coûts d'usage du marché.

(2) *Imiter le marché idéal*. Coase introduit un critère d'efficacité, en termes de maximisation du total de la richesse produite. La situation issue de la négociation entre l'éleveur et le fermier est efficace car elle maximise le total de ce qui est produit, mais dans un cas à coûts de transaction positive, ce critère peut valoir y compris si une contrainte est opérée, c'est-à-dire si on gagne plus qu'on ne perd, ce qui rapproche Coase du critère Kaldor-Hicks. Ce critère devient la norme que doit suivre le droit dans le monde réel, pour se rapprocher du monde idéal des économistes. En cela, Coase assume une forme de constructivisme normatif.

(3) *Une critique de l'interventionnisme*. Coase valorise l'analyse empirique des "arrangements sociaux" concurrents (avec intervention étatique vs avec marché libre), et propose de comparer ces arrangements à l'aide d'une analyse coût-bénéfice. Ce faisant, tout en façonnant le problème, il propose également une méthodologie pour y répondre et donc structure tout un champ de réponses possibles. Les propositions "pragmatiques" de Coase (Medema, 1994, 95) ne peuvent pas être isolés de ses positions normatives, qui favorisent, par le calcul monétaire des valeurs, le fonctionnement marchand, en critiquant le coût des interventions régulatrices.

(4) *La tangibilité des droits individuels*. Si les droits de propriété peuvent être alloués en fonction de la participation à la production, alors le critère de Coase avantage *directement et indirectement* les plus aisés⁷³⁷. Directement, car les riches sont avantagés dans leurs activités de consommation. On pourra, par exemple, favoriser la construction d'un centre commercial à la place d'un centre d'aide aux migrants, du fait que la richesse sociale totale en est favorisée, comme la consommation qui prendra place dans le centre commercial occasionne un accroissement de richesse plus important⁷³⁸. Indirectement dans la production, car les plus

⁷³⁷ Baker (1975) a synthétisé cette critique en qualifiant la théorie de Coase, et Posner, "d'idéologie", c'est-à-dire en dernière analyse d'un jugement de valeur injustifié qui relève une préférence de l'auteur pour un groupe social spécifique.

⁷³⁸ Et ceci y compris si les migrants sont plus nombreux – par exemple parce que ledit centre commercial ne vend que des produits de luxe accessibles à un petit nombre. Cet exemple montre que le critère normatif de maximisation de la somme de richesse produite est distinct de l'utilitarisme, puisque dans notre exemple l'utilité générale serait certainement maximisée avec un centre d'aide plutôt qu'un centre commercial.

riches ont généralement les activités les plus rémunératrices (et donc à favoriser), ce qui est encore davantage le cas pour les entreprises⁷³⁹. Cette position introduit donc toute une série de difficultés morales, relatives au fait qu'il est, par exemple, plus acceptable d'installer une usine dans un quartier pauvre, du fait que l'usine, même si elle pollue énormément, produira dans le quartier plus de richesse qu'auparavant, et donc qu'il n'est pas efficient économiquement de limiter la pollution⁷⁴⁰ – car les loyers ne baissent pas suffisamment, que les individus n'ont pas les moyens de payer pour limiter la pollution. Si les droits de propriétés sont des instruments permettant de viser l'efficacité, le corollaire est que les droits des individus sont relatifs à leur situation économique, ou plutôt qu'un droit d'un individu ne compte qu'en tant qu'il peut être fondé sur une valuation exprimée en monnaie.

Quoiqu'il en soit du sens de l'article, le théorème de Coase a connu une renommée incomparable, qui lui ont valu un Nobel, bien que le lecteur attentif peine à trouver, en lisant l'article, une position systématiquement soutenue. Steven Medema (2019, 10) note le caractère confus de la prose coasienne. On peut, néanmoins, expliquer le succès de cet article du fait de la formulation du "théorème" qui remplit, au moins, quatre rôles différents, à savoir un rôle critique (de la tradition pigouvienne), heuristique (montrant l'importance des coûts de transaction), normatif (les prescriptions qu'on peut tirer du théorème sont fondées sur la croyance en l'efficacité du marché) et enfin prédictif (qui peut être testé). En suivant Bertrand (2019, 506)⁷⁴¹, nous pouvons dire que la "valeur du théorème de Coase est qu'il réaffirme l'efficacité du marché" en faisant l'économie des hypothèses coûteuses de l'économie néoclassique. C'est-à-dire que, bien que Coase défende le fait que le monde empirique n'existe qu'avec des coûts de transactions positifs, il accorde une efficacité théorique au marché avec une négociation bilatérale entre individus rationnels. De ce fait, le théorème de Coase peut fonctionner comme un *benchmark* pour évaluer les différentes situations empiriques. Cela

⁷³⁹ Ces conséquences sont encore plus explicites quand Coase revient sur son travail par la suite : "It is obviously desirable that these rights should be assigned to those who can use them most productively and with incentives that lead them to do so and that, to discover (and maintain) such a distribution of rights, the costs of their transference should be low, through clarity in the law and by making the legal requirements for such transfers less onerous" (Coase, 1992, 718). Si les droits doivent être alloués à ceux qui les valorisent le plus (en terme monétaire), ou qui peuvent les utiliser plus productivement (parce qu'ils en ont les moyens), il est évident que la position coasienne avantage ceux qui ont les moyens de valoriser davantage les droits qu'ils possèdent, ou de les utiliser plus productivement.

⁷⁴⁰ "The problem is to consider whether the value of the facilities made available for recreation are worth more than the chemicals you would lose by making the lake available for this purpose. This seems to me to be a simple question of valuation. Is it better to have the chemicals or is it better to have the lake for recreation?" (Cité dans Medema, 2016, 298).

⁷⁴¹ L'article présente également une revue de littérature sur les différentes interprétations du théorème. On trouvera, en complément, une revue de littérature extensive chez Posner et Parisi (2013) et Medema (2019).

signifie que le cœur de l'article de Coase repose, en dernière analyse, sur la formulation d'efficacité du marché, qui permet de comprendre les quatre rôles joués par le théorème de Coase. Incidemment, c'est cette théorie de l'efficacité du marché qui a été massivement reprise par l'école de Chicago⁷⁴² et par la majorité des travaux se référant à ce texte.

Il convient également de souligner l'intérêt d'un tel article vis-à-vis de notre problématique générale – Coase étant lui-même membre de la Société du Mont-Pèlerin et libéral. Les néolibéraux, lors du moment de formation du mouvement, ne proposent pas de limites définitives à l'intervention de l'État. Sur ce point, Coase offre une réponse non-dogmatique, à savoir la comparaison systématique des coûts, en soulignant que la gestion des externalités peut également produire des externalités. Le droit joue, dans ce cadre, un rôle typique que nous avons déjà rencontré, à savoir qu'il permet d'intervenir sur le cadre des interactions, sans les diriger activement. La structuration du droit produit un système d'incitation, davantage qu'il ne corrige activement à chaque moment les droits et activités des individus. Cet interventionnisme est, cependant, fondé sur une conception de l'expertise. Or, comme nous l'avons vu, le néolibéralisme des origines est, au moins en partie, critique de la possibilité de se situer de l'extérieur des processus socio-économiques. La réponse à cela passe par l'utilisation de l'analyse coût-bénéfice, calculée en sommes monétaires.

Posner est certainement un des théoriciens responsables de cette lecture des positions de Coase, et sera, sur ce dernier point, celui qui développera le plus la conception de l'efficacité qu'on peut tirer de l'article de Coase. Le théorème de Coase remplit deux fonctions Dans ce cadre : (i) développer une théorie de l'efficacité des marchés dans un monde idéal et (ii) justifier l'approche selon laquelle les décisions judiciaires dans le monde réel devraient imiter ce que le marché aurait produit sans coût de transaction. Alors qu'on peut insister sur une dimension "pragmatique" et pluraliste des positions de Coase, cette dimension disparaît chez Posner, qui fait équivaloir, comme nous le verrons, efficacité et justice, et qui tend à faire de l'efficacité le seul critère social et organisationnel à valoriser (Marciano et Frischmann, 2014 ; Medema, 2016)⁷⁴³. Le théorème de Coase constitue le fondement normatif sur lequel s'appuie Posner pour défendre son critère d'efficacité comme critère de justice, puisqu'il met en avant le

⁷⁴² "The Coasian analysis is *but an attempt to lend the credo of science to normative justification of the market and its fantasies of markets everywhere*, and to have everything seen in that light. The Coase theorem, whatever its tenuous relations to science and to reality, is ideology at one of its most esoteric levels" (Samuels, 1974, je souligne).

⁷⁴³ Medema (1999, 229) défend que la position de Posner consiste en une radicalisation du propos de Coase. Le "pragmatisme" ne disparaît pas pour autant totalement de la théorie de Posner, comme nous allons le voir.

caractère consensuel et avantageux des arrangements institutionnels promouvant l'efficacité comme conforme aux choix autonomes et rationnels des individus.

2. L'analyse économique du droit chez Posner, de l'analyse positive à la défense normative

Comment Posner construit-il une théorie spécifique à partir des éléments développés dans cette première partie ? Plusieurs phases peuvent être découpées dans la carrière de Posner. En 1973, il publie son *Economic Analysis of Law*, qui est une application des principes de la micro-économie au droit. Dans cette première phase, Posner s'intéresse assez peu à la justification philosophique de son analyse ou de son critère d'efficacité. Nous pouvons appeler cette phase Posner-1, en reprenant une classification que Lakatos utilise pour parler de l'évolution de Popper. Posner-1 participe, à l'instar de Becker ou de Buchanan, à l'application de la micro-économie à des objets auparavant extra-économiques. Dans une seconde phase, Posner-2 s'intéresse à la justification philosophique de son principe d'efficacité comme maximisation de la richesse. Chronologiquement, cette phase commence à partir de 1979 et de son article "Utilitarianism, Economics and Legal Theory". Enfin, dans un troisième temps Posner relativise ses positions en réponse aux critiques. Posner-3 se réfère au pragmatisme, notamment dans des ouvrages comme *Overcoming Law* (1995) ou *Law, Pragmatism and Democracy* (2003). Ces trois phases de la pensée de Posner ne sont pas mentionnées pour critiquer l'inconstance de ses positions, puisque "la constance de sa pensée demeure remarquable" (Harnay et Marciano, 2003, 9), mais pour en souligner les inflexions et les complexifications, notamment lorsque Posner quitte l'analyse économique *stricto sensu*, pour entrer dans le champ de la philosophie du droit, de l'éthique normative et de l'épistémologie de l'adjudication. De ce point de vue, notre présentation ne prétend pas à l'exactitude historique quant à la restitution de l'évolution de la pensée de Posner. Les trois Posner que nous distinguons sont trois moments, qui peuvent coexister dans la pensée du juge américain, mais qui ont une vertu méthodologique⁷⁴⁴.

⁷⁴⁴ Tout comme cela était le cas pour l'analyse de Popper par Lakatos (1970). En effet, Lakatos indique bien que le Popper 0, le "falsificationniste naïf" n'a jamais existé, et qu'il s'agit de "tuer ce fantôme" (*Ibid.*, 181).

2.1 Posner-1, ou les concepts de base de son analyse économique

L'ouvrage central du premier Posner est son *Economic Analysis of Law*, paru en 1973. Signe de son succès, l'ouvrage a connu de multiples rééditions par la suite. À bien des égards, le succès de ce livre, qui est conçu comme un manuel d'analyse économique du droit, est son exhaustivité. Tous les domaines du droit sont passés au crible de l'analyse posnérienne et du critère d'efficacité : droit de la propriété, des contrats, de la famille, de la responsabilité civile, droit pénal, fiscal et même constitutionnel. Dans la continuité d'une épistémologie qu'il emprunte à Friedman (Posner, 1973, 15-16), et d'une analyse technique qu'il emprunte plus largement à l'école de Chicago, Posner prétend faire œuvre scientifique d'un point de vue positif, c'est-à-dire décrire ce que sont les règles et ce qu'elles promeuvent :

Contrairement à l'accent lourdement normatif de la plupart des écrits, tant juridiques qu'économiques, sur le droit, ce livre met l'accent sur l'analyse positive : le recours à l'économie pour éclairer les principes du système juridique plutôt que pour changer le système.

(Posner, 1973, xx)⁷⁴⁵.

Pour expliquer comment fonctionne le droit, Posner reprend explicitement les bases de la microéconomie, notamment la "loi de l'offre et de la demande", la maximisation d'utilité, le principe de l'analyse par équilibre, ainsi que les concepts de Coase.

Les conflits juridiques peuvent être étudiés par le biais de l'économie. Le problème économique est, en effet, défini comme un problème d'allocation, c'est-à-dire que les outils de l'économie nous servent à allouer des biens en nombre limité. Or, les droits de propriété sont des biens à rareté relative lorsqu'une ressource peut connaître des usages alternatifs. La règle économique est, selon Posner, d'allouer le bien à celui qui valorise le plus le bien. Posner définit donc la valeur en utilisant le concept de *willingness to pay* (propension, ou disposition, à payer). Il n'y a qu'une seule édition de la *Critique de la raison pure* et nous ne pouvons la partager car j'habite au Japon et vous en France, la copie de l'œuvre de Kant revient donc à celui qui est prêt à l'évaluer au plus haut niveau, et qui a donc une *willingness to pay* plus importante (*Ibid.*, 12).

⁷⁴⁵ L'original dit : "In contrast to the heavily normative emphasis of most writing, both legal and economic, on law, the book emphasizes positive analysis: the use of economics to shed light on the principles of the legal system rather than to change the system" (Ma traduction).

Le modèle sous-jacent est celui de la mise aux enchères du bien. L'efficience, en ce sens, est définie par le fait que la valeur, prise comme *willingness to pay* et exprimée en monnaie, est maximisée⁷⁴⁶. Plus précisément, la *willingness to pay* indique à la fois le prix qu'un individu est prêt à payer pour un bien, mais aussi le prix qu'il peut demander pour céder un bien qu'il possède.

Le critère d'efficience celui de Kaldor-Hicks, qui est également conçu comme une maximisation de la richesse, plutôt que celui de Pareto, qui connaît peu d'applications au monde réel. Quand on dit qu'une règle de contrôle du niveau de pollution est efficiente ce n'est pas ainsi en fonction du critère de Pareto, car la règle rend certainement un individu moins bien loti – en fonction de qui avait le droit ou non de polluer ou d'être protégé de la pollution au préalable, mais parce que le niveau de contrôle fixé maximise la richesse produite.

Marché explicite, implicite et hypothétique

Le critère d'efficience, et l'analyse économique, est facile à mettre en place lorsqu'on a affaire à des transactions réelles et intentionnelles. Lorsque j'achète du pain à ma boulangerie, je valorise, c'est-à-dire que je suis prêt à payer, davantage ce pain que ce que mon boulanger est prêt à payer pour le garder. Nous avons ici un échange efficient et qui se comprend aisément avec l'aide du raisonnement économique. Mais qu'en est-il de ce que Posner appelle des "transactions involontaires" (*Ibid.*, 14), tels que les accidents ou les crimes ? On ne peut pas passer par des *marchés explicites*, tel que le marché du pain dans mon exemple. Il est également impossible de faire appel à un *marché implicite*, c'est-à-dire un marché non réglementé comme tel mais qu'on peut néanmoins étudier comme respectant une logique de marché. Le marché de l'amitié n'est pas explicite, car il n'y a pas de prix et d'explicitations de l'échange, mais on pourrait placer des prix relativement aisément au moyen de l'étude des coûts d'opportunité. Il faut donc faire appel au concept de *marché hypothétique*. Les marchés hypothétiques consistent pour Posner à déterminer ce qui se serait passé si une transaction volontaire avait été possible (*Ibid.*). Posner prend un exemple pour illustrer l'usage qu'il peut faire des marchés hypothétiques :

⁷⁴⁶ Posner note que le but de l'économie est l'allocation de ressources, mais pour allouer ces ressources il faut utiliser la monnaie, qui est le moyen de faire cette allocation.

Si, par exemple, la question était de savoir si l'eau propre a plus de valeur en tant qu'intrant pour la production de papier que pour la navigation de plaisance, nous pourrions essayer de déterminer, en utilisant toutes les données quantitatives, ou autres disponibles pour nous aider, si, dans un monde où les coûts de transaction sont nuls, l'industrie du papier achèterait aux plaisanciers le droit d'utiliser l'eau en question.

(*Ibid.*)⁷⁴⁷.

L'eau potable connaît deux usages alternatifs potentiels, à savoir la production de papier et le canotage. Pour savoir à qui attribuer le droit de propriété sur l'eau potable il faut, pour atteindre l'efficience, déterminer qui serait prêt à payer davantage pour ce bien dans un monde aux coûts de transaction nuls. Cela signifie que, pour trancher des conflits relatifs aux droits de propriété sur l'eau, il faut faire appel à l'accord hypothétique des individus si les coûts de transaction (ici par exemple les coûts de négociation, de contractualisation etc.) étaient nuls. Le droit simule le fonctionnement du marché idéal en se postulant un marché hypothétique⁷⁴⁸. Dans ce cas spécifique, si l'usage alternatif de production engendre davantage de gains que ce que les individus sont prêts à payer pour utiliser le lac pour leur loisir – ce qui est probable –, alors il est juste que les droits de propriété soient attribués à la production industrielle de papier.

Le critère de maximisation de la richesse comme concept d'efficience est le fondement sur lequel construire, pour Posner, l'évaluation des règles de droit. Sur ce point, Posner défend deux thèses. Une thèse descriptive ou plutôt explicative, selon laquelle les règles de la *common law* ont été organisées, ou se sont développées historiquement, comme si elles promouvaient l'allocation efficace des ressources en vertu du principe de maximisation de la richesse. Le système de *common law* est donc mieux expliqué si on le comprend comme un système cherchant à maximiser la richesse de la société (*Ibid.*, 21). Cela constitue une version plus générale, car appliquée à davantage de domaines, de la thèse de Calabresi (1961). Cette thèse

⁷⁴⁷ L'original dit : "If, for example, the question were whether clean water was more valuable as an input into paper production than into boating, we might try to determine, using whatever quantitative or other data might be available to help us, whether in a world of zero transaction costs the paper industry would purchase from the boaters the right to use the water in question" (Ma traduction).

⁷⁴⁸ Il est cela dit intéressant de noter que le verbe 'imiter' introduit une difficulté ontologique de taille. On n'imité, en effet, que ce qu'on a observé et qui existe, or dans le cas des marchés hypothétiques, on n'imité pas quelque chose d'existant, puisque la situation du monde aux coûts de transaction nulle, par définition, n'existe pas. L'imitation est donc relative à une propriété des marchés réels observés par les individus, à savoir l'accord autour d'un prix d'équilibre. Néanmoins, dans les marchés réels et hypothétiques, les choix sont faits volontairement par les individus, ce qui constitue généralement la base permettant de justifier le fonctionnement du marché, à savoir que les échanges marchands sont fondés sur les échanges volontaires, ce qui n'est pas le cas des marchés hypothétiques où on postule ce que des individus réels auraient accomplis.

est souvent formulée comme la thèse de la supériorité de la *common law*, notamment relativement à d'autres systèmes juridiques, exemplairement de *civil law*. Le mode d'adjudication en *common law*, qui fonctionne à partir du principe du précédent, prenant en compte les coûts relatifs des individus en situation, tend donc à l'efficacité. Posner illustre cette thèse explicative et descriptive dans de multiples domaines de la *common law*. Posner propose ainsi une analyse à la fois descriptive et doctrinale extrêmement étendue.

La thèse d'efficacité de la common law, exemplifiée par les théories sur la responsabilité

On peut exemplifier cela avec l'exemple de la responsabilité civile, déjà rencontrée plus haut. Posner propose une comparaison des différents régimes de responsabilité dans le chap. 6. La détermination d'un régime de responsabilité traduit pour lui un choix d'allocation des coûts du dommage entre les parties et l'incitation à la prise de précautions entre ces parties. Un cas intéresse particulièrement Posner, à savoir l'affaire *United States v. Carroll Towing*, de 1947, qui donne naissance à la *Learned Hand Formula*⁷⁴⁹. Le cas est le suivant. Le bateau Anna C, appartenant aux États-Unis, transporte de la farine. Anna C est amarré à un quai, Pier 52, avant l'accident, avec d'autres bateaux. Tous les bateaux sont tenus entre eux par des amarres, et l'un des bateaux est amarré à un autre quai, l'appontement public (*Public Pier*). Le jour de l'accident, le Carroll doit être détaché du quai et on retire donc l'amarre reliée au quai 52. Comme les bateaux du quai 52 n'étaient finalement tenus que par cette amarre, les bateaux en question sont libérés et causent des dégâts, ce qui a eu pour résultat le naufrage de Anna C. Il n'existe pas de règle pour déterminer qui est responsable d'un naufrage pour lequel personne n'est à bord. Il faut adopter une règle permettant de trancher, ce que propose le juge avec la règle de la négligence. On introduit donc la formule suivante : $B = P * L$, à savoir que le coût de l'évitement attribue une responsabilité en fonction de son point de rupture (*breach*)(B), qui est égal à la valeur espérée du dommage, c'est-à-dire la probabilité (P) multipliée par le coût du dommage (*loss*) (L). Lorsque $B < P * L$ alors celui qui pourrait mettre en place B est responsable quand L advient, si $B > P * L$ alors la responsabilité est celle de celui qui commet le dommage. On incite les agents à adopter des comportements précautionneux, pour ne pas causer des pertes. L'accusation, à savoir les États-Unis, est jugée partiellement responsable de négligence, en laissant un bateau sans surveillance en pleine journée, puisque le coût d'un membre de

⁷⁴⁹ Le juge Learned Hand étant le juge de la seconde cour d'appel ayant eu à juger ce cas.

l'équipage à bord est considéré comme inférieur à la probabilité de l'accident multipliée par le dommage.

Posner donne deux autres exemples pour faire comprendre le raisonnement économique implicite derrière des raisonnements économiques. *Adams v. Bullock* est le cas d'un enfant de 12 ans, qui joue, avec un long bâton en fer, au-dessus d'un pont qui passe au-dessus d'une ligne de chemin de fer. Le fil de fer du garçon a touché les rails et occasionné une électrocution et des brûlures sévères. La cour d'appel a défendu le chemin de fer, car la probabilité qu'un tel évènement arrive était très faible, et les coûts pour s'en prémunir, par exemple interdire l'accès à tous les chemins de fer, étaient importants. De ce fait, le garçon n'a pas été éligible à des réparations. Dernier exemple, celui de *Hendricks v. Peabody Coal Co.* Un garçon de 16 ans est blessé en nageant dans une mine abandonnée à ciel ouvert, qui a été remplie d'eau de source. La défense, la compagnie Peabody, avait conscience que la mine abandonnée était utilisée comme piscine et qu'elle était dangereuse, notamment du fait d'une saillie profonde sur laquelle le garçon a plongé et s'est blessé. La compagnie a essayé de mettre des panneaux sur le site, mais sans effet. De ce fait, la compagnie a été tenue responsable, car l'ensemble de la mine aurait pu être fermée pour 12 000 dollars avec des grillages, pour réduire drastiquement toute possibilité de risque d'incident. Ce coût a été considéré comme faible relativement aux risques encourus par les enfants⁷⁵⁰.

2.2 Posner-2, la légitimation philosophique de la maximisation de richesse

Cette thèse est, néanmoins, redoublée par une thèse normative. En effet, Posner ne se contente pas de dire que les règles produites par les décisions des juges dans la *common law* tendent à promouvoir l'efficacité, mais aussi que le critère d'efficacité devrait être un critère à réaliser et donc que les juges devraient chercher à réaliser ce critère⁷⁵¹. Posner exprime parfois que le critère doit être normatif pour le choix social en général, ce qui est le cas à la fin des années

⁷⁵⁰ Je n'ai pris et développé la thèse posnérienne que sur un seul domaine, mais on peut trouver de multiples instanciations d'arguments de Posner défendant cette thèse sur le droit de la famille, le droit des contrats, et plus généralement l'ensemble des domaines du droit de *common law*.

⁷⁵¹ Bien sûr, Posner est conscient de l'irréalisme des hypothèses de sa théorie de l'efficacité. Il se réfère fréquemment à Friedman (1953) sur ce point, mais propose également une réponse spécifique, voir Posner (1979b).

1970, mais nuance rapidement cela en disant que le critère ne doit valoir que pour la *common law*, ce qui laisse au législateur la possibilité d'appliquer d'autres critères (Posner, 1980b, 487).

Les positions de Posner dans le livre de 1973, et dans ses éditions successives, ne permettent pas de défendre une théorie normative de l'efficacité comprise comme maximisation de la richesse. Pour défendre que la maximisation de richesse devrait être le critère d'une *bonne* règle, et partant que le marché devrait effectivement être le *benchmark* de l'adjudication, il faut encore que ce concept normatif soit défendu et justifié comme étant un concept désirable pour soi, et supérieur à des critères concurrents. En étant simplement énoncée et non défendue, la thèse normative de l'efficacité par maximisation de la richesse se heurte à plusieurs objections, synthétisées par Maackey (1999, 77-78). Ces objections portent aussi bien sur l'effectivité de l'efficacité d'un point de vue descriptif – pourquoi, si le droit est efficace, continue-t-il à évoluer ?⁷⁵² – que sur la question de la désirabilité de l'efficacité d'un point de vue normatif. Posner-2 s'attèle à défendre la thèse normative, notamment en offrant une interprétation de son critère de maximisation de la richesse comme étant éthiquement désirable et supérieur à la fois à la déontologie kantienne et à l'utilitarisme, tout en répondant aux problèmes mentionnés ci-avant. Il s'agit de montrer que l'efficacité n'est pas seulement un des critères à mobiliser pour expliquer l'évolution du droit, ou pour modifier certains pans du droit, mais *le* critère éthique à favoriser pour l'organisation de la société.

La maximisation de richesse et l'utilitarisme : une théorie supérieure ?

Trois articles de Posner, regroupés pour les deux premiers dans son *The Economics of Justice* (1981) sont intéressants pour illustrer ce moment de légitimation normatif du critère d'efficacité. Le premier texte est "Utilitarianism, Economics and Legal Theory", paru en 1979, "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", en 1980 et "Wealth Maximisation Revisited", paru en 1985.

Une partie des critiques de Posner, et plus largement de l'analyse économique du droit, font un raisonnement simple. L'analyse économique hérite de l'utilitarisme, et hérite donc de

⁷⁵² Dans le cadre de ce chapitre, je ne rentre pas dans les débats relatifs à la thèse descriptive. Un des arguments qu'on peut mobiliser pour répondre à ce problème est l'évolution des sociétés, à savoir qu'un système de droit efficace à un instant T ne l'est plus nécessairement une fois le processus de marché a modifié les droits de propriété des individus, ou qu'une innovation est venue modifier la structure des échanges, les normes sociales en vigueur etc.

ses problèmes. Posner (1979a) cherche précisément à répondre à ce type de critique et c'est en faisant cela qu'il entre dans le domaine de la philosophie normative :

La question importante est de savoir si l'utilitarisme et l'économie sont vraiment la même chose. Je pense que ce n'est pas le cas et que la norme économique que j'appelle 'maximisation de la richesse' fournit une base plus solide que l'utilitarisme pour une théorie normative du droit.

(Posner, 1979a, 103)⁷⁵³.

Le critère de maximisation de richesse constitue une éthique normative, capable de supplanter l'utilitarisme comme théorie morale et comme philosophie du droit. Pour commencer, il faut éclaircir les concepts économiques qu'utilise Posner. On croit souvent que l'économie est utilitariste parce qu'elle utilise les termes d'utilité et de bien-être. Il faut, pour Posner, distinguer les acceptions des termes. Utilité ne signifie pas *stricto sensu* valeur. Par exemple, si on a le choix entre 10% de chance d'obtenir 10 euros et 1 euro à coup sûr, nous les deux choix possèdent la même valeur pour une personne neutre envers le risque, c'est-à-dire que l'espérance de gain est 1 euro dans les deux cas. Néanmoins, une personne averse au risque trouve plus d'utilité à 1 euro à coup sûr qu'à 10 euros avec 10% de chance. En ayant ainsi distingué l'utilité de la valeur, et en expliquant que sa théorie s'intéresse à la valeur et non à l'utilité, Posner peut défendre la thèse normative de sa théorie, fondée non pas sur la l'utilité subjective que les individus accordent à quelque chose, mais sur la valeur objective et quantifiée en monnaie. Pour Posner, la théorie qu'il propose est plus robuste, car elle répond aux trois critères suivants : être logique, c'est l'impératif de cohérence ; être en accord avec nos intuitions morales, qui jouent le rôle de tests empiriques ; et enfin être plus satisfaisante que les théories concurrentes.

Pour défendre sa propre théorie, Posner part des problèmes des théories concurrentes, principalement l'utilitarisme, qui est la théorie normative associée à l'économie, et vis-à-vis de laquelle Posner cherche à se distinguer. Quatre problèmes classiques apparaissent avec l'utilitarisme comme éthique normative : (i) la question de la limite, à savoir quelle utilité doit

⁷⁵³ L'original dit : "The important question is whether utilitarianism and economics are really the same thing. I believe they are not and, further, that the economic norm I shall call 'wealth maximization' provides a firmer basis for a normative theory of law than does utilitarianism" (Ma traduction).

compter, doit on favoriser une certaine classe de population, celle d'un pays, les humains plutôt que les animaux, quels animaux ? La plupart des critères qui proposent de sélectionner certains individus plutôt que d'autres sont arbitraires, mais ceux qui proposent d'étendre le calcul utilitariste mènent au fait que l'utilitarisme devient trop peu spécifique. (ii) Le problème de la métrique. S'il n'y a pas de base empirique à partir de laquelle mener le *felicity calculus* de Bentham, alors le calcul est impossible, car on ne peut pas mesurer quelle situation est meilleure qu'une autre. Le problème de la métrique apparaît notamment lorsqu'on abandonne, à la suite de Bentham et d'Edgeworth, l'idée d'une mesure physiologique du plaisir. L'approche de Pareto essaye de répondre à ce problème, mais avec des difficultés importantes. (iii) Du fait de l'absence de métrique, l'utilitarisme peut être utilisé pour tirer des conséquences politiques contradictoires. (iv) La distinction entre les personnes n'est pas respectée. C'est la critique que nous avons déjà trouvée formulée chez Rawls. Si un "monstre utilitariste" retire beaucoup de plaisir à être immoral, il peut être rationnel de favoriser son action, et donc de sacrifier des personnes. L'utilitarisme n'est pas une base solide pour protéger les droits fondamentaux des individus.

L'autre grande théorie morale en présence n'est pas épargnée, à savoir la déontologie kantienne. Le problème du déontologisme est différent et relève, pour Posner, du fanatisme. Le cas du menteur est paradigmatique : il y a une différence entre causer le mal et manquer de le prévenir, ce que Philippa Foot (1967) explique avec la doctrine du double effet. Globalement, les kantien essayent de proposer des sortes d'exception pour prémunir les cas où le kantisme est dans la pratique absurde. Par exemple – en suivant Posner – il est mauvais de torturer mais si torturer une personne sauve la planète entière alors cela est acceptable. Dans ces conditions, le kantisme est contradictoire, car il faut fixer la limite logique d'une telle pratique, ce qui nous fait retomber dans l'utilitarisme.

Les deux principales théories morales – on ajouterait aujourd'hui l'éthique des vertus, qui n'avait, cependant, pas encore connu le regain d'intérêt qu'elle connaîtra dans les années 1980 – sont donc défectueuses. Posner formule, en opposition, sa propre théorie, dans laquelle il s'agit de maximiser la valeur mesurée en monnaie, et fondée sur l'idée des marchés explicites, implicites (l'exemple de marché implicite pris par Posner est celui du couple) et hypothétiques. Il est, bien sûr, aisé de montrer que les conclusions de sa théorie diffèrent des théories concurrentes. Prenons le cas d'une usine. Une usine pollue des logements dans un quartier, et fait baisser la valeur des biens immobiliers de 2000 euros. Il faudrait 3000 euros pour que l'usine se déplace. On considère donc, en cour de justice, que l'usine a une plus grande valeur,

et donc qu'il faut favoriser l'usine. Néanmoins, si les personnes qui habitent le quartier sont très riches alors il faut déplacer l'usine, car les biens immobiliers connaissent une dégradation de prix supérieure à 3000 euros. Cela n'est pas en accord avec l'utilitarisme, qui ne s'intéresserait pas au fait de savoir si les gens sont riches ou non : si la désutilité est plus importante chez les habitants que la désutilité de l'usine à se déplacer alors l'usine doit se déplacer⁷⁵⁴. Un autre exemple démontre la même distinction avec les conclusions utilitaristes : l'histoire de l'enfant et de la plante thérapeutique. Une famille est pauvre et un enfant est atteint d'un nanisme qui peut être soigné par l'accès à une hormone de croissance. Un riche aristocrate est passionné de botanique, et veut faire pousser une plante rare, qui nécessite cette même hormone de croissance. Selon l'utilitariste, il faut bien sûr donner l'hormone à l'enfant, qui possède une plus grande utilité à la consommer que le botaniste pour sa plante. Néanmoins, la famille étant pauvre, elle ne peut qu'offrir 30 euros pour cette hormone, alors que le botaniste en propose 100. On maximise donc la richesse globale en donnant l'hormone au botaniste plutôt qu'à l'enfant.

À ce stade, on voit pourquoi le critère d'efficacité posnérien est différent de l'utilitarisme, mais on ne voit pas en quoi il est désirable. Au contraire, les exemples semblent constituer autant de réfutations, puisqu'ils apparaissent montrer, sur le mode du *modus tollens*, l'injustice totale produite par le critère d'efficacité. Le propre du propos de Posner consiste, cela dit, dans le fait de défendre que ces cas ne soient que des exceptions qui doivent être contrebalancées par le fait que sa théorie produit des résultats dans l'ensemble plus satisfaisants. La théorie de Posner offre quelques arguments dans cette direction.

Le premier problème de l'utilitarisme est, en effet, rapidement contourné au vu des exemples précédents. Il n'y a pas de difficulté à délimiter qui doit compter, puisque la limite est claire, à savoir la *willingness to pay* effective, c'est-à-dire ce que les individus sont capables de payer, en monnaie. Dans ce cadre, la conséquence est claire : ceux qui sont capables de gagner la mise aux enchères (*auction*) d'un bien ou d'un droit doivent le récupérer. Il n'y a pas de raisons d'accepter les animaux comme des êtres ayant un droit, puisqu'ils ne possèdent pas de *willingness to pay*, et même certains individus doivent être mis de côté⁷⁵⁵. Le second

⁷⁵⁴ On peut bien sûr critiquer la volonté de Posner de se distinguer de l'utilitarisme. On peut comprendre sa position comme consistant à rendre les comparaisons interpersonnelles possibles, en offrant une métrique à même de le faire. Je ne m'attarde pas sur ce point dans la restitution des arguments, cependant.

⁷⁵⁵ Posner (1979a, 128) l'accepte pleinement: "A less welcome implication of the wealth-maximization approach is that people who are very poor-not those who merely lack ready cash, but those who have insufficient earning power to be able to cover the expenses of a minimum decent standard of living-count only if they are part of the utility function of someone who has wealth."

problème, de la même façon, n'en est pas un, puisque la métrique est claire : la monnaie (euros, dollars ou autre monnaie). Il n'y a pas de difficulté à mener des comparaisons interpersonnelles puisque la métrique est la même pour tous et ne fait appel à aucune identité insondable, telles que les préférences ou les utilités individuelles. Le troisième problème de l'utilitarisme était les conséquences contradictoires. Une conséquence qui dérange notamment Posner est le fait que l'utilitarisme autorise des transferts de richesse, sur la base de l'utilité marginale décroissante pour chaque quantité monétaire supplémentaire. Dans ce cadre, 5 euros pour un riche produit moins d'utilité que 5 euros pour un pauvre. Ce type de transfert forcé est en contradiction avec la défense du libéralisme et des marchés, par ailleurs également défendu par certains utilitaristes. La position de Posner empêche ce type de transfert : le transfert maximise peut-être le bien-être, mais en aucun cas la richesse⁷⁵⁶. Enfin, les monstres utilitaristes (par exemple le tortionnaire qui possède davantage de plaisir à torturer que sa victime à souffrir) sont très fortement limités. En effet, le fait que je ressente du plaisir à torturer ne compte pour rien dans la théorie de Posner. Je peux bien sûr torturer des gens, mais il faut que j'achète leur consentement, ou que j'achète à hauteur de ce qu'ils auraient pu consentir, ce qui a pour conséquence de réduire très rapidement mes ressources et de limiter l'effectivité de mes désirs pervers. La société de marché organisée selon le principe de maximisation de la richesse permet, avant tout, l'épanouissement de désirs personnels de chacun. On peut noter ici que Posner n'interdit pas strictement la torture, mais explique que son système produit de meilleures limitations, en obligeant les tortionnaires à payer leurs victimes à hauteur de ce à quoi ils auraient pu consentir, de façon que l'échange en question (la torture) puisse être à l'avantage des deux partis⁷⁵⁷. Pour la même raison, et puisque chaque individu doit payer ou dédommager les autres, la distinction entre les personnes est maintenue, car chacun possède une série de droits a priori qu'il s'agit *a minima* de compenser. La conséquence importante est, néanmoins, que ces droits ne sont pas, comme chez Rawls par exemple, inaliénables. Il n'y a pas de droits fondamentaux, car chaque droit peut être mis en loterie et transféré, en premier lieu des droits de propriétés⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ *Ibid.* 131: "In a system of wealth maximization, the fact that A has a greater capacity for enjoying a given amount of money than B affords no basis for taking money away from B and giving it to A. The transfer might increase the happiness of society but it would not increase its wealth."

⁷⁵⁷ *Ibid.* 134: "From a wealth-maximization standpoint, if A, perhaps to provide money for his family (but the reason is unimportant), sells himself into slavery to B, or if C borrows money from D with a penalty clause that provides that in the event of default D can break C's knees, there is no economic basis for refusing to enforce either contract unless some element of fraud or duress is present."

⁷⁵⁸ Amadae (2015) propose une analyse de cette position théorique consistant à autoriser les transferts de propriétés entre individus, sans compensation si ces transferts sont maximisateurs.

Le problème est que la distribution initiale des droits de propriété détermine très largement la solution efficiente, puisque les individus valorisent les biens qu'ils possèdent différemment de ceux qu'ils ne possèdent pas. Comment répondre au problème de l'institution des droits de propriété, pour éviter la circularité de l'efficience ? En effet, si pour n'importe quelle distribution des droits de propriétés une allocation efficace peut être trouvée, alors la théorie de l'efficience est conservatrice, en plus d'être éventuellement circulaire, car la modification des droits se fait au nom de l'efficience, et l'efficience est le résultat d'une allocation des droits (Schmid, 1976 ; Michelman, 1980). Il est nécessaire de formuler une théorie initiale de l'allocation, ce qu'admet Posner (1985, 92). Certains comportements prédateurs ne peuvent être évités qu'au prix d'une allocation initiale des droits aux individus eux-mêmes. Une fois ces droits assignés, la seule valeur normative devient le marché puisque c'est la procédure de marché (ou la *common law* dans les cas de conflits), qui permet l'allocation efficiente des droits. La théorie de Posner pointe vers deux directions, à savoir (i) une théorie de la maximisation de la richesse, étant donnée une allocation initiale des droits et (ii) une théorie de l'assignation initiale des droits de propriété, qui donne un fondement à la maximisation de la richesse. Le critère de maximisation ne peut avoir de sens que s'il existe, au préalable, des droits à partir desquels les individus peuvent énoncer une *willingness to pay*. Posner tente donc de donner un argument supplémentaire pour la défense des droits individuels et la reconnaissance des personnes, et ce notamment pour conjurer l'argument de circularité, à savoir que l'accusation selon laquelle l'allocation efficiente des droits dépend de l'établissement originel des droits, car la *willingness to pay* de chaque individu est indexée sur ses revenus et donc sur sa position avant les échanges. Il faut pour répondre à cet argument mobiliser une expérience de pensée, celle d'un marché initial *des droits de propriété sur soi-même*⁷⁵⁹. En effet, le modèle du marché que mobilise Posner comme point de référence est celui de Coase. Si dans les expériences historiques il a pu exister des cas où les individus se sont retrouvés dépourvus de leurs droits sur leur corps – typiquement les esclaves et les femmes – cela doit être corrigé car dans un marché efficient sans coûts de transaction les droits iraient, et ce quel que soit la distribution initiale, par exemple une distribution aléatoire, à ceux qui les valorisent le plus. Dans ce cadre, chacun serait capable de mettre en priorité toutes ses ressources pour

⁷⁵⁹ À l'exception des enfants et des personnes handicapées, ce qui est une exception classique des théories libérales, qui acceptent de donner un statut spécial aux individus qui ne sont a priori pas capables de rentrer dans la logique concurrentielle. On trouve la même provision chez Friedman (1962a, b).

acheter les droits de propriété pour soi-même⁷⁶⁰. Posner admet que cet argument n'est pas infaillible, car il existe des cas où un autre individu peut valoriser davantage les droits de propriétés sur autrui que la personne directement concernée. Deux exemples peuvent illustrer cela. Dans le cas de l'esclavage, il est peu probable que les esclaves puissent exprimer une *willingness to pay* supérieure au propriétaire, tout simplement car l'esclave ne possède pas de volonté exprimable en monnaie. Faire appel à autre chose qu'une possibilité réelle serait rompre avec le premier critère, qui distingue la perspective posnérienne de l'utilitarisme à savoir la question de la limite. Si on fait appel à la *willingness to pay* hypothétique que l'esclave *pourrait* payer s'il y avait un marché des droits de propriétés dans un état du monde antérieur à la relation d'esclavage, on affaiblit considérablement le critère posnérien, car les *willingness to pay* hypothétiques ne sont pas convertibles directement en euros effectifs (car qui sait ce qu'un esclave aurait comme ressources disponibles dans cette situation). L'autre exemple, venant illustrer cette limite, est celui d'une femme en couple dont le mari possède les ressources financières. Dans cette situation, si la femme est privée de ressources elle ne peut exprimer sa volonté de racheter ses droits de propriétés sur elle-même en monnaie, et son désir ne doit donc être pris en compte que par le biais de son mari, qui a les ressources. En bref, et nous y reviendrons plus tard, le critère de Posner, encore davantage que celui de Buchanan, qui met l'accent sur l'échange consensuel entre individus, quels que soit leur *willingness to pay*, comme critère normatif, produit un biais en faveur du *statu quo*.

Si nous reprenons les quatre problèmes de l'utilitarisme, nous voyons ainsi que (i) la question de la limite est claire : seuls ceux qui ont une *willingness to pay backed up by money* sont à prendre en compte, (ii) la métrique est la monnaie, (iii) on peut en tirer des recommandations politiques claires, notamment, exemple de Posner, l'immigration, qui doit être favorisée parce qu'elle maximise la richesse générale – personne n'émigre en espérant avoir un salaire moindre que son salaire de départ. Un autre exemple celui des transferts de richesse, favorisés par l'utilitarisme, qui ne sont plus permis, du fait d'un abandon de la thèse de l'utilité marginale décroissante de la monnaie (Posner, 1979a, 131), et (iv) les droits de propriétés des individus sont définis en fonction de la valorisation que chacun estime pour soi-même, ce qui tend à les renforcer davantage que l'utilitarisme, qui ne fixe aucune limite au transfert des droits

⁷⁶⁰ Posner (1979a, 125): "This is the economic reason for giving a worker the right to sell his labor and a woman the right to determine her sexual partners. If assigned randomly to strangers these rights would generally (not invariably) be repurchased by the worker and woman respectively."

de propriétés. Le critère de Posner laisse des exceptions ouvertes, mais dresse, en pratique, des contraintes plus importantes que l'utilitarisme, en vue de préserver les droits individuels.

Néanmoins, il ne suffit pas de montrer que la théorie est différente de l'utilitarisme et qu'elle répond mieux à certains problèmes. Posner n'en reste pas au versant négatif, mais essaye également de montrer en quoi sa propre théorie peut être *éthiquement désirable*.

Les attraits de la maximisation de richesse : l'avantage de tous et le développement des vertus

Le premier attrait de sa théorie est, pour Posner, qu'elle favorise l'altruisme. L'altruisme est défini comme la production d'échanges avantageux pour chaque parti, où l'avantage excède, pour celui qui reçoit, ce qui a été donné. À partir de cette définition de l'altruisme, Posner procède pour montrer que le marché produit une maximisation de cette qualité éthique.

Par définition, lorsque deux individus échangent sur un marché, les deux partis de la transaction sont bénéficiaires, puisque celui qui achète reçoit un bien équivalent à sa *willingness to pay*, et celui qui vend reçoit plus de richesse que ce qu'il valorisait lui-même pour transmettre la ressource. L'échange, selon le concept d'efficacité de Posner, est altruiste, contrairement à l'utilitarisme qui autorise des transactions sans consentement, par exemple par le vol⁷⁶¹. L'altruisme est défini comme toute action qui produit plus de richesse pour autrui que ce qu'il nous a coûté pour la produire. Par définition, tout échange économique peut donc être décrit comme altruiste : la dimension morale de l'altruisme se réduit intégralement à sa dimension économique calculée en monnaie. On peut, bien sûr, répugner à accepter une telle définition de l'altruisme, car dans l'échange il me coûte moins de vendre ma pomme que ce que l'individu récupère en termes de valeur pour lui-même, mais je ne fais en aucun cas cela gratuitement, au contraire je suis également gagnant puisque le prix que l'autre me cède est supérieur à la valeur que j'accordais à la pomme. Il faut, cependant, voir que cela éclaire l'idéal normatif que Posner associe à son critère de maximisation de la richesse, à savoir l'idée que la maximisation de la richesse produit des résultats *mutuellement avantageux que chaque individu accepte*, car au fond il s'agit du modèle du marché. En effet, l'usage que fait Posner du concept de marchés implicites et hypothétiques n'est pas purement instrumental, en vue d'informer une

⁷⁶¹ Bien sûr, il existe plusieurs formes d'utilitarismes qui refusent le vol, en premier lieu l'utilitarisme de la règle.

décision juridique éventuelle, mais une véritable vision du monde⁷⁶² où la relation marchande et d'échange organise l'ensemble des relations humaines, *y compris en dehors du marché effectif*. Le marché – dans la continuité des analyses de Lippmann, Hayek, Buchanan et plus largement des membres de la Société du Mont-Pèlerin – constitue une *valeur civilisationnelle* et un idéal de fonctionnement social. Le propre de la théorie normative de Posner consiste également dans le fait de montrer ce que cet idéal a de désirable : le marché est le cas paradigmatique d'échanges volontaires – et consentis – mutuellement avantageux. Sur ce point le théorème de Coase joue un rôle philosophique primordial.

L'argument de l'altruisme vaut néanmoins pour le marché effectif, pour lequel les échanges sont, c'est une tautologie, mutuellement avantageux. Mais cela ne vaut pas pour le cas des marchés hypothétiques, qui produisent irrémédiablement des perdants, et pour lesquels le critère n'est plus celui de Pareto mais de Kaldor-Hicks. Posner développe donc un deuxième argument, qui montre que l'efficacité rompant avec le critère de Pareto est *in fine* bénéfique à tous, y compris aux perdants.

L'argument principal de Posner (1979a, 123) est celui de la productivité. En effet, en favorisant les personnes les plus riches, son critère favorise la productivité qui profite à tous. Celui qui est prêt à payer 10 000 euros pour un collier a produit de l'activité qui a profité à d'autres individus, ses salariés, sa famille, ses clients etc. Si on suppose que le salaire d'un individu est toujours en dessous de sa production, sans quoi il ne serait pas rentable de l'embaucher, un salaire élevé est corrélé à une productivité élevée et donc un avantage général pour la société. L'individu productif et riche est donc altruiste, en ce qu'il donne plus à la société que ce qu'il en retire. Pour Posner, il ne faut pas uniquement voir le résultat et une seule action pour juger de la moralité, mais l'intégralité du système de droit ainsi esquissé ainsi que ses effets. Il peut sembler injuste d'accorder l'hormone de croissance au botaniste plutôt qu'à l'enfant, mais c'est oublier que le botaniste a produit beaucoup de richesses qui peuvent, ultimement, servir l'enfant, qui consomme des biens issus de l'activité d'individus productifs comme le botaniste. Posner propose de prendre du recul pour évaluer le système social général produit par son critère, qui produit des effets plus bénéfiques que l'utilitarisme compris de façon

⁷⁶² Voir, par exemple, Posner (1979a, 119): "Even today, much of economic life is organized on barter principles; the 'marriage market', child rearing, and a friendly game of bridge are some examples. These services have value which could be monetized by reference to substitute services sold in explicit markets or in other ways. They illustrate the important point that wealth cannot be equated to GNP or any other actual pecuniary measure of welfare. A society is not wealthier because of a shift of women from household production into prostitution." L'exemple du marché sexuel est une constante chez Posner, voir notamment son livre *Sex and Reason* (1992).

étroite. L'argument est clair : plus on est riche plus on est productif, donc plus on participe à la richesse sociale en produisant des services et biens à échanger que les autres valorisent davantage, donc plus on est altruiste et ce y compris si, pour que nous puissions être productif, le droit favorise nos droits de propriétés au détriment de ceux d'individus moins productifs. L'idée générale est fondamentale, puisqu'il s'agit de dégager les opportunités pour les individus à même de participer au progrès social – un idéal entrepreneurial qu'on retrouve aussi bien chez Lippmann que chez Hayek.

En plus de l'argument relatif à la productivité, il faut ajouter le fait que le critère d'efficience favorisé par Posner produit d'autres résultats socialement bénéfiques, à savoir des vertus morales – la défense de l'efficience se mue ici en théorie de l'éthique des vertus. Les individus ont, en effet, intérêt à développer des vertus sur le marché pour être des agents dignes de confiance. Le *virtue-signaling* est, de ce fait, essentiel, car chaque individu se signale comme étant un partenaire d'échange digne de confiance, ce qui permet une diminution des coûts de transaction. Une société qui maximise la richesse est également une société d'individus qui disent la vérité, sont ponctuels et auxquels on peut faire confiance, car personne n'a intérêt à trahir, sous peine de briser son effet réputationnel pour le futur, ce qui produit une perte de gain espéré importante. Enfin, Posner défend que la bienveillance pour autrui soit maximisée par le biais de son principe d'efficience, puisqu'en favorisant les individus productifs – et donc altruistes – on favorise la production de biens pour tous, y compris les plus défavorisés. L'argument est proche d'un argument main-invisible, et stipule que l'accumulation de richesse, même inégalitaire, finit toujours par profiter à ceux qui sont en bas de l'échelle sociale⁷⁶³. Il ne s'agit pas d'une *bienveillance directe*, qui s'exprimerait par la charité – bien que Posner ne l'interdise pas –, ou par la redistribution des richesses, mais par une *bienveillance indirecte*, fondée avant tout sur l'idée que la maximisation de la richesse sociale est à *l'avantage de tous* et donc en dernière analyse sur une confiance dans la société libérale à produire des résultats bénéfiques sur le long terme. Posner n'est ici pas loin de Hayek (voir chap. VI), qu'il cite dans cet article⁷⁶⁴ et qu'il considère comme le plus éminent défenseur d'une conception capitaliste

⁷⁶³ Elster (1982) définit les arguments qu'il appelle "de type main-invisible", par le fait qu'ils mettent en avant des phénomènes produisant des résultats inintentionnels. Il s'agit, bien sûr, d'une extension plus large que la main invisible telle qu'on la trouve chez Smith. Je développe les différentes acceptions du concept, chez Smith, dans Colin-Jaeger (2016).

⁷⁶⁴ La référence est à *Droit, Législation, Liberté*, voir Posner (*Ibid.*, 124-125) citant Hayek: "We still esteem doing good only if it is done to benefit specific known needs of known people, and regard it as really better to help one starving man we know than to relieve the acute need of a hundred men we do not know; but in fact we generally are doing most good by pursuing gain. (...). The aim for which the successful entrepreneur wants to use his profits may well be to provide a hospital or an art gallery for his home town. But quite apart from the question of what

de la justice (*Ibid.*, 136) avec Friedman. En effet, la société de marché produit toujours des gagnants et des perdants, mais l'idée est qu'une société dans laquelle les opportunités sont données aux individus productifs produit davantage de bénéfice *en moyenne et pour tous* dans le futur, c'est-à-dire lorsque le droit est au service de la productivité et de l'initiative individuelle, plutôt que d'être un frein au fonctionnement du marché – et donc lorsqu'il cherche à réaliser le marché et encourager ce mode de fonctionnement.

Le modèle marchand est donc celui qui favorise l'émergence des vertus humaines, (confiance, bienveillance, altruisme, ponctualité) et sélectionne même les individus qui les développent au plus haut degré :

En résumé, le principe de maximisation de la richesse encourage et récompense les vertus traditionnelles ('calvinistes' ou 'protestantes') et les capacités associées au progrès économique. Les capacités (telles que l'intelligence) favorisent l'efficacité avec laquelle les ressources peuvent être employées ; les vertus (telles que l'honnêteté, et l'altruisme à sa juste place), en réduisant les coûts de transaction du marché, font de même.

(*Ibid.*, 124)⁷⁶⁵.

L'argumentaire de Posner est composite et, en l'état, insuffisant. En effet, la défense des vertus proposées par Posner possède une dimension arbitraire : les vertus qui favorisent le développement d'une société de marché sont encouragées par le développement de la société de marché, mais cela ne signifie pas qu'elles doivent être valorisées en soi. Pour faire appel à des vertus plus générales comme l'altruisme, Posner est contraint d'en tordre le sens pour correspondre à sa théorie. La maximisation de la richesse n'est justifiée que si les richesses sont, en effet, redistribuées à l'avantage de tous à l'issue du processus économique, ce que Posner ne démontre pas. Il est certainement possible de montrer, comparativement, qu'une société capitaliste produit des résultats plus bénéfiques pour la moyenne des individus que

he wants to do with his profits after he has earned them, he is led to benefit more people by aiming at the largest gain than he could if he concentrated on the satisfaction of the needs of known persons. He is led by the invisible hand of the market to bring the succour of modern conveniences to the poorest homes he does not even know."

⁷⁶⁵ L'original dit : "To summarize, the wealth-maximization principle encourages and rewards the traditional virtues ('Calvinist' or 'Protestant') and capacities associated with economic progress. The capacities (such as intelligence) promote the efficiency with which resources can be employed; the virtues (such as honesty, and altruism in its proper place), by reducing market transaction costs, do the same" (Ma traduction).

l'URSS, mais la démonstration du fait que le capitalisme et le marché organisé avec le critère posnérien est à l'avantage de tous reste à faire, et se heurte à des intuitions morales fortes.

Le consentement comme compensations ex ante

Posner complète sa position avec une seconde ligne argumentative, fondée sur l'argument du consentement hypothétique des individus à l'efficacité. L'argument vise à pallier le manquement que je viens de relever. Une société libérale capitaliste avantage certains au détriment des autres, et certains individus se trouvent toujours directement désavantagés. L'existence de perdants dans le jeu n'est, en effet, pas un élément réfutant la théorie, à partir du moment où les perdants ont de bonnes raisons d'accepter l'existence du jeu et qu'ils consentent aux règles. À partir du moment où chacun consent, on peut donc réinstaurer l'éthique parétienne des avantages mutuels :

Le principal argument éthique de cet article, développé dans la première section, est que la maximisation de la richesse, en particulier dans le cadre de la *common law*, est soutenue par le principe de consentement qui peut également être considéré comme sous-jacent à l'approche, par ailleurs très différente, de l'éthique de Pareto.

(Posner, 1980b, 488)⁷⁶⁶.

L'éthique de Pareto est une conséquence directe du principe du même nom : si seuls les échanges mutuellement avantageux sont permis, car le principe met l'accent sur *l'unanimité* de l'accord à la transaction et donc sur le *consentement individuel*. Pour cette raison, l'éthique parétienne est rapprochée de l'éthique kantienne, mettant l'accent sur *l'autonomie* des individus⁷⁶⁷. Si le modèle du marché pour l'efficacité est celui d'un marché sans coûts de transaction et donc sans externalité, il est clair que toutes les transactions de ce modèle sont fondées sur l'accord volontaire. Posner en tire une conclusion, selon lui, logique : maximiser la

⁷⁶⁶ L'original dit : "The main ethical argument of this Article, developed in the first section, is that wealth maximization, especially in the common law setting, derives support from the principle of consent that can also be regarded as underlying the otherwise quite different approach of Pareto ethics" (Ma traduction).

⁷⁶⁷ Posner associe consentement et autonomie. Cette assimilation est trompeuse, puisque l'autonomie kantienne suppose quelque chose de bien plus fort, à savoir la capacité pour un individu de choisir ce qui le détermine, et non simplement consentir. Posner appauvrit donc considérablement l'éthique kantienne. Je remercie Marc Goetzmann de m'avoir fait apparaître ce point.

richesse comme but coïncide avec la protection de l'autonomie, puisqu'on réalise ainsi ce qu'auraient fait des individus autonomes et consentants. Pour Posner, ce critère de consentement renvoie à ce que des individus, dans une situation de choix rationnel, accepteraient comme étant dans leur propre intérêt, ce qui renvoie à l'assise normative offerte par le théorème de Coase. Son critère associe ainsi les meilleurs aspects des deux théories que sont l'utilitarisme et le déontologisme, à savoir de la déontologie kantienne le respect pour l'autonomie individuelle, et de l'utilitarisme l'idée d'une maximisation et d'une attention aux conséquences de la décision judiciaire en vue de produire un état du monde désirable.

Comment appliquer ce modèle normatif désirable aux cas, réels, où il y a des gagnants et des perdants ? Comment cet idéal normatif peut-il être applicable à des cas où il ne s'agit pas d'échanges correspondants au critère de Pareto, mais à des situations conflictuelles où le critère Kaldor-Hicks doit s'appliquer ? Pour illustrer cela il nous faut reprendre nos exemples de conflits de droit. Reprenons notre cas d'une usine, qui pollue dans un voisinage. Dans ce cadre, il est bien évident qu'il y a une partie des individus, les habitants du quartier, qui sont perdants. La pollution envahit le quartier et les nuisances sonores sont importantes. Très clairement le critère Kaldor-Hicks peut être vérifié et le critère de Pareto non-vérifié. Si les propriétaires de l'usine produisent à hauteur de 1 000 000 d'euros, et que la valeur des maisons dans le quartier baisse de, au total, 800 000 euros, alors on a une situation pour laquelle avantager les propriétaires de l'usine est efficient au sens du critère Kaldor-Hicks et non de celui de Pareto. Comment justifier d'appliquer cette efficacité si les habitants des maisons s'offusquent, néanmoins, de l'implémentation de l'usine qui leur est réellement défavorable en l'absence de compensation ? Le critère Kaldor-Hicks apparaît, en effet, comme étant antinomique avec la défense de l'autonomie et du consentement.

Posner affronte cette contradiction directement et propose d'interpréter le critère Kaldor-Hicks comme révélant un consentement indirect *aux règles du jeu*, avec des compensations qu'il désigne comme prenant effet *ex ante*, à savoir avant le dommage. L'argument est le suivant : le critère Kaldor-Hicks est compatible avec le consentement et l'autonomie – et donc le critère de Pareto – si dans le temps long les individus sont gagnants, quand bien même ils sont perdants à un moment donné. Il faut donc considérer la société comme un jeu dans lequel, à chaque étape, il peut y avoir des gagnants et des perdants mais dans lequel, à la fin du processus, tout le monde finit dans une meilleure situation qu'au début, et donc peut avoir consenti au passage de l'état original à l'état final. Cela présuppose notamment qu'il n'y a pas d'individus systématiquement discriminés. L'exemple que prend

Posner est celui d'une loterie. L'idée est sensiblement – même si l'argument demeure proche dans l'esprit – différente de ce qu'on peut trouver chez Hayek, puisque Posner se réfère directement aux avantages que les individus possèdent directement sur le marché, plutôt que sur la maximisation de la liberté ou des anticipations.

Chaque individu participant à une loterie accepte la possibilité de perte et donc consent à la perte lorsqu'elle arrive (ce qui est probable dans les loteries). Si les individus consentent aux règles du jeu et donc à participer au jeu, ils consentent également aux conséquences du jeu, y compris si celles-ci sont néfastes. L'élément central sur le marché est que la participation au jeu a produit des résultats positifs en amont. Dans le cadre de notre exemple de l'usine et du voisinage, les habitants ont ainsi été compensés en amont, car ils ont pu acheter leur maison à bas prix, étant donné le risque qu'une usine s'installe dans le quartier. Ils ont déjà été compensés de leur perte par la pure participation au jeu. De ce fait, Posner passe de l'idée de l'existence d'une compensation en amont à celle d'un consentement : lorsque les individus ont tiré des bénéfices, ils ont consenti. On trouve ici une version légèrement différente de la défense du consentement par participation de Buchanan, puisque, comme je l'ai montré au chap. VIII, le consentement chez Buchanan passe par l'idée que les règles présentes produisent des attentes normatives. Or, chez Posner – qui est moins focalisé que Hayek ou Buchanan sur l'idée d'anticipations et planification pour soi comme composantes essentielles d'un ordre libéral robuste –, l'idée de consentement dérive des gains à la participation : profiter d'une situation – ce qui est presque toujours le cas par définition –, c'est consentir à cette situation. Si les individus participant au processus marchand ont perçu des gains antérieurs, et on ne voit pas dans quelle situation cela pourrait ne pas être le cas, alors ils ont consenti librement. La seule réserve qu'on peut ajouter est que si, dans le processus, le changement de situation a été produit du fait d'une fraude ou d'informations cachées, alors la modification n'a pas été consentie.

L'hypothèse sous-jacente, dans cette argumentation, est que le marché est efficient au sens informationnel, c'est-à-dire qu'il intègre les informations sur le futur mieux qu'aucun individu, et donc que tous les coûts amenés à peser sur les individus dans le futur sont déjà anticipés dans les prix présents du marché. Un prix bas dans le présent implique l'existence de risques dans le futur. Lorsqu'un individu accepte de payer un prix bas, il accepte ainsi implicitement les risques du futur. La justification de Posner pointe cependant dans trois directions : (i) le consentement est acquis si les individus ont tiré des bénéfices des échanges dans le passé, (ii) le consentement est acquis si les individus acceptent les règles du jeu, comme dans l'exemple de la loterie et (iii) le consentement peut être supposé si, au cours du processus

économique, la situation de tous les individus est améliorée. Le problème est qu'il est possible qu'un des trois points soit vérifié sans pour autant que les deux autres le soient. Nous reviendrons sur les ambiguïtés du concept de consentement chez Posner dans la partie suivante.

Deux prémisses importantes sous-tendent l'argument (i) que le marché est efficient et (ii) que le fait de bénéficier du marché à un moment T équivaut à un consentement de ce qui est produit par le marché au moment $T+1$. Sur ce point, Posner produit une défense du marché dans la lignée du premier néolibéralisme, vantant les capacités supérieures de coordination et les bienfaits en termes de bien-être individuels produit par une concurrence réglée (sans fraudes ou asymétries d'informations lors des contrats). Toutefois, Posner franchit un pas supplémentaire en appliquant la même logique aux échanges non marchands, et donc en étendant la logique du marché au-delà des échanges strictement économiques, car le marché comme sphère de l'échange, n'a aucune raison a priori de demeurer cloisonné à la sphère restreinte des échanges de biens et de services – et cela est permis aussi bien par l'outillage analytique économique qu'utilise Posner, que par le paradigme de l'échange qu'on trouvait déjà chez Buchanan. Si on reprend l'exemple de l'opposition entre négligence et stricte responsabilité (*strict liability*), la même logique vaut, en effet, pour un changement des règles de droit :

Une question plus difficile est cependant soulevée par la tentative similaire de fonder sur le principe du consentement des institutions non marchandes, mais dont on peut soutenir qu'elles maximisent la richesse, comme le, très discuté, système de négligence pour la responsabilité en matière d'accidents automobiles. Dans quel sens peut-on dire que le conducteur blessé par un autre conducteur dans un accident où aucun des deux n'était en faute a consenti à la blessure, de sorte qu'il n'a pas droit, dans le cadre d'un système de négligence, à une indemnisation ?

(*Ibid.*, 492)⁷⁶⁸.

Il faut voir ce que seraient les coûts de la conduite dans un système de compensation stricte. Dans l'exemple pris, aucun des deux individus n'est fautif, car la probabilité de l'accident est faible et le coût de l'évitement de cet accident très élevé. Cela correspond au fait que la conduite

⁷⁶⁸ L'original dit : "A more difficult question is raised, however, by the similar attempt to ground nonmarket, but arguably wealth-maximizing institutions, such as the embattled negligence system of automobile accident liability, in the principle of consent. In what sense may the driver injured by another driver in an accident in which neither was at fault be said to have consented to the injury, so as not to be entitled, under a negligence system, to compensation?" (Ma traduction).

comporte toujours un risque minime, et que les assurances dans le cadre d'une responsabilité stricte seraient très élevées, car chacun pourrait être tenu responsable pour les accidents commis. Le corollaire est que le coût de la conduite serait plus élevé. Si les individus sont trop attentifs aux coûts, ils arrêtent tout simplement de conduire car conduire implique au moins un risque minimal. La question que pose Posner est ainsi celle de savoir si les conducteurs choisiraient de payer des coûts importants, à savoir le fait de ne pas pouvoir conduire, ou de payer un coût exorbitant en cas d'accident, pour pouvoir toucher des compensations *ex post* s'ils sont victimes d'un accident ? En étant, au moment présent, victime d'un accident il est certain que chacun peut préférer la seconde option, mais, pour Posner, il est évident que la première option est celle qui serait favorisée par tous les individus, qui préfèrent jouir des bienfaits de la conduite sur le long terme sans payer des coûts assurantiels exorbitants. Il est moins coûteux de souscrire à une assurance pour les accidents, dans le cas où l'individu est victime d'un accident sans être en faute, que de profiter d'une compensation *ex post* dans un système de responsabilité stricte. Les coûts de la conduite incluent déjà les probabilités d'accidents et chacun consent non seulement au prix mais refuserait, en plus, de payer plus cher en considérant les coûts que cela impliquerait. On a une situation de choix entre deux états supposés, par Posner, avec des individus rationnels qui évaluent les probabilités et les prix des deux situations en décidant laquelle est préférable.

L'argument de Posner renvoie au choix hypothétique d'individus rationnels, qui préféreraient tous un système plutôt qu'un autre. On peut donc consentir au préalable rationnellement – mais c'est un consentement virtuel –, ce qui justifie de ne pas avoir accès à des compensations réelles *ex post*. On profite déjà d'un bas coût de la conduite *ex ante*, spécifiquement car nous acceptons les règles de négligence. Posner est totalement conscient du fait que le consentement dont il parle est virtuel. Toutefois, ajoute-t-il, c'est le cas de la majorité des cas en politique, et cela ne peut constituer un argument décisif. Il faut chercher le consentement implicite, avec les outils qui sont les nôtres, et notamment le monde idéal du théorème de Coase :

S'il n'existe pas de mécanisme fiable duquel induire un consentement explicite, il s'ensuit, non pas que nous devons abandonner le principe du consentement, mais plutôt que nous devons rechercher un consentement implicite, comme en essayant de répondre à la question hypothétique de savoir si, si les coûts de transaction étaient nuls, les parties concernées auraient accepté l'institution.

(*Ibid.*, 494)⁷⁶⁹.

Posner introduit une confusion que ne fait pas Buchanan, entre consentement hypothétique et implicite (voir chap. VIII). En effet, dire que des individus rationnels dans une situation de coûts de transactions nuls auraient *hypothétiquement consentis* à une situation actuelle ne signifie en aucun cas que les individus réels *consentent implicitement* à cette situation. Comme nous l'avons montré au chapitre VIII, cet argument est un *non sequitur* car on ne peut inférer d'un consentement hypothétique un consentement réel, pas plus qu'on ne peut inférer de l'existence hypothétique de Dieu son existence réelle. Le concept logique de consentement, pas plus que l'idée de Dieu, n'implique son existence⁷⁷⁰. Même en acceptant l'idée qu'il y a bien des cas où certains bénéfices sont acquis de manière semi-conscientes (par exemple aller habiter à la campagne suppose des bénéfices qui vont avec des inconvénients, comme payer plus cher pour sa voiture, du fait des trajets, et on peut considérer que les individus faisant ce type de choix savent ce qu'ils font), il reste à distinguer entre ce qui relève des conséquences anticipables et ce qui relève de l'incertitude radicale. Je peux, par exemple, anticiper qu'en vivant dans ma petite ville de campagne mon budget essence augmentera – et probablement que le prix du carburant continuera d'augmenter –, mais je ne peux pas anticiper raisonnablement l'implantation d'une usine dans ma petite ville, que j'avais choisis expressément pour éviter ce genre de désagréments. Dans ce dernier cas, les individus ne font aucun choix, ce sont strictement les actions d'autres individus sans rapports avec lui, qui viennent transformer la situation. En interprétant l'argument de Posner comme une défense du consentement implicite, on retombe sur l'explication donnée plus haut : les individus consentent lorsqu'ils ont profité dans le passé, ce qui constitue une transformation importante du concept de consentement, d'autant plus lorsque celui-ci était associé de prime abord avec le concept d'autonomie. On voit bien que Posner, à l'instar de Hayek et de Buchanan, a besoin du concept de consentement pour légitimer l'acceptabilité d'une société libérale, surtout lorsqu'un bien commun transcendant les intérêts particuliers ne peut être une option viable. Ce faisant, il est entraîné à modifier considérablement l'extension de ce concept.

⁷⁶⁹ L'original dit : "If there is no reliable mechanism for eliciting express consent, it follows, not that we must abandon the principle of consent, but rather that we should look for implied consent, as by trying to answer the hypothetical question whether, if transaction costs were zero, the affected parties would have agreed to the institution" (Ma traduction).

⁷⁷⁰ Le parallèle est tiré de l'argument de Kant contre l'argument ontologique qu'on retrouve dans la "Dialectique transcendantale", dans la *Critique de la Raison pure*.

On pourrait arguer qu'il s'agit moins de développer un raisonnement philosophique parfaitement fondé que de rendre raison de ce que font les juges quand ils interprètent des cas délictueux, notamment entre deux individus qui ont passé un contrat et que le contrat est incomplet, c'est-à-dire ne prévoyant pas un cas spécifique⁷⁷¹. Dans certains contrats, il est même admis qu'il y a une information des parties, et notamment de l'acheteur, à s'informer sur les risques futurs – par exemple pour les questions de propriété. Il y a, néanmoins, une différence entre les relations contractuelles marchandes et l'ensemble des choix sociaux faits pour les individus. Le principe du jugement, dans le cas du contrat incomplet, est de savoir si l'un des deux partis a consenti implicitement à cette éventualité en signant le contrat⁷⁷². Pour régler ce cas, il faut se considérer en situation de coûts de transaction nuls, et voir si l'éventualité en question peut être prise en compte dans la situation initiale par les deux individus en fonction de sa probabilité. Prenons un exemple extrême, qui illustre néanmoins cette idée. Si je contracte avec Thomas et m'engage à cuisiner avec lui demain des pâtisseries, sous peine d'une contrepartie versée de ma part à hauteur de 10 euros, et que ce contrat est reconnu devant un tribunal, il est possible que nous nous mettions d'accord sur quelques clauses générales (en nombre limité puisque le contrat ne recouvre pas des sommes importantes), par exemple la nécessité qu'il soit présent à l'heure demandée et ait acheté les ingrédients nécessaires etc. En revanche, si j'apprends, le jour même, qu'un attentat a été commis sur le réseau de transport me permettant d'aller chez lui, le juge, dans l'éventualité où Thomas me traîne devant les tribunaux pour rupture de contrat du fait de mon absence, risque de trancher en ma faveur car la probabilité d'un attentat détruisant la ligne 9 du métro parisien était extrêmement faible et je ne pouvais ainsi consentir au contrat étant donné cet événement. Dans ce cadre, on peut considérer que ma rupture du contrat est efficiente car le coût de réalisation du contrat – les transports étant suspendus pour terrorisme – est supérieur à mes gains au sein du contrat, et supérieur à la compensation que je devrais payer⁷⁷³. Néanmoins, dans le cas du contrat incomplet, il s'agit moins pour les juges de puiser dans une fiction originelle d'un monde sans coûts de transaction que de se replacer dans la situation initiale du contrat dans lequel l'incertitude est importante.

⁷⁷¹ Il est par ailleurs rationnel d'établir des contrats incomplets lorsque le coût de recherche des différentes brèches contractuelles surpasse les bénéfices de contracter. Virtuellement tous les contrats sont ainsi incomplets.

⁷⁷² On peut faire le même raisonnement avec des contrats implicites, par exemple en allant chez le dentiste. Dans ce dernier cas, il est admis que je consens à l'avance à le payer pour son service, et que je suis susceptible de poursuites si ce n'est pas le cas.

⁷⁷³ On peut ainsi dire que tout événement *E* à faible probabilité n'étant pas pris en compte dans le contrat et rendant le calcul de gain espéré positif, s'il advient dans un état du monde, rend la rupture de contrat efficiente au sens où il devient rationnel pour un des partis de rompre le contrat.

Quoiqu'il en soit, le critère éthique du consentement et de l'autonomie comme absence de coercition extérieure illégitime est un critère que Posner associe au marché, qui, dans sa version idéalisée exprimée par le théorème de Coase, devient le modèle de toute décision politique et éthique. On retrouve une forme de circularité commune aux premiers néolibéraux, puisque le modèle du marché comme instrument de coordination et de production de biens devient le critère normatif légitimant l'activité juridique et politique visant à transformer le marché réel. Posner franchit, néanmoins, un pas supplémentaire car la rationalité marchande est exportée hors de la sphère marchande pour devenir le critère éthique pertinent pour toute la sphère sociale⁷⁷⁴. Plus encore, le critère éthique qui permet de juger des bienfaits d'une situation de marché relève de la version idéalisée du marché, qui correspond à l'idéal d'autonomie et d'émancipation individuelle. Il s'agit de réaliser ou de faciliter la réalisation d'une société fondée sur l'idéal du marché libre, que Posner explicite :

Le marché parfaitement libre, dans lequel il n'y a pas d'externalités négatives (*third-party effects*), est paradigmatique de la façon dont l'utilité est promue de manière non coercitive, par le biais de transactions volontaires d'individus autonomes qui recherchent leur propre utilité. Le système de maximisation de la richesse est constitué d'institutions qui facilitent ou, lorsque cela n'est pas possible, rapprochent approximativement les opérations d'un marché libre et maximisent ainsi le comportement autonome de recherche d'utilité. Parce que la recherche de l'utilité dans un marché nécessite d'inciter les autres à s'engager dans des transactions avantageuses pour eux-mêmes, la richesse est automatiquement transférée à ceux qui possèdent des actifs productifs, qu'il s'agisse de biens ou de temps. De la même manière, ceux qui n'ont pas d'actifs productifs n'ont aucun droit éthique sur les actifs des autres. Ce résultat ne maximise pas nécessairement l'utilité ; il est bien sûr désagréable pour ceux qui croient que l'individu est séparable de ses compétences, de son énergie et de son caractère. Il est cependant cohérent avec le désir, ancré dans les principes d'autonomie et de consentement, de minimiser la coercition.

(*Ibid.*, 497)⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ Heath (2014, 146-172) défend exemplairement la nécessité de distinguer des provinces de validité pour l'efficacité, qui ne peut valoir en dehors de la sphère marchande. Melkevik (2022) développe cet argument en distinguant cinq différents types d'efficacité à faire valoir en fonction des sphères sociales considérées.

⁷⁷⁵ L'original dit : "The perfectly free market, in which there are no third-party effects, is paradigmatic of how utility is promoted noncoercively, through the voluntary transactions of autonomous, utility-seeking individuals. The system of wealth maximization consists of institutions that facilitate, or where that is infeasible approximate, the operations of a free market and thus maximize autonomous, utility-seeking behavior. Because utility seeking in a market requires inducing others to enter into transactions advantageous to them, wealth is automatically transferred to those who have productive assets, whether goods or time. By the same token, those who have no productive assets have no ethical claim on the assets of others. This is not necessarily a result that maximizes

Ce résultat n'est pas accidentel, car la défense de l'efficacité pour Posner est intrinsèquement liée à une défense du modèle idéal du marché, supposé respecter, si ce n'est réaliser, l'autonomie et le consentement individuel. La spécificité de la position libérale de Posner est de faire du marché le cœur normatif de l'organisation sociale, c'est-à-dire que les principes de respects des droits individuels, d'autonomie, de consentement et de non-coercition qui sont propres au libéralisme, ne sont réalisés qu'à travers le modèle du marché qui fournit un utilitarisme sous contrainte, où la contrainte est le consentement compris de la façon développée ci-dessus (*Ibid.*, 498). Posner, comme les ordolibéraux, Lippmann ou Hayek avant lui, et Buchanan dans les mêmes années, ne propose pas uniquement une analyse économique du droit, mais aussi une défense éthique et politique du marché. Une société dans laquelle il ne peut y avoir de mode de coordination extérieur, de point de vue social favorisé, doit passer par l'arrangement spontané des actions privées, rendues compossibles par un système de règles commun. La norme issue de la sphère économique, le marché, n'est pas *strictement économique*, car ses valeurs imbibent les autres domaines, notamment l'éthique (puisque le critère d'efficacité, provenant d'un modèle idéalisé de fonctionnement du marché, constitue une éthique normative), et politique (puisque le marché diminue la coercition et réalise l'autonomie).

Tout comme Buchanan, Posner est entraîné à appuyer sa propre position sur celle de Rawls. Cette comparaison ne vise pas, comme chez Rawls (voir chap. VIII), à reconnaître un accord raisonnable des individus sur des principes de justice, mais à montrer que des individus en position originelle, se mettraient d'accords pour soutenir sa propre défense du libéralisme. Chez Rawls, en effet, le marché possède un rôle instrumental, permettant notamment la liberté d'occupation ou encore la production d'incitations. Mais le marché n'est jamais hissé au rôle de principe normatif fondamental comme chez Posner. Posner, comme les autres néolibéraux, se distingue ainsi en ce que le concept de marché n'est jamais relégué à un rôle instrumental, mais consiste la norme d'après laquelle le droit et la politique doivent être organisés. On ne gouverne pas avec le marché, mais *par* le marché et donc *avec les critères* du marché, qui sont les seules légitimes.

utility; it is of course uncongenial to those who believe that the individual is separable from his endowments of skill, energy, and character. It is consistent, however, with a desire, rooted in the principles of autonomy and consent, to minimize coercion" (Ma traduction).

Au-delà de la critique standard adressée à la position originelle et relative à l'aversion au risque excessive proposée par Rawls⁷⁷⁶ – à laquelle j'ai répondu au chapitre VIII – Posner critique Rawls à partir d'une intuition morale forte qui est constitutive de son propos et une conséquence de sa position éthique : la position originelle donne trop d'importance aux préférences des individus non productifs (*Ibid.*, 498-499). De façon étrange, Posner critique la position originelle pour ses conséquences morales, du fait qu'elle produirait des situations type surfers de Malibu – la situation dans laquelle certains individus profiteraient de la coopération sociale, sans eux-mêmes participer à la production sociale, par exemple en surfant toute la journée à Malibu⁷⁷⁷. Cette intuition morale de ne pas donner de droits aux individus non productifs se trouve ainsi être un élément fort de la position posnérienne puisqu'elle est à la fois une conséquence de sa théorie et une raison de ne pas considérer celle de Rawls sérieusement. Au contraire de la position originelle, Posner exprime qu'il fait appel à des individus réels sous condition d'ignorance naturelle et d'incertitude, à l'instar du voile d'incertitude de Buchanan et Tullock. Pour autant l'appel au monde idéal du théorème de Coase n'est pas moins artificiel que la position originelle de Rawls. Lorsque Posner revient en 1985 sur l'idée du consentement et du changement de régulation, il mobilise d'ailleurs le même critère de choix que Buchanan, à savoir l'acceptation hypothétique à l'unanimité du changement si celui-ci était soumis au vote⁷⁷⁸, ce qui n'est pas, comme je l'ai déjà montré, "plus réaliste" que la position de Rawls.

À la fin des années 1970, Posner est donc passé d'une analyse économique du droit, mobilisant le critère d'efficacité d'un point de vue essentiellement descriptif dans le cadre limité du jugement en *common law*, à une véritable défense philosophique du libéralisme fondée sur l'efficacité. À bien des égards, et y compris pour les néolibéraux dont nous avons traité auparavant, la théorie posnérienne peut être considérée comme un réductionnisme economiciste. Néanmoins, Posner répond à la question centrale des néolibéraux, à savoir les modalités de conceptions d'un critère à même de déterminer les règles du jeu, qui permettent

⁷⁷⁶ "It has, however, long been remarked that the maximin theory has some implications that seem hardly acceptable. It implies that any benefit, no matter how small, to the worst-off member of society, will outweigh any loss to a better-off individual, provided it does not reduce the second below the level of the first. Thus, there can easily exist medical procedures which serve to keep people barely alive but with little satisfaction and which are yet so expensive as to reduce the rest of the population to poverty. A maximin principle would apparently imply that such procedures be adopted" (*Ibid.*, 498).

⁷⁷⁷ L'expression est demeurée en philosophie politique, pour donner suite au débat entre Van Parijs et Rawls en 1987. Pour la position, radicale, de Van Parijs, voir Van Parijs (1991).

⁷⁷⁸ Je ne développerai pas la relation de Posner à Rawls, qui est par bien des aspects moins riche, soutenue et originale que ce la relation de Buchanan à Rawls. Je renvoie donc à mon chapitre VIII pour la discussion de ces points. Le fait que Posner se réfère substantiellement à Rawls montre, cependant, l'importance de Rawls dans la nébuleuse néolibérale, et ce non seulement comme un repoussoir théorique.

au marché de fonctionner de manière la plus efficace possible pour organiser les affaires humaines. Cela permet d'explicitier son inscription dans la problématique néolibérale au long cours, telle que je cherche à la ressaisir dans cette thèse. La particularité de la position de Posner consiste à utiliser le théorème de Coase comme fondement normatif et comme conceptualisation idéalisée du marché, pour appliquer ses résultats au monde réel et imiter le marché idéal dans les procédures juridiques. Le marché fournit sa propre normativité pour modeler le cadre juridique. Ce mouvement d'exportation de la rationalité économique au-delà d'elle-même est caractéristique d'un second moment du néolibéralisme, qu'on retrouve chez Hayek avec l'idée d'un marché concurrentiel des normes sociales, ou encore chez Buchanan avec le modèle de l'échange économique au fondement de sa théorie politique. Pour faire accepter cette normativité fournie par le modèle du marché, Posner est amené à développer une théorie originale des bienfaits de la maximisation de richesse produite par le marché, et à puiser dans les ressources des théories contractualistes pour montrer que la maximisation de richesse est un idéal normatif acceptable par tous. L'entreprise de justification de Posner le conduit donc sur le terrain de la philosophie politique et morale, tout comme cela avait été le cas pour Hayek et Buchanan – Lippmann ayant effectué le chemin inverse. Comme ces deux autres importants théoriciens, le propos de Posner rencontre à différentes étapes le problème classique des néolibéraux, à savoir les difficultés à fonder la normativité de son critère à partir de la reconnaissance de l'autonomie individuelle, sans imposer des conceptions morales particulières, notamment la préférence pour les individus productifs et l'intuition morale selon laquelle les individus pauvres n'ont aucun droit à réclamer les fruits de la coopération sociale. Ce faisant, Posner est également amené à proposer une conception radicalement déflationniste de l'autonomie, réduite à un consentement hypothétique.

Ces difficultés conceptuelles, et la partialité propre à l'approche posnérienne, ont été soulignée dès le début des années 1980, tout particulièrement dans un numéro de la *Hostra Law Review* consacré au critère d'efficience en philosophie du droit. Dans ce numéro, plusieurs théoriciens importants, au premier rang desquels Ronald Dworkin, mettent en avant les multiples failles conceptuelles de la théorie posnérienne et sa défense de l'efficience. Posner reconnaitra par la suite que ses positions philosophiques n'ont convaincu personne d'autre que lui-même, ce qui l'incite à opérer un tournant pragmatiste dans la justification de sa défense du marché et de la maximisation de richesse comme idéal normatif à partir du milieu des années 1980. Ces critiques internes au projet posnérien nous renseignent aussi sur les difficultés propres au traitement de la problématique néolibérale chez Posner. En effet, Posner offre une

clef de résolution de notre problème relatif à l'énonciation et la modification des règles, par le biais d'un usage de l'analyse coût-bénéfice, opérationnalisée avec le critère de maximisation de la richesse. Cela dit, l'usage d'un tel critère, d'un point de vue analytique, mais aussi du point de vue de la justification de ce critère d'énonciation des normes d'une société libérale, déplie toute une série de problèmes qui renvoient aux difficultés que nous avons déjà rencontré, sous d'autres formes chez les autres néolibéraux. D'un point de vue analytique, le critère d'efficience est attaqué de toute part comme réintroduisant, chez les juges, un point de vue épistémiquement favorisé ; du point de vue de la justification, l'efficience fonctionne comme une fondation systématiquement accessible, ce qui pose la question de la validité d'une telle norme fondamentale, qui sera attaquée de toute part. La mention des débats et controverses dans la section suivante est ainsi à lire comme un révélateur des hypothèses spécifiques de Posner au sein de la problématique néolibérale.

3. La faillite d'une fondation normative de l'efficience

Les justifications philosophiques que donne Posner pour défendre son critère d'efficience comme critère pouvant guider le choix social, que j'ai restitué dans la partie précédente, posent à leur tour des problèmes importants. Dans cette partie, je reprendrai particulièrement des arguments, à mon avis décisifs, formulés par Dworkin (1980a, 1980b), Kronman (1980) et Coleman (1998, chap. 3 et 4), réitérés de nombreuses fois depuis⁷⁷⁹, contre la position philosophique posnérienne. Ces critiques ont certainement nourri par la suite la hantise de Posner contre la philosophie morale et politique⁷⁸⁰, en motivant le tournant pragmatiste de sa pensée, qui abandonne l'idée de *justification*, pour une défense pratique du libéralisme.

Comme il apparaîtra dans les critiques que je développerai dans cette partie, la justification posnérienne d'un critère légitimant l'économie de marché et la transformation des règles du droit, de façon à favoriser et encourager le modèle du marché, est construite tout entière sur une tautologie conceptuelle et une confiance dans les bienfaits du processus marchand. La tentative de venir justifier du dehors l'existence du marché, et donc de justifier

⁷⁷⁹ Néanmoins, à ma connaissance ces discussions n'ont pas été restituées en détail en français. On en trouve des mentions chez Harnay et Marciano (2003).

⁷⁸⁰ Ryerson (2000) rapporte les propos de Posner : "I hate the moral philosophy stuff. It is theology without God (...). I don't like theology with God, I don't like theology without God. It's preachy, it's solemn, it's dull. It's not my cup of tea at all."

des règles du jeu indépendamment du jeu lui-même, reconduit une partie des problèmes structurants du néolibéralisme. Un certain modèle du marché, chez Posner le modèle idéalisé du monde sans coûts de transaction, demeure l'instance de véridiction d'après laquelle édicter le droit – en bref, il s'agit de la valeur cardinale de son – mais pas seulement du sien – libéralisme. Néanmoins, 'le marché' est composé de plusieurs éléments éventuellement en tension. Chez Posner, plusieurs modèles apparaissent, sans pour autant référer aux mêmes choses, ce qui obscurcit sa référence au marché comme fondement normatif d'arrangements institutionnels acceptés par tous et dans l'intérêt de chacun. Posner, du fait des problèmes philosophiques liés à la justification de l'efficacité, est donc amené à affaiblir sa thèse, et à ne défendre l'efficacité que comme critère pour la *common law*. Néanmoins, même cet affaiblissement, distinguant entre sphère de la productivité et sphère de la distribution, l'efficacité ne valant que pour la production, demeure insatisfaisant, car la position de Posner n'admet pas d'autre critère, par exemple un critère de justice, ni n'explique les *trade-off* à opérer entre efficacité et autres critères. Posner est entraîné vers un dilemme théorique, que nous avons désormais maintes fois observé depuis notre chapitre IV : ou bien il propose une *justification normative* et une *théorie du droit* à même de défendre et de légitimer l'idéal d'une société de marchés concurrentiels, mais dans ce cas il prête le flan au *problème épistémique* constitutif du néolibéralisme; ou bien il abandonne l'idée d'une justification bien fondée et d'une théorie du droit hiérarchisée, en accord avec l'impossibilité de faire émerger la connaissance à même de produire ce point de vue, et la théorie de l'édiction et de la transformation des règles, ainsi que la justification normative des bienfaits d'une société de marchés concurrentiels, semble incomplète. L'intérêt de Posner, dans ce chapitre, est de faire apparaître les deux faces de ce dilemme chez un même théoricien, comme nous le verrons.

3.1 Les problèmes de la *willingness to pay*

L'efficacité est fondée sur la *willingness to pay*, à savoir qu'on maximise la richesse à partir du moment où les droits sont attribués à ceux qui les valorisent le plus. Ce critère pose des problèmes lorsque la *willingness to pay* est déterminée par la distribution donnée des droits, puisque les individus peuvent valoriser davantage des biens qu'ils possèdent, par effet d'ancrage et d'aversion à la perte, ou au contraire favoriser des biens qu'ils ne possèdent pas (l'herbe est toujours plus verte ailleurs). Si on autorise cette variabilité des préférences, alors on court le risque de la cyclicité. En effet, un individu pourrait vouloir un bien et une fois le bien obtenu

décider de s'en séparer pour pouvoir le désirer à nouveau (Dworkin, 1980a). Cette particularité est relativement indésirable, car elle introduit une cyclicité qu'on considère généralement comme irrationnelle. Il est, néanmoins, possible de donner certains cas qui peuvent vérifier ce phénomène. Si les humains oscillent entre désir et ennui, comme le postule Schopenhauer, il peut par exemple être rationnel d'abandonner un bien récemment acquis, pour goûter au plaisir de son acquisition à nouveau. Le point important de l'exemple précédent est qu'il y a une dépendance à l'attribution initiale du bien. C'est si je possède le bien que je le valorise, ou au contraire si je ne le possède pas. Dans les deux cas, la *willingness to pay* dépend de la possession ou non du bien. Le prix d'un bien connaît donc une dépendance au sentier, qui déforme les valuations individuelles.

Deux éléments viennent poser des problèmes pour la maximisation, à savoir la circularité éventuelle des préférences individuelles en fonction de l'attribution des droits de propriété, et la dépendance de la capacité à payer vis-à-vis d'une attribution originelle des droits, qui rend le critère d'efficacité extrêmement conservateur.

3.2 L'attribution originelle des droits

Comme nous l'avons déjà vu, Posner tente de répondre à cela avec un marché originel des droits de propriété. L'idée d'un tel marché introduit, cependant, de nombreux problèmes. En effet, si je me demande dans quelles conditions je peux avoir le droit à mon propre travail en fonction de ma capacité à payer, c'est que je considère déjà que j'ai une capacité à payer qui *m'appartient* et donc que la monnaie *m'appartient déjà*. En somme, j'ai déjà des droits de propriété. La *willingness to pay* ne peut pas fonder les droits de propriété, car pour qu'il y ait *willingness to pay* il faut des droits de propriété. Posner introduit l'idée d'une situation originelle dans laquelle la propriété sur soi est mise aux enchères, pour régler ce problème. Toutefois, si on retranscrit cette situation dans un état de nature, cela ne résout pas notre problème, car dans un état de nature personne ne possède rien et ne peut donc payer quoi que ce soit.

De plus, même en imaginant la situation avec un commissaire-priseur capable d'attribuer effectivement des droits, en fonction de la productivité espérée des individus et donc de leur capacité future à payer – pour surmonter l'impossibilité conceptuelle que je viens de mentionner – l'argument de Posner ne peut pas démontrer ce qu'il prétend. Imaginons que je sois en concurrence avec Posner pour savoir qui possède les droits sur mon propre travail –

puisqu'il s'agit précisément ici de savoir comment octroyer ces droits de propriété sur soi-même. On peut, bien sûr, dire qu'il est maximisateur de m'octroyer le droit sur mon travail parce que ma productivité baisserait si j'étais esclave de Posner, comme le montrent les données historiques sur la productivité des esclaves. Cela dit, imaginons que Posner possède des compétences managériales hors du commun et qu'il est capable de me motiver davantage en possédant les droits sur mon travail que ce que je suis capable de produire si je suis laissé à moi-même. Dans le second cas, on autorise une forme d'esclavage. Quoiqu'il en soit, en fonction du narratif qu'on développe sur ce qui se passerait dans cet état originel, dans lequel les droits sont distribués, on peut aboutir à des attributions différentes de droit. Le point important est qu'il n'existe pas un argument décisif permettant d'établir que les droits doivent systématiquement aller aux individus, pour leur propriété de soi. En somme, l'hypothèse de Posner ne démontre rien, et aboutit à une "conclusion répugnante" quant au problème crucial de l'attribution originelle des droits⁷⁸¹.

3.3 Qu'imite-t-on dans le marché ?

Admettons néanmoins que le propos de Posner ne vaille que pour les situations actuelles, et partent d'une distribution donnée des droits de propriété. L'idée forte de la philosophie de Posner est que le droit doit réaliser ce qui se serait produit si le marché existait sans coûts de transaction, puisque les coûts de transactions réels impliquent des défaillances de marché. Posner interprète cela comme une réalisation du résultat produit par le marché, à savoir la maximisation de richesse. Néanmoins, cela est une interprétation qui est menée au prix d'une réduction de ce que peut vouloir dire *imiter le marché*. En effet, le sens de l'expression 'imiter le marché' dépend de ce qu'exactly on imite dans le marché, ainsi que du modèle de marché que nous avons à l'esprit. Pour Posner, il est explicite que le modèle qui est celui de référence est le marché du théorème de Coase. Pourtant, deux grandes différences existent entre le modèle de Coase du marché comme échanges mutuellement avantageux entre individus rationnels et le modèle de Posner.

⁷⁸¹ On appelle généralement "conclusion répugnante" la conséquence d'une théorie qui donne des raisons d'interroger ses principes. L'exemple initial se trouve dans Parfit (1984), qui compare le niveau de bonheur de populations, et montre que la conclusion d'un raisonnement comparatif aboutit au fait de dire qu'un groupe B au niveau de bonheur moyen plus bas que A lui est supérieur car ses membres sont plus nombreux. Cela signifierait qu'il vaut mieux une société peuplée de nombreux individus dont la vie est à peine meilleure que la non-existence, plutôt qu'une société composée d'individus moins nombreux au niveau de bonheur élevé.

La première différence a été notée par Jules Coleman (1998, 88) et porte sur l'identification du modèle de l'échange. Il existe en réalité trois modèles différents : le modèle de Coase qui est celui d'une négociation entre individus rationnels cherchant l'avantage mutuel ; le modèle du marché à n agents où les agents ne négocient pas mais sont preneurs de prix (*price takers*) et donc achètent des biens à leur prix d'équilibre ; et le modèle de la mise aux enchères (*auction*). Lorsqu'on dit qu'on imite le marché, il faut donc préciser *quel marché* on imite. Posner se réfère au premier marché comme le modèle normatif idéal, mais son modèle de marché est celui d'une mise aux enchères des droits de propriétés, qui appartiennent à l'issue de l'enchère à l'individu ayant la *willingness to pay* la plus élevée (*highest bidder*). Or, le modèle de l'enchère est particulier. Dans un marché réel, les individus n'achètent pas aux enchères, mais prennent les prix. Plus encore, le modèle de l'enchère justifie, pour Posner, un élément important qui est l'absence de compensation dans l'efficacité de type Kaldor-Hicks. En effet, lorsque je gagne une enchère le bien revient bien, par définition, à celui qui le valorise le plus (sinon je n'aurais pas gagné les enchères). Mais l'enchère ne produit, à proprement parler, pas de perdants. Ceux qui désiraient également le bien en question mais n'ont pas gagné l'enchère ne sont pas moins bien lotis qu'auparavant, mais demeurent dans une situation identique à leur situation d'origine, car ils n'ont pas dépensé leur argent pour ledit bien sans le posséder. On peut, bien sûr, admettre que ces individus sont perdants, dans le sens où ils ont perdu leur temps, et que leurs désirs ont été déçus, mais on ne considérera pas généralement que ces individus sont perdants, dans le sens où leur situation se dégrade sensiblement par suite de la loterie. Or, les situations d'enchère sur des droits n'impliquent pas cette conséquence, puisque celui qui gagne l'enchère sur un droit à polluer *rend la situation pire pour les autres individus*, qui se font polluer. En imitant le modèle de l'enchère sans compensations, Posner fait un choix normatif important quant au modèle du marché qu'il sélectionne, et ce choix ne va pas de soi, précisément lorsque l'enchère produit des perdants. Si, dans l'enchère classique, la compensation n'est pas accordée c'est parce que la situation ne produit pas de perdants. Dans ce cadre, celui qui voudrait que les perdants soient compensés devrait supporter la charge de la preuve. Toutefois, dans le cas d'une application de ce modèle à des situations qui ne sont plus des mises aux enchères classiques, on ne voit pas pourquoi on devrait refuser les compensations et s'écarter du *gold standard* qu'est le critère de Pareto. En effet, si le modèle normatif d'autorité est celui de Coase, il faudrait, au contraire, introduire des compensations pour faire en sorte que l'échange soit *effectivement* à l'avantage de toutes les parties. Un argument qui peut être mobilisé est celui de la faillite de l'action gouvernementale, qui implique des coûts d'information trop élevés pour mettre en place des compensations. Mais, là encore, l'argument

peut être retourné contre le modèle de la mise aux enchères (*Ibid.*, 90-91), car si le droit doit être attribué à celui qui aurait été l'acheteur dans un monde sans coûts de transaction, on doit se demander comment exactement les informations sur cette situation idéale sont obtenues, et si les coûts d'information pour arriver à déterminer cette situation hypothétique ne sont pas trop élevés pour mener cette fiction à bien. Il faut bien que les juges s'imaginent ladite situation de marché, puisque précisément il n'y a pas de marché pour la *willingness to pay* des individus, sans quoi il n'y aurait pas besoin d'imiter le marché, car ce marché existerait *de facto* déjà⁷⁸² !

La seconde différence ne relève pas de *la question du modèle qu'il s'agit d'imiter*, mais de *ce qu'il s'agit d'imiter* dans le marché. Ce qui rend le théorème de Coase admirable c'est qu'il propose une situation idéale dans lequel les échanges de droits entre individus se font de manière *explicitement consentie*, car dans l'avantage de tous les partis. Toutefois, lorsque Posner défend la maximisation des richesses, il ne se réfère jamais à cette caractéristique qui rend le processus de l'échange sur un marché désirable, mais uniquement au résultat produit dans le théorème de Coase selon lui, à savoir l'efficacité au sens du critère Kaldor-Hicks. Ce qui est sélectionné au sein du modèle du marché c'est donc un élément particulier et non tout le modèle. Cette sélection n'est pas anodine car elle consiste en un tour de force théorique : *conserver l'idéal normatif du consentement et de l'avantage mutuel sans conserver, ce qui, dans le marché, est précisément ce qui réalise cet idéal*. Le modèle du marché comme échange, qu'on retrouve chez Buchanan, possède une qualité absente du modèle du marché comme mise aux enchères, qui entre précisément en tension avec le modèle de l'échange. C'est pour cette raison que Posner est amené, par la suite, à introduire des contorsions conceptuelles pour tenter de réintroduire le consentement et l'autonomie dans sa théorie.

3.4 Les vertiges du consentement hypothétique

Ce qui est séduisant dans le consentement consiste en ce que l'échange est le résultat d'un accord entre individus. Si on veut éviter toute instrumentalisation du consentement, il faut donc situer *dans les individus eux-mêmes* l'instance de légitimation de l'échange et du choix. Dans ce cadre, il faut donc également accepter une conséquence éventuellement néfaste à savoir que les individus consentent à des situations qui ne sont pas maximisatrices de richesse ou, pire

⁷⁸² L'argument retournant le concept de coûts d'information contre le concept normatif d'efficacité de la *common law* chez Posner est développé chez Rizzo (1980) et Arenson (1992).

encore, des actions contre la maximisation de richesse. Si on ne laisse pas cette possibilité ouverte, alors l'utilisation du consentement est précieuse, car c'est uniquement lorsque le consentement peut être refusé qu'il y a un sens à se référer au consentement comme instance de justification. Cette possibilité est très largement laissée ouverte chez Buchanan et Lippmann, et implique chez eux un problème symétrique à celui de Posner : leur philosophie politique autorise des situations dans lesquelles le marché est réduit. Chez Posner, au contraire, le consentement est réduit au strict minimum, de façon à toujours être réalisé par le marché ou en imitant le marché.

Un consentement contrefactuel, faisant appel à des compensations *ex ante* comme celui de Posner, est un consentement qui ne permet d'énoncer aucunes raisons selon lesquelles je devrais être contraint de faire quelque chose que j'aurais, mais que je n'ai pas, consenti (Dworkin, 1980b, 575). L'appel à l'autonomie des individus fonctionne à contre-emploi, puisqu'il s'agit de se référer à l'autonomie virtuelle des individus pour contraindre l'autonomie réelle de ceux-ci. L'appel à une position soi-disant plus réaliste que celle de Rawls, en catégorisant l'ignorance comme naturelle puisque les individus connaissent effectivement leur identité, pose le problème évident du fait qu'il ne s'agit pas du consentement réel. Un voile plus ou moins épais demeure une construction artificielle et hypothétique, et l'épaisseur du voile ne fait qu'exprimer les préférences de celui qui construit cette fiction, surtout lorsque la justification des paramètres du voile est aussi peu développée que chez Posner⁷⁸³. Comme l'exprime Dworkin, la sélection d'un degré d'ignorance dans un choix contrefactuel demeure principalement arbitraire, et des sélections différentes pourraient faire advenir des règles totalement différentes. En réalité, Posner ne fait que présupposer ce qu'il cherche à montrer, à savoir que le fonctionnement d'une société de marché est non seulement accepté par les individus, mais est en plus acceptable au plus haut degré de justification. Que cela soit vrai ou faux, la justification de cette thèse n'est pas possible par le biais d'un appel à une position hypothétique fantasmée, et Posner est finalement amené sur le même terrain que Buchanan, à savoir à dériver le consentement des individus de leur participation au jeu social par le truchement d'un consentement tacite. Le consentement peine alors à produire une instance de légitimation, alors qu'il semblait être le seul concept à même de remplacer l'expertise – qui est une possibilité fermée par la critique épistémologique néolibérale, qui refuse l'expertise et la planification du fait d'un déficit structurel d'informations.

⁷⁸³ Sur ce point encore je renvoi à mon chapitre VIII, car la position de Posner est moins développée, robuste et justifiée que chez Buchanan.

Tout cela implique un problème au niveau de la justification. Le marché doit être favorisé, mais on ne sait pas vraiment selon quelle valeur, car aucune valeur de peut être posée hors du marché. En effet, si le consentement supposé des individus provient du modèle idéalisé du marché dans le théorème de Coase, alors l'autonomie individuelle légitimant le marché est précisément celle qui est supposée se révéler dans l'échange marchand. Le problème est celui de la difficulté de fonder la justification sur autre chose que sur un état de fait. Si les individus sont réellement autonomes, et donc qu'ils sont capables de choisir, au moins par séquence, le type de personnes qu'ils veulent devenir, et le type de choix qu'ils peuvent faire, bref qu'ils sont bien capables de faire preuve d'une attitude constitutionnelle, ce que Buchanan acceptait, alors il faut laisser la possibilité qu'ils fassent des choix n'allant pas dans le sens de l'efficacité, voir qu'ils refusent ce critère comme systématique. C'est le même phénomène qu'on observe lorsque Posner argumente en exprimant que la société libérale organisée sur le modèle du marché maximisant la richesse est producteur de vertus.

3.5 La production de valeurs morales

Les valeurs morales que Posner met en avant sont diverses, mais les deux plus importantes sont certainement l'altruisme et la bienveillance⁷⁸⁴. Dans les deux cas, l'idée est la même, à savoir que les individus sont bienveillants ou altruistes à partir du moment où ils sont productifs, car ils participant au florissement de la société. Cela signifie, par exemple, que si j'implante mon usine dans un voisinage, et que la pollution réduit l'espérance de vie de tous les enfants du quartier pour produire des matériaux chimiques et récupérer tous les bénéfices, je suis bienveillant et altruiste, à partir du moment où la quantité de richesse créée par mon activité est supérieure à ce que peuvent valoir les années perdues dans le futur pour les enfants du quartier⁷⁸⁵. Cet exemple vient, bien entendu, choquer notre intuition morale, qu'on peut

⁷⁸⁴ Les "vertus protestantes" constituent un cas exemplaire problème fondationnel, puisqu'elles sont le produit d'une société libérale. En tant que produits de cette société, elles ne peuvent servir de critères extérieurs permettant d'en juger les bienfaits. En plus de ce problème logique, s'ajoute le fait que certaines vertus défendues par Posner semblent contre-intuitives, par exemple le fait de ne pas accorder de droits aux non productifs, tandis que d'autres semblent indifférentes. La ponctualité est certainement une qualité qu'on peut apprécier, mais cette vertu morale ne constitue pas un fondement solide pour l'organisation sociale.

⁷⁸⁵ Pour faire un calcul sur des années de vie on peut passer par différents types de procédés. On peut, par exemple, proposer une estimation du prix d'une vie à partir du niveau de salaire supplémentaire que les individus sont prêts à payer pour un métier à risque. Si je suis prêt à gagner 500 euros de plus que les autres métiers équivalents pour un travail avec une probabilité de 0.01 de mourir, alors on peut estimer mon estimation de ma vie à 50 000 euros. Dans le cadre des enfants on peut tenter des estimations avec ce que font les adultes de leur milieu socio-économique, en appliquant un taux d'escompte, puisqu'ils perdent des années lointaines, qui valent moins que les années présentes.

supposer partagée. Le problème est évident : la moralité d'une action ne tient pas à des faits, mais à des intentions. On ne dira pas que j'ai été généreux et bienveillants si *par accident* je laisse tomber un billet de 50 euros devant un sans-abris. En revanche, si je fais la même action intentionnellement je fais certainement preuve d'une forme d'altruisme. L'argument de Posner ne porte donc pas sur *la moralité* des actions et la *désirabilité morale* de la maximisation de richesse, mais constitue en fait un argument de type main invisible. C'est-à-dire que chaque individu ne visant que son propre intérêt maximisateur accomplit un bien futur pour la communauté. On peut peut-être défendre cet argument du bienfait indirect pour certaines circonstances⁷⁸⁶, mais il présuppose davantage qu'il ne montre que le marché est efficace pour produire un bien à l'avantage de tous. Ici encore, la défense de l'efficacité comme maximisation de la richesse suppose une autre forme d'efficacité du marché, à savoir une efficacité allocative dans une situation future, situation dans laquelle tous les individus seront mieux pourvus que dans l'actuelle. On distribue mieux en maximisant les richesses qu'en visant directement à distribuer en étant altruiste.

Il est donc nécessaire de passer à un autre argument, celui de la justice. Comment peut-on décrire cet idéal de justice permettant de dire qu'il est plus juste de maximiser la richesse que de distribuer pour un instant donné ? Il faut arriver à définir cela de manière non circulaire, sinon on dira uniquement qu'est juste ce qui émerge du processus marchand, et on commettra une nouvelle tautologie. Posner refuse l'utilité moyenne et totale dans ses critiques de l'utilitarisme, et refuse également le *maximin* de Rawls. Il semble, lorsqu'il s'exprime sur ces questions, plus proche d'une forme de théorie méritocratique dans laquelle les biens vont ceux à qui les méritent car ils ont été productifs⁷⁸⁷. On retrouve, en effet, à de nombreuses reprises l'idée que dans une société maximisant les richesses, les individus non productifs sont laissés de côté. Cela constitue même un argument, pour Posner, pour refuser la perspective rawlsienne. Toutefois, la théorie posnérienne ne permet pas de produire une théorie de la justice indépendamment de l'efficacité, puisque le mérite est lui-même défini comme inhérent au processus juridico-économique de répartition des biens. Avoir de la richesse c'est être productif et donc la mériter. On ne peut pas définir un ensemble de talents qui devraient être récompensés

⁷⁸⁶ Pour le cas développé plus haut de l'usine et de l'espérance de vie des enfants il est néanmoins probable que même en acceptant l'argument de type main invisible on considèrera que les droits des enfants sont non transférables car principiels et donc que toutes les atteintes à ces droits ne peuvent être justifiées par un argument économique. Pour une discussion sur la principialité des droits économiques vis-à-vis des autres, voir notamment Melkevik (2020, chap. 5).

⁷⁸⁷ Cela ne va pas de soi pour les néolibéraux plus généralement. Hayek (1976, a,c), refuse très largement l'idée de mérite, comme je l'ai montré au chap. VI. Lippmann, en revanche, comme nous l'avons vu au chap. V, utilise la métaphore de la course pour défendre une conception méritocratique de la concurrence.

de façon absolue et indépendamment du processus marchand, car les mérites dépendent des sociétés, de la technologie et des goûts. Par exemple, quelqu'un de doué au basketball ne peut être récompensé que si le basketball existe, et donc il ne peut exister de mérites indépendamment du processus marchand lui-même. Aucun ensemble particulier de talents ne peut être défini qui puisse fonctionner comme une norme pour savoir si la société réalise ou non la récompense de ces mérites⁷⁸⁸. Pire encore, et Posner reconnaît lui-même le problème, son critère peut récompenser des individus qui, de toute apparence, ne méritent rien :

Le producteur à succès d'une émission de télévision puérile qui gagne 500 000 dollars par an serait, dans un système de maximisation de la richesse, considéré comme une personne meilleure et plus productive qu'un ouvrier qui gagne 10 000 dollars. Mais le producteur n'est peut-être pas plus productif qu'un scientifique qui ne gagne que 50 000 dollars, car ce dernier peut conférer à la société d'importants avantages externes, c'est-à-dire des avantages dont il ne profite pas en percevant un revenu plus élevé pour lui-même.

(Posner, 1985, 99)⁷⁸⁹.

Ainsi, non seulement la théorie posnérienne ne trouve pas de justifications externes au régime d'existence des marchés concurrentiels, mais en plus elle aboutit à des résultats qui semblent aller contre toute idée intuitive de la justice⁷⁹⁰. En effet, dans une situation où les inégalités de richesse sont déjà présentes, le critère de maximisation de richesse produit une forme d'anti-principe de différence, en octroyant systématiquement des avantages aux plus favorisés. Posner ne défend donc pas une forme de *statu quo*, mais propose une défense systématique des intérêts des plus favorisés⁷⁹¹. Le principe de Pareto interdit les redistributions de richesse car certains individus se trouvent moins bien lotis après la distribution qu'avant, mais le critère de Posner va plus loin et autorise une redistribution inverse. Cela montre que le critère de Posner, loin de réaliser le meilleur d'une théorie kantienne et de l'utilitarisme, réalise le pire. En effet, les droits

⁷⁸⁸ On pourrait dire que c'est le mérite entrepreneurial qui est récompensé, mais cela demeure une justification interne, car l'entreprenariat est une qualité développée dans le cadre du marché.

⁷⁸⁹ L'original dit : "The successful producer of an infantile television show who earns \$500,000 a year would, in a system of wealth maximization, be counted as a better, more productive person than a laborer who earns \$10,000. But the producer may not be more productive than a scientist who earns only \$50,000, as the scientist may confer large external benefits on society, that is, benefits that he does not capture in a higher income for himself" (Ma traduction).

⁷⁹⁰ Je fais un usage régulier du concept d'intuition morale, qui peut par ailleurs être critiqué, car (i) Posner admet lui-même qu'il s'agit d'un test pour nos théories morales et (ii) car il me semble que les exemples pris sont relativement peu controversés.

⁷⁹¹ Ce qui n'était pas le cas de la défense explicite du *statu quo* chez Buchanan, qui utilise le critère de Pareto, et non la maximisation de richesse, comme principe normatif.

et l'autonomie individuelle ne sont défendus que si l'individu est riche, et ne permet pas de penser l'utilité en dehors de la monnaie, ce qui aboutit à d'autres formes de monstruosité morale, comme avec le cas de l'enfant malade et de l'hormone de croissance.

En dernière instance toute l'entreprise de justification repose sur une thèse sous-jacente qui est celle selon laquelle le marché est un ordre bénéfique pour tous. Le marché fonctionne, chez Posner comme chez les autres néolibéraux, avant tout comme une *valeur architectonique*. Il s'agit d'une valeur civilisationnelle – comme je l'ai déjà montré au chap. I – qui, chez Posner, acquiert une dimension méta-éthique, puisqu'elle détermine le sens que les concepts normatifs, comme ceux de consentement ou d'autonomie, peuvent revêtir. L'insistance de Posner sur l'importance d'être productif et de participer au processus du marché, dans le but de posséder des droits et de se voir reconnu en tant qu'individu, révèle que l'idéal du marché sur-détermine toute entreprise de justification. Le marché constitue ainsi non seulement ce qu'il faut réaliser, mais aussi la valeur qui définit les critères éthiques et politiques à même de juger d'une situation institutionnelle. En cela, la défense des marchés concurrentiels est vouée à ne trouver aucun fondement définitif – ce qui explique le tournant pragmatiste, et donc anti-fondationaliste, de Posner.

3.6 L'efficacité comme norme

Il faut commencer par distinguer plusieurs façons d'entendre la thèse de l'efficacité comme critère d'organisation sociale, car Posner lui-même énonce plusieurs versions de sa théorie. On peut suivre Dworkin (1980a) et distinguer trois thèses, qui sont soutenues alternativement par Posner : (i) la richesse sociale est un bien en soi, une bonne société est une société qui maximise la richesse qui est le composant essentiel de la valeur sociale, (ii) c'est un des composants de la valeur sociale, ce qui fait que, *ceteris paribus*, une société est plus avancée si elle produit davantage de richesses, (iii) la maximisation de richesse est instrumentalement bonne, par exemple parce qu'elle permet d'autres bonnes choses, comme la baisse de la pauvreté. Cela peut s'effectuer par trois mécanismes à savoir (iii.1) un processus type main invisible, (iii.2) un processus volontaire de redistribution ou (iii.3) un processus de substitution, c'est-à-dire qu'en visant la maximisation de la richesse je réalise d'autres biens de façon corrélée, de meilleure façon que si je les visais directement.

La première thèse, la plus ambitieuse, rencontre des problèmes importants que nous avons déjà soulignés : (i) il est impossible d'en tirer une justification de l'attribution des droits, (ii) le critère est non seulement conservateur mais favorise, de plus, systématiquement les individus déjà favorisés, et (iii) produit des cas de monstruosité morale encore plus importants que l'utilitarisme sous quelque forme que ce soit. Si Posner semble bien avoir soutenu cette position pendant un temps, notamment dans l'article sur l'utilitarisme, lorsqu'il s'agit de faire de l'efficacité le critère fondamental pour le choix social, il me semble qu'il se rabat sur les deux autres thèses à savoir que la richesse est, *ceteris paribus*, un bienfait pour une société, car elle permet aux individus de réaliser les différentes valeurs qu'ils considèrent comme bonnes. La richesse comme moyen permet un antipaternalisme en élargissant les opportunités offertes aux individus. Il s'agit donc d'une approximation pour une forme de maximisation de l'ensemble des opportunités individuelles⁷⁹². Il est probable que la défense de la maximisation de la richesse comme étant un bien parmi d'autres l'est du fait de son statut instrumental, puisque son statut normatif principal est très largement contestable. Mais cela signifie qu'il ne peut y avoir de *trade-off* entre justice et efficacité, car les *trade-off* ne sont possibles qu'entre des valeurs concurrentes sur le même plan. Si l'efficacité est un moyen pour faire advenir la justice, alors cela n'a pas de sens de sacrifier une situation juste au profit de l'efficacité, car cela est absurde de sacrifier une fin pour un moyen. Dans ce cadre, il devrait donc être possible de sacrifier l'efficacité pour une autre valeur que l'efficacité est censée accomplir. Le problème de la théorie de Posner est qu'il ne semble proposer aucune valeur définie indépendamment de l'efficacité qu'il faudrait socialement valoriser, ce que nous avons montré dans les sections précédentes en se heurtant à la question de la justice. Une valeur pourrait, cependant, apparaître comme architectonique, c'est-à-dire la réalisation de l'autonomie, mais Posner en offre une conceptualisation réductrice et peu cohérente. En effet, l'autonomie n'est pas nécessairement garantie pas une hausse de la richesse sociale, surtout s'il y a une prime aux possédants. Il ne

⁷⁹² On utilise le concept d'ensemble d'opportunités (*opportunity set*) pour désigner ce qu'il est possible de réaliser, pour un individu donné, étant donné ses ressources. Il est certain ainsi que, *ceteris paribus*, avoir plus d'argent augmente l'extension de mon ensemble d'opportunités. Un exemple typique est le choix dans un menu. Si je suis au restaurant et que je n'ai que 20 euros, mon ensemble d'opportunités est réduit et je n'ai accès qu'au plat du jour. Si, en revanche, j'en possède 40 mon ensemble d'opportunités est élargi et j'accède à d'autres possibilités, à savoir un dessert, un verre de vin et une entrée, par exemple. Il n'est, bien sûr, pas nécessaire que je choisisse autre chose que ce que j'aurais choisi avec 20 euros, mais on considère généralement que plus mon ensemble d'opportunités est élargi plus je suis libre d'agir. Néanmoins, certaines opportunités ne sont pas dépendantes de mon revenu (si j'ai la jambe cassée, être riche ne me fait pas marcher) ou faiblement dépendantes (il est probable par exemple qu'il faille un revenu minimal pour pouvoir séduire la personne qui me plaît, mais au-delà d'un certain niveau la maximisation de richesse est peut-être inadéquate pour m'aider à poursuivre cette fin, et même devenir contre-productive si je passe mon temps à tenter de maximiser ma richesse plutôt que de passer du temps avec cette personne).

faut pas voir l'autonomie comme une liberté abstraite, mais lorsque les individus possèdent *effectivement* davantage de possibilités. Être moins pauvre qu'il y a vingt ans, mais devoir toujours consommer une classe de biens minimaux (même s'ils sont améliorés), ce n'est pas accéder à davantage d'autonomie. L'augmentation du niveau de vie ne se concilie pas nécessairement avec l'augmentation des opportunités des individus et donc la capacité de ces derniers à faire des choix relatifs à leur propre devenir. Pouvoir acheter un meilleur téléviseur, plus performant, ne permet pas aux individus d'être plus autonomes en réalisant des choix de vie différents.

Pour tenter de pallier cela, on peut produire une interprétation instrumentale de l'efficience, qui correspond à une compréhension libérale de ce critère. En effet, l'argument de type main invisible implique potentiellement que le processus du marché produit des résultats plus justes que si on passait par une forme de planification des résultats, dans le sens où il améliore la situation de tous, si bien que chacun pourrait effectivement consentir à ce fonctionnement. Dans ce cadre, la richesse est toujours un moyen permettant de réaliser d'autres fins – les fins que les individus valorisent diversement, puisqu'il s'agit de la seule valeur qui peut exister pour les individus, l'efficience étant le critère social permettant supposément de maximiser la possibilité pour les individus de viser leurs fins individuelles, au moins indirectement – ce qui peut se justifier lorsqu'on suppose qu'un certain niveau de richesse est nécessaire pour avoir la liberté de réaliser sa propre conception de la vie bonne⁷⁹³. L'argument pourrait se formuler de la manière suivante : la maximisation de la richesse bénéficie, finalement à tous les individus, en augmentant leur niveau de vie, et permet donc à chacun de réaliser ses propres fins, de meilleure façon que si on défendait un revenu minimal d'existence ou des politiques de redistributions actives.

Posner semble, en effet, proposer quelques éléments allant dans la direction d'un bienfait de l'efficience pour tous, lorsqu'il se réfère au fait que le marché est un jeu dans lequel les individus consentent aux règles car ils y sont gagnants (c'est le cas des assurances pour la conduite vu plus haut). Le critère d'efficience fonctionne à contre-emploi car il n'est pas un critère égalitariste mais produisant des disparités fortes dans la possession des droits. Comment un critère qui autorise la dépossession de certains individus, lorsque ceux-ci n'ont pas de

⁷⁹³ En mettant de côté les cas de pauvreté volontaire, typiquement le cas de formes de vie monacale, ou encore de communautés se mettant volontairement en marge de la société, pensons aux communautés libertaires et altermondialistes qui cherchent à se passer de monnaie.

willingness to pay effective suffisante, peut-il être un substitut à un critère de justice accepté par tous ?

En effet, pour que l'efficience soit un meilleur moyen de réaliser la maximisation des opportunités individuelles qu'une théorie concurrente ne maximisant pas la richesse, il faut que Posner offre une démonstration que la réalisation de son modèle de marché permet des gains pour tous les individus et ne produisent pas aussi des situations d'exploitations, d'aliénations ou de réduction des possibilités vis-à-vis de situations contrefactuelles plausibles. C'est ici que l'ambiguïté relative au fait de savoir *quel marché* on imite bat son plein. Si on parle du marché idéal alors, par définition, le marché produit des situations efficaces et acceptables. En revanche, si on parle de situations de marché empiriquement réalisable par un droit efficace, alors on produit des perdants. Sur ce point, on peut se référer à un troisième marché qui est le marché effectivement existant dans les sociétés libérales occidentales. Dans ce cadre, le meilleur argument est un argument comparatif, tel que présenté dans la *Route de la servitude* par Hayek, à savoir que le marché produit bien une discipline qui produit des perdants, réduit à n'être que des "rouages de la machine" (Hayek, 1944, 81), mais cette situation demeure comparativement meilleure que dans des arrangements concurrents, comme le communisme soviétique, dans lequel il est impossible de changer de situation – car les individus ne sont plus soumis à la discipline impersonnelle du marché, mais à l'autorité très personnelle d'un pouvoir. Néanmoins, il est certain qu'il existe des cas intermédiaires de marché, entre la société régie sur le modèle de l'efficience et la société communiste, et donc différents niveaux d'accommodations entre efficience et d'autres valeurs sociales à valoriser. En cela, il paraît plus difficile d'énoncer qu'il n'existe pas une perte d'opportunités lorsque les droits des travailleurs ne sont, par exemple, pas défendus⁷⁹⁴. Cette défense générale se heurte également à la possibilité de discriminations systématiques d'individus laissés de côtés ou désavantagés comparativement⁷⁹⁵. Dans les faits, il est difficile de distinguer ces deux interprétations au sein de la théorie de Posner, car les *régulations juridiques ont précisément en vue d'imiter le marché hypothétique des coûts de transaction nuls*. Dans la perspective de Coase, ce résultat

⁷⁹⁴ Je ne rentre pas dans les débats relatifs à l'extension de la coercition dans une société libérale. Il est, cependant, important de noter que toutes les discussions relatives à l'égalitarisme libéral et à la création d'un revenu inconditionnel d'existence sont liées au problème d'une coercition subsistante dans les sociétés libérales et liées aux inégalités dans les dotations initiales, contraignant des individus à travailler pour vivre, et à accepter des conditions qu'ils n'auraient par exemple pas accepté si le pouvoir de négociation était égal. L'avocat contemporain éloquent d'une telle position est Philippe Van Parijs. Voir, par exemple, Vanderborght et Van Parijs (2017).

⁷⁹⁵ En effet, chaque jeu produit des gagnants et des perdants, et le marché comme jeu incertain produit des perdants. Comme l'argument du consentement ne peut être mobilisé de façon satisfaisante reste à savoir quoi faire des perdants, particulièrement si la probabilité d'être perdant (car noir, enfant d'ouvrier ou autre) n'est pas équitablement répartie.

n'advierait pas car il reconnaît que le modèle des coûts de transaction nuls est une fable qui ne peut pas servir de fondement normatif pour la régulation, mais qu'il faut étudier les différentes institutions effectives pour mener une analyse comparative des résultats obtenus. Posner ne propose pas d'analyse empirique dans le but de justifier cette position, et sa théorie est donc mise en danger par une utilisation abusive du théorème de Coase et du modèle idéal du marché.

On peut relier ces éléments à deux problèmes plus généraux, rencontré dès le début du néolibéralisme, à savoir d'une part l'idée d'une spécification du marché quand on cherche à l'améliorer, et d'autre part la difficulté à construire une norme du marché. Le critère de l'efficacité conduit à préciser le modèle de marché – et à répondre à la question de l'amélioration des règles du jeu –, alors même que chez les premiers néolibéraux le fonctionnement du marché reste relativement indéterminé, et fonctionne comme un idéaltype à opposer à des modes d'organisation sociale dirigés. En précisant le critère de l'amélioration, on affaiblit en même temps l'argument en faveur du marché, puisque les possibilités sont réduites et les critiques vis-à-vis du critère spécifique mis en œuvre peuvent venir saper la légitimité de cette spécification théorique. Posner illustre par ailleurs la difficulté qu'il y a, chez les néolibéraux, à construire le marché comme norme, spécifiquement lorsque – encore plus lorsque cette norme est issue d'un modèle idéal et hypothétique – les néolibéraux interdisaient toute intervention à partir de connaissances contrefactuelles accessibles à des experts. Coase, qui défend l'idée d'une comparaison empirique des arrangements institutionnels alternatifs, est, sur ce point, davantage fidèle aux positions des premiers néolibéraux. Sur ce point les limites de Posner nous renseignent sur les difficultés structurelles des positions néolibérales.

Posner (1985) semble reconnaître ce problème en énonçant une variante plus modeste de sa théorie, à savoir que l'efficacité doit être un critère de choix pour les juges dans le régime de la *common law*, mais que la législation et l'exécutif peuvent décider de redistributions plus ou moins importantes, dans le but d'éviter ces effets néfastes. Si cette thèse a l'avantage de réduire la validité de l'efficacité à un domaine d'application spécifique, elle ne clarifie pas pour autant la théorie de Posner. La métaphore usuelle pour désigner cette position théorique est celle du gâteau et de son partage. Le but de la *common law* est de favoriser la production de richesse, de façon à faire grossir le gâteau, alors que la législation s'occupe de le partager *ex post*. Cette métaphore commune, qui semble en appeler à notre intuition, ne résout, cela dit, pas du tout le problème, car l'entreprise de distribution ne peut pas être comprise comme n'interférant pas avec l'entreprise de production, de même que la production implique des effets

distributifs. En effet, la distribution est toujours une modification des droits individuels qui modifie en conséquence les incitations à la production. Augmenter la taille du gâteau est par ailleurs déjà établir une certaine distribution. Favoriser la production pour permettre une distribution c'est déjà autoriser une certaine distribution des biens par le marché, et donc favoriser certains individus⁷⁹⁶.

Pour montrer l'impossibilité d'isoler la production et la distribution, prenons un exemple simple avec deux états d'une même société S_1 et S_2 . Si dans S_1 on a une certaine distribution des droits, de façon à ce qu'une classe d'individus se trouve favorisée par le critère d'efficience, alors la richesse redistribuée par le pouvoir législatif via l'impôt à la fin de S_1 entre tous les individus, pour permettre des gains de tous, de façon que chaque individu ait pu accepter les inégalités produites par l'efficience en vue de cette fin, selon le critère de Pareto. Il est certain que des individus rationnels, dans S_1 , avant la phase de redistribution, anticipent les effets de la distribution et ajustent leur production de façon à maximiser leur gain espéré post-distribution, par exemple si l'imposition est plus élevée à partir d'un certain niveau de gain. De ce fait, l'annonce de la redistribution possède une influence directe sur le niveau de production. La redistribution joue un rôle central pour le processus économique, en modifiant éventuellement directement l'état de la concurrence. Dans un modèle idéal de marché, les bénéfices importants d'une compagnie, par exemple de téléphonie, ont pour conséquence la formation de nombreux concurrents, voulant connaître le même succès, jusqu'au point où les bénéfices sont réduits car le prix des téléphones baisse jusqu'à atteindre un niveau qu'on appelle de *market clearing*, c'est-à-dire le niveau des prix à partir duquel il n'existe plus aucune incitation pour qu'un nouveau concurrent entre sur le marché. Or, en introduisant une forte taxation *ex post* sur les bénéfices, le point d'équilibre se modifie, car les bénéfices escomptés par les concurrents sont réduits. L'introduction de la redistribution, à la fin de l'état S_1 , modifie par anticipation toute la production. Si on ajoute à ce phénomène d'anticipation la concurrence juridique entre pays, où chaque entreprise peut choisir son lieu d'imposition principal en fonction des niveaux de redistribution de chaque pays, la situation est encore davantage viciée⁷⁹⁷. En instaurant de la redistribution des résultats de l'efficience, on est donc amené à produire des situations non-efficientes. En S_2 on se retrouve alors avec une nouvelle distribution

⁷⁹⁶ Pour un traitement de la distribution produite par le processus du marché lui-même voir Dietsch (2010), qui insiste sur l'impossibilité conceptuelle de penser le fonctionnement réel des marchés sans le cadre institutionnel et juridique dont nous traitons ici.

⁷⁹⁷ Pour un traitement de la concurrence des législations relatives à l'imposition, voir notamment Dietsch et Rixen (2012), qui défendent que la concurrence sur les taxations exacerbe les inégalités entre les pays et entre les plus riches et les plus pauvres à l'intérieur de ces pays.

des droits de propriété qui modifie structurellement la *willingness to pay* de chacun et donc le processus économique. Il est impossible de distinguer nettement la production et la distribution, car la production en S_2 dépend de la distribution en S_1 , qui elle-même dépend en partie de la distribution escomptée. Dans les deux cas, il faut se demander quelles sont les règles qu'on accepte pour régler le processus du marché lui-même, étant donné que le marché réellement existant n'est jamais un "free market", comme le marché du théorème de Coase⁷⁹⁸, mais toujours des marchés existants grâce à un environnement institutionnel et juridique et produisant de ce fait des résultats différents, en fonction de la régulation. Or, ce que propose Posner, c'est précisément une façon de réguler le marché – dans le sens de produire des règles, non pas dans celui d'une forme de bridage du fonctionnement du marché, étant entendu que tout marché doit être régulé s'il doit exister⁷⁹⁹ – à partir du critère de l'efficacité. Pour produire de l'efficacité au moment de la production, il faut que la distribution soit limitée, sans quoi on produit une solution inefficace et sous-optimale. Vouloir obtenir de l'efficacité productive *nécessite* donc de limiter voire d'annuler totalement toute tentation distributive. Au contraire, si on veut favoriser la distribution, alors il est important de réguler le marché directement avec des règles visant à favoriser la distribution, par exemple en incitant les hauts salaires, la répartition des profits entre travail et capital etc. Si production et distribution sont co-dépendants, il faut alors préciser le type de *trade-off* à effectuer entre efficacité et justice distributive, sans quoi vouloir favoriser l'efficacité productive est *de facto* également une position limitant la distribution.

Quoiqu'il en soit, le critère d'efficacité ne peut être le seul à prendre en considération, y compris pour la sphère de la production. Au mieux, Posner a mis en avant un des critères qui peut servir à l'adjudication sur certains types de problèmes. Coleman (1998, chap. 3) reconnaît ainsi une sphère de légitimité à l'efficacité posnérienne, pour ce qui relève du droit des contrats et de la concurrence, ou encore une partie du droit de la propriété privée, tout en déniait très largement les prétentions normatives et la philosophie politique générale qu'essaye de défendre Posner à partir de ce principe⁸⁰⁰. D'autres, comme Dworkin (1980a) sont plus sévères et

⁷⁹⁸ Même si dans le théorème les droits de propriété doivent bien préexister à la négociation entre individus.

⁷⁹⁹ La régulation n'est pas nécessairement explicite et légale. Dans le cas des *marchés noirs* la régulation n'est pas le fruit d'un pouvoir, mais on peut observer des règles au moins conventionnelles qu'il faut suivre. Ces règles sont des régulations au sens où il existe des comportements réglés. Le marché noir, par ailleurs, existe en étant adossé aux institutions existantes (la monnaie, la confiance, etc.).

⁸⁰⁰ Voir par exemple Coleman (1982, 1131): "I do not mean to suggest that there are never any good reasons for pursuing efficiency or that doing justice is invariably inconsistent with promoting efficiency. My point is the more modest one that Kaldor-Hicks/wealth maximization is not a defensible conception of justice. This does not mean that there are never any grounds for making Kaldor-Hicks improvements or for promoting social wealth."

énoncent que la fixation de Posner sur son concept d'efficacité est un "fanatisme du billet vert" (le dollar), suivi en cela par bien d'autres, qui soulignent le caractère idéologique et profondément conservateur de l'approche posnérienne⁸⁰¹. L'idée d'une efficacité comme maximisation de la richesse régnant sur la sphère sociale comme critère unique est incohérente, et même les thèses plus modestes de Posner ne sont pas toujours soutenables, car souvent ambiguës relativement aux *trade-off* qui devraient être autorisées avec d'autres valeurs. Posner remarque ainsi, à plusieurs reprises, des cas limites ou contre-intuitifs qui mettent à mal sa propre position, sans pour autant proposer de résolutions satisfaisantes. Par suite du débat lancé dans la *Hostra Law Review*, les réponses de Posner ne convainquent pas ses adversaires théoriques, et il est amené à modifier sa position du point de vue de la justification. Il ne s'agit plus d'essayer de justifier théoriquement le concept d'efficacité dans une entreprise fondationnaliste, où il s'agissait de fonder le concept d'efficacité et sa légitimité en faisant appel aux théories du contrat, à l'éthique des vertus, ou aux discussions avec l'utilitarisme. Pour ce faire, il se tourne massivement, à partir du milieu des années 1980, vers la position philosophique antifondationnaliste susceptible de maintenir l'idéal de la maximisation de la richesse sans passer par une justification philosophique périlleuse, à savoir le pragmatisme. On passe ainsi de Posner-2 à Posner-3. Ce passage est du premier intérêt car il reconduit, au niveau interne de la philosophie de Posner, le problème de la justification de la norme du marché à partir des critiques épistémologiques néolibérales, dont nous avons montré (chap. III et IV) qu'il structure la problématique néolibérale du gouvernement par les règles du jeu.

4. Une défense pragmatique de l'efficacité et du marché : un libéralisme sans fondations théoriques ?

La défense du pragmatisme chez Posner est explicite, à partir de *The Problems of Jurisprudence* (1990)⁸⁰². Bien que composé de beaucoup d'inédits, le livre est en partie une compilation d'articles parus dans les années 1980. Une inflexion pragmatiste peut se lire dans

⁸⁰¹ Horwitz (1980), Kronman (1980), Velkanovski (1980, 1981), ou encore Hart (1983), défendent une telle position.

⁸⁰² Il faut noter que Posner n'est pas le seul, dans les années 1990, à ressusciter le *legal pragmatism*. Voir, par exemple, Farber (1995), dont l'article s'intitule, de façon explicite "Reinventing Brandeis".

"Wealth Maximization revisited" (Posner, 1985), article dans lequel Posner affaiblit sa défense de l'efficience comme critère de choix social⁸⁰³.

Il est intéressant, par ailleurs, de souligner que Posner se réfère au pragmatisme juridique pour des raisons analogues à celles de Lippmann (voir chap. V). Lippmann avait, en effet, identifié dans le pragmatisme juridique une structure argumentative confrontée au même problème de la justification des règles sans faire appel à un point de vue définitif, incarné par les théories formalistes que sont les théories du droit naturel ou le positivisme. Posner ne se réfère pas à Lippmann, à ma connaissance, mais ce parallèle historique et théorique, entre deux avocats du libéralisme à un demi-siècle d'intervalle, est intéressant car il montre comment un même problème peut être retravaillé dans un contexte et avec des outils différents, alors même que Posner a été, dans un premier temps, séduit par la perspective fondationaliste offerte par l'approche épistémologique venue de l'École de Chicago. On trouve donc chez Posner les deux tendances illustrées au chap. V, à savoir une tendance pragmatiste – celle de Posner-3 –, mettant l'accent sur les valeurs des individus et l'évolution des règles dans un processus adaptatif, à même de suivre la complexité de la Grande Société – une perspective qu'on retrouve très largement chez Hayek – et une tentation fondationaliste de l'ordre libéral, qui était illustré par les ordolibéraux dans une perspective transcendantale, mais qu'on retrouve chez Posner-2 en faisant appel à l'expertise et l'analyse économique. Posner rejoue, dans sa propre évolution, les problèmes constitutifs et historiques du néolibéralisme dès ses débuts.

Posner ne cherche plus à défendre l'efficience en soi, mais à montrer qu'en pratique les individus préfèrent vivre dans des sociétés riches. Il établit l'argument suivant :

1. Est bon ce que des individus, s'ils avaient le choix, choisiraient.
2. Tout le monde préfère vivre dans une société riche que pauvre.
3. Donc les sociétés riches sont bonnes.

⁸⁰³ Voir par exemple Posner (1985, 98): "Although there is some well-merited skepticism about various aspects of modern life, very few people who live in wealthy societies would like to live in poor ones; and very many people who live in poor ones would, if allowed, move to wealthy ones. So there seems to be something good in a practical sense about wealthy societies, unless you think (as few economists do) that wealthy societies have become wealthy by exploiting poor ones. And if there is something good about wealthy societies, there must be something good about the people who make societies wealthy-and they are not the hedonists and the sybarites and the frugal and the hard-working. It is curious, but true, that to aim directly at maximizing happiness, by distributing and redistributing wealth to those who would get the most pleasure from it, is self-defeating because it results in a poor and unhappy society. Wealth maximization is a more effective instrument for attaining the goals of utilitarianism than utilitarianism itself. Stated otherwise, wealth maximization is the correct rule of decision in a system of rule utilitarianism."

4. Les sociétés sont riches en vertu des gens qui la rendent riches, à savoir les individus productifs, qui permettent de faire progresser la richesse générale.
5. Donc tout le monde doit accepter que les individus productifs, et donc la productivité, doivent être favorisés et encouragés par les décisions juridiques.

Évidemment, chaque étape de l'argument peut être discutée à la fois théoriquement et empiriquement. Nous avons déjà critiqué l'argument du consentement, mais à cela s'ajoute le fait qu'il n'est pas certain qu'empiriquement les individus des sociétés plus pauvres se considèrent systématiquement plus défavorisés. Les mesures de l'économie du bien-être nous apprennent que le bonheur perçu est décorrélé de la richesse d'un pays – ce sont les résultats bien connus aujourd'hui du *hedonistic treadmill*. Par ailleurs, il n'est pas certain que ce soit la maximisation qui attire les migrations, mais bien d'autres facteurs peuvent jouer, notamment en fonction des *trade-offs* opérés entre maximisation de la richesse et qualité de vie. Une société purement maximisatrice pourrait présenter des disparités de niveau de vie importantes, si bien qu'il serait compréhensible pour un migrant de sélectionner une société dans laquelle la probabilité d'avoir un niveau de vie suffisant soit plus haute.

Ce qu'il faut cependant noter, c'est que Posner ne vise pas, dans ce cadre, à fonder son principe, mais se réfère à des intuitions communes du corps politique qu'il s'agit de représenter dans l'adjudication – c'est-à-dire qu'il creuse à nouveau, pour les sociétés libérales, la problématique du consentement. Le tournant principal consiste à abandonner le débat sur les fondations de l'efficience, pour déterminer quelle est la meilleure façon de dire le droit, ce qui entraîne Posner vers une théorie de l'ontologie du droit en rupture avec le formalisme et en continuité du pragmatisme juridique, et en se référant aux intuitions partagées du corps politique⁸⁰⁴. Les critiques ont certes réussi à montrer les faillites conceptuelles à la tentative de fonder une théorie générale de l'adjudication avec l'efficience, mais l'argument est trop aisé, car pour Posner aucune position n'est capable de proposer une telle théorie systématique :

⁸⁰⁴ Je ne propose pas dans ces lignes une discussion de ces débats historiques en philosophie du droit. On pourra lire avec profit Horwitz (1992) et Cantu (2012) sur cette question. Horwitz propose une histoire suivie de la fin du formalisme au XIX^{ème} siècle du fait de la critique progressiste reprenant les arguments du pragmatisme juridique de Holmes ou encore Dewey, et Cantu propose une synthèse de ces débats dans les premières sections de son article.

Bien que la justice rectificatrice, qui est profondément ancrée dans nos émotions rétributives, et la maximisation de la richesse - surtout, à mon avis, la dernière - aient des domaines d'application importants, particulièrement pour la common law, ni l'une ni l'autre ne peut fournir un cadre complet qui permettrait de déduire logiquement les décisions judiciaires. Les perspectives littéraires, féministes et communautaires, qui font l'objet d'une attention croissante, ou le mouvement empreint de nostalgie, qui plaide pour un retour au légalisme traditionnel par le biais de la philosophie, que j'appelle le néotraditionalisme, ne peuvent pas non plus fournir un cadre complet pour la prise de décision judiciaire.

(Posner, 1990, 458)⁸⁰⁵.

Une justification philosophique de la maximisation de la richesse est vouée à l'échec non pas parce que l'efficacité est un mauvais concept, mais parce que la volonté de fonder l'adjudication sur un seul principe est une chimère. Cela vaut aussi bien pour Posner que pour les approches mettant l'accent sur la justice distributive, qui élaborent une théorie déductive de ce que doit être le droit à partir de la philosophie morale et politique, ce que Posner identifie ici comme étant caractéristique des positions de Dworkin. L'efficacité ne rencontre pas de problèmes particuliers, car ce qui est manifeste c'est *une crise générale des discours normatifs sur le droit*. Il ne se rabat donc pas sur le pragmatisme par défaut, car le pragmatisme lui offre une théorie alternative pour critiquer les positions de ses opposants et renouveler ses propres positions, en offrant une justification alternative et non-fondationnaliste de l'efficacité. Cela dit, cette nouvelle position introduit de nouveaux problèmes. Ou bien Posner est contraint à suivre le pragmatisme jusqu'au bout et à rejeter la prééminence théorique de l'efficacité, ou bien il est contraint à affaiblir considérablement le pragmatisme et à l'inféoder en partie à l'analyse économique. Le pragmatisme est, peut-être, une bonne voie pour répondre au problème de la crise générale des discours normatifs – en cela c'est un usage du pragmatisme qui repose sur des bases semblables à la reprise lippmanienne perçue au chap. V –, mais Posner est de ce fait entraîné dans une série de problèmes déjà identifiés dans ce travail, à savoir la possibilité d'utiliser le pragmatisme pour défendre un *télos* particulier qu'est la maximisation de la richesse.

⁸⁰⁵ L'original dit : "Although corrective justice, which is deep-seated in our retributive emotions, and wealth maximization – especially, I think, the latter – have significant domains of application, particularly to common law, neither can provide a complete framework that would enable adjudication to be made determinate. Nor can the literary, feminist, and communitarian perspectives that are receiving increasing attention or the nostalgia-soaked movement to return to traditional legalism via philosophy that I call neotraditionalism provide comprehensive framework for adjudication" (Ma traduction).

Le pragmatisme de Posner a été discuté ou critiqué à plusieurs reprises⁸⁰⁶, et a historiquement participé à la recrudescence du pragmatisme juridique aux États-Unis. Un numéro de la *Cardozo Law Review* est consacré au pragmatisme juridique, et introduit par Posner en 1996. Dans cette partie, je ne couvre pas tous les aspects du pragmatisme de Posner, dont les applications pratiques et théoriques sont nombreuses, allant de l'analyse de cas classiques de l'histoire du droit américain jusqu'à une théorie de la démocratie en 2003 – nous retrouvons les enjeux typiques des théories néolibérales que nous avons identifié aux chap. III et IV –, mais je me contente de voir comment l'épistémologie pragmatiste conduit Posner à formuler une nouvelle justification de l'efficacité, qui tente de surmonter les périls d'une fondation théorique nécessairement contestée. Les débats sur l'efficacité se sont ainsi principalement concentrés sur les premières justifications de Posner. Ce dernier a pourtant maintenu sa thèse de la promotion de l'efficacité au-delà des débats normatifs des années 1980, comme l'atteste sa réponse à Epstein en 2004 :

Comme je l'explique clairement dans mon livre [*Law, Pragmatism and Democracy*], je continue de croire que les juges doivent trancher les affaires de common law de manière à promouvoir l'efficacité économique ; c'est aussi la voie pragmatique. Le pragmatisme ne doit pas nécessairement remplacer des approches juridiques spécifiques, mais plutôt guider le choix entre celles-ci.

(Posner, 2004, 685, mes crochets)⁸⁰⁷.

Cette section propose d'étendre la discussion aux justifications pragmatistes de l'efficacité, et de montrer en quoi ces justifications se heurtent à des problèmes importants, qui conduisent Posner à un travestissement du pragmatisme réduit à des slogans généraux – au mieux un état d'esprit ("mood", Posner, 2003, 26) – relatifs à la nécessité d'accepter l'absence de fondations théoriques.

⁸⁰⁶ On pourra par exemple lire avec intérêt Fish (1990), Rakowski (1990), Rosen (1995), Luban (1996), Sullivan et Solove (2003), Epstein (2004), Kirat (2005) – une des rares références en français sur le sujet ! – ou encore Rorty (2007). Mathis (2004) mentionne également ce tournant, mais sans l'étudier en détail.

⁸⁰⁷ L'original dit : "As I make clear in the book [*Law, Pragmatism and Democracy*], I continue to believe that deciding common law cases in a way that will promote economic efficiency is the right way for judges to go; it is also the pragmatic way. Pragmatism need not displace specific legal approaches, as distinct from guiding the choice among them" (Ma traduction).

4.1 Le droit et les problèmes de l'adjudication

Posner revient aux racines de la philosophie du droit et questionne le concept même de droit (*law*) en posant une question ontologique. À l'instar de Lippmann, il se réfère directement à Holmes (1897)⁸⁰⁸, qui définit le droit comme une activité et non comme une théorie. Le droit n'est pas une théorie formelle déductive mais est une activité de formation des comportements (Posner, 1990, 456-457). Le droit c'est donc ce que font les juges, à partir de leurs préconceptions, des jugements moraux partagés dans une société ou encore des règles précédemment admises. De plus, le droit n'est pas un commandement, mais avant tout un ensemble de règles qui constituent des guides à l'action, pour produire un espace cognitif d'intelligibilité commune – on retrouve ici un rôle des règles que nous avons déjà identifié au chap. III. Dans ce cadre, la stabilité est une caractéristique à favoriser vis-à-vis de la vérité scientifique des règles, ou de leur correspondance vis-à-vis d'une théorie normative qui impose des conséquences "justes" à une société dont la diversité morale empêche toute acceptation consensuelle⁸⁰⁹.

Dans la dernière partie de *The Problems of Jurisprudence*, Posner écrit un "Manifeste pragmatiste", dans lequel il développe six caractéristiques du droit, qui rompent avec toute entreprise fondationaliste et formaliste, et donc avec la détermination du droit à partir du point de vue de la philosophie morale (*Ibid.*, 458-461)⁸¹⁰. L'introduction de *Overcoming Law*, cinq ans plus tard, reprend ces différents éléments :

- (i) Il n'y a pas de raisonnement à proprement parler judiciaire, et le jugement s'énonce d'après une rationalité pratique, celle de la vie de tous les jours. Cela signifie qu'on ne peut raisonner à partir d'abstractions et en dehors du contexte, toute décision de justice est *context-dependant* et une méthode scientifique déductive et universelle n'est pas "*at home*" dans le raisonnement juridique. Il n'y a pas d'abstractions philosophiques éternelles, ou de concepts transcendants issus du droit naturel. Toute discussion théorique est le fruit d'un arrangement historique, social et institutionnel spécifique.

⁸⁰⁸ La référence à Holmes devient même omniprésente dans l'introduction de *Overcoming Law* (1995, 2). Posner a, par ailleurs, lui-même réédité les écrits de Holmes.

⁸⁰⁹ Posner ne pensait pas nécessairement autre chose auparavant, mais ces éléments apparaissent explicitement systématisés à partir de la référence pragmatiste.

⁸¹⁰ On trouve les mêmes éléments développés dans "What Has Pragmatism to Offer Law ?", le chapitre 19 de *The Problems of Jurisprudence*.

- (ii) De ce fait, il n'y a pas à proprement parler de démonstrations juridiques, puisqu'une démonstration doit partir de prémisses acceptées de tous. Le domaine du droit est un domaine conflictuel, dans lequel l'acceptabilité des prémisses est débattue. Par conséquent, les décisions juridiques ne peuvent pas être "vraies" ou "fausses" comme lorsqu'on dit qu'une démonstration mathématique est vraie car en cohérence avec des principes. On retourne à l'idée d'une justification qui ne peut être absolue.
- (iii) Le droit est un ensemble de pratiques, une activité plutôt que des concepts. Aucune réalité morale extérieure à ce qui est débattu ne peut constituer l'arbitre des débats et des décisions – la légitimité du droit se fonde donc sur les valeurs tenues pour vraies au sein du champ politique, ce qui nous renvoie au pluralisme soutenu par Lippmann, Hayek et Buchanan. Le droit est vivant, tout comme sa source de légitimité, à savoir la moralité publique, qui évolue sans cesse.
- (iv) Il n'est même pas possible de se référer à des textes fondateurs comme des réalités extrinsèques à la discussion et au conflit, car il n'y a pas de "bonne" interprétation juridique. Supposer une telle théorie herméneutique serait proposer une méta-théorie de l'interprétation, qui demande à son tour une justification absolue, ce qui est précisément refusé. Toute interprétation est conflictuelle. Les originalistes dans les débats constitutionnels aux États-Unis ne font que produire une interprétation de la Constitution, tout comme les partisans de la "*living Constitution*".
- (v) La justice n'est pas déduite, mais le résultat d'un processus de décision, elle se crée plutôt qu'elle ne se découvre. Cela signifie qu'il n'y a aucun point de vue épistémique privilégié pour dire le juste et déterminer les règles du jeu. Le pragmatisme de Posner constitue en cela un véritable retour aux sources aux problèmes de la première partie de cette thèse.
- (vi) Le droit est une discipline fonctionnelle et non spéculative, et ne doit donc pas faire appel à des entités métaphysiques, mais uniquement permettre aux individus de vivre ensemble et de réaliser leurs fins propres⁸¹¹. On ne doit pas

⁸¹¹ Là encore, la théorie sociale derrière cette position est proche de ce qu'on retrouve chez Hayek dans le chap. VI, avec l'idée d'une maximisation des anticipations individuelles. Le droit offre un cadre cognitif de coordination permettant des anticipations communes, permettant aux individus de réaliser leurs différentes fins compatibles. Posner continue, d'ailleurs, de se référer à Hayek comme une référence libérale incontournable, à cette période

attendre des juges qu'ils prennent position sur des débats philosophiques techniques. Le droit est une théorie instrumentale, qui doit s'appuyer sur des théories instrumentales et ne pas fixer des valeurs substantielles à la communauté qu'il s'agirait de réaliser. Pour cette raison, Posner est extrêmement critique des approches philosophiques qui ne sont pas fondées sur des analyses empiriques, ce qui apparaît dans un texte "What are philosophers good for ?" (Posner, 1995, chap. 22), dans lequel Posner énonce que si les philosophes peuvent avoir un intérêt sur des questions générales, leur expertise est pratiquement nulle pour juger des décisions juridiques⁸¹².

Tous ces points concourent vers un même fait, à savoir qu'il faut établir une théorie du droit qui corresponde à une "théorie du droit sans fondations", ce qui est le titre de la dernière section de *The Problems of Jurisprudence*. D'une façon détournée, on retombe sur le problème qui nous intéresse de bien des manières, à savoir celui d'une théorie permettant de fixer les règles de droit sans passer par un point de vue privilégié qui serait épistémiquement problématique. C'est précisément ce point qui rend le tournant pragmatique de Posner du plus grand intérêt, car le pragmatisme sert à attaquer toute idée de fondement, de certitude et de valeurs substantielles intouchables (Posner, 1990, 462-463), et en cela Posner se réfère aux grandes figures du pragmatisme à savoir Peirce, Dewey et James, mais également à produire un autre type de justification pour les idées qu'il cherche à défendre. Il ne s'agit pas, en effet, pour les pragmatistes, de s'en référer à une idée métaphysique de vérité, souvent comprise comme une croyance stabilisée, ou encore une croyance ayant survécu temporairement à la concurrence entre idées, mais à des croyances justifiées par des besoins sociaux. Cela signifie que le raisonnement juridique est considéré comme ouvert, en constante révision vis-à-vis des évolutions sociales, toute fondation étant amenée à être rejetée ou reprise.

Un autre élément d'importance pour Posner, qui est une reprise explicite de Holmes et Frankfurter (Posner, 1996, 2), est l'idée que la décision judiciaire se fonde sur les principes moraux de la communauté dont le juge est le représentant officiel. Holmes avait, en effet,

comme à la précédente. Posner (1990, 57, 60 ; 1995, 24, 402) se réfère directement à Hayek – et aussi à Buchanan – comme d'une tradition juridique mettant l'accent sur le droit comme des règles générales permettant un cadre de coordination commun, à laquelle il se rattache au moins partiellement. En revanche, et bizarrement au vu de la proximité théorique et la référence au pragmatisme, Posner ne cite jamais Lippmann. Les rapprochements ont pourtant été notés par Stanley (2015).

⁸¹² Rorty est, par exemple, acclamé pour certaines contributions philosophiques, mais largement critiqué pour son refus de puiser dans des théories sociales, et notamment dans l'économie standard. Je reviens dans la seconde section sur le point relatif au fait de savoir pourquoi l'approche économique est compatible avec le pragmatisme.

ironisé sur le "*puke test*", à savoir qu'une règle était valide lorsque le juge considère que la règle ne va pas à l'encontre de toutes ses valeurs et conceptions⁸¹³. Frankfurter, quelques années plus tard, utilise une rhétorique semblable pour énoncer le test du "choc des consciences". Le caractère ouvert et tourné vers le futur (*forward-looking*) du pragmatisme n'est pas une négation du passé, mais doit puiser dans les règles existantes qui constituent des données traditionnelles, voire des sagesse institutionnelles, pour la communauté donnée. Ainsi, même si un peu d'oubli est toujours une bonne chose (Posner, 1995, 4), le juge pragmatiste ne se détache pas du passé au prix d'accepter des incohérences, car maintenir l'intégrité du droit et un espace d'intelligibilité commun est le premier rôle que doivent remplir les règles de droit. La position de Posner sur *Roe v. Wade* (1973) est révélatrice sur ce point, car le juge américain argumente contre l'acceptation de ce cas qui légalise l'avortement, au motif qu'un consensus social n'était pas obtenu sur cette question. Le pragmatisme n'autorise pas n'importe quoi, car les décisions doivent toujours être prises à partir d'un espace d'intelligibilité commun et justifiée à partir de ce que valident la morale sociale – c'est-à-dire à partir de ce que les individus sont capables de consentir. C'est la règle exprimée par Holmes dans son *dissent* lors de *Lochner v. New York* (1905), lorsqu'il énonce que les *Social Statics* de Spencer ne sont pas la théorie des individus aux États-Unis (voir chap. V).

Une question d'importance se pose néanmoins, une fois acceptée cette approche pragmatique : comment lier cette épistémologie pragmatiste du droit avec une défense de l'approche économique et de l'efficacité⁸¹⁴?

4.2 L'épistémologie pragmatiste de Posner et l'approche économique

La fondation normative d'un critère d'adjudication est très largement remise en cause, pour Posner, du fait des idées fondamentales du pragmatisme : le *contextualisme* des décisions, prises en fonction des impératifs sociaux d'un moment donné; l'*antifondationnalisme* théorique, du fait du caractère ouvert et conflictuel de la décision judiciaire; l'*instrumentalisme* de la règle, à savoir que le raisonnement juridique n'est pas orienté vers le passé en recherche d'une fondation, mais vers le futur, en recherche d'une application pour *résoudre des problèmes*; et

⁸¹³ Ce test a donné lieu à une plaisanterie de Holmes : si ce test est le critère d'une bonne décision alors la décision dépend de ce que le juge a mangé le matin.

⁸¹⁴ C'est une question, *ceteris paribus*, qui se posait déjà pour Lippmann dans *La Cité libre*.

enfin le *perspectivisme*, qui souligne la dimension conflictuelle de toute interprétation en fonction des situations et des points de vue⁸¹⁵.

L'approche économique apparaît, cependant, en tension avec une telle approche ouverte, puisqu'elle introduit un formalisme et des principes normatifs, tel que l'efficacité – ce qui n'apparaissait pas chez Lippmann. Au sein de la théorie de Posner, il apparaît a priori difficile de justifier la maximisation de la richesse à partir de cette nouvelle épistémologie pragmatiste, dans laquelle aucun critère ne doit être favorisé. Plus encore, l'approche économique pourrait constituer un nouveau formalisme, contre lequel le pragmatisme devrait s'opposer par ses représentants modernes au sein des *critical legal studies*. Le pragmatisme, en mettant l'accent sur la conflictualité sociale, les querelles d'interprétation et l'indétermination du droit, semblerait plus à son aise aux côtés d'approches critiques, féministes, post-modernistes ou décoloniales (*Ibid.*, 2). Si l'on doit douter de tout et que les faits sont le résultat de nos perspectives, notre éducation, notre milieu, pourquoi, après tout, ne pas douter de l'efficacité et des bienfaits de l'analyse économique comme relevant également d'une vision tronquée du monde ? L'antidogmatisme professé revient à reconnaître qu'il ne peut y avoir de dogme absolu permettant de prendre des décisions, à commencer par l'efficacité elle-même. En somme, le tournant pragmatique dans la pensée de Posner, en voulant couper l'herbe sous le pied de ses critiques en montrant que leurs théories ne valent pas mieux, ne sape-t-il pas les conditions de possibilités de son propre projet théorique ?

La réponse à cette question est double. D'une part, et malgré les professions de foi pragmatiste de Posner, son pragmatisme est particulier et bien plus minimal que celui d'un Dewey, par exemple ; d'autre part, le pragmatisme offre une voie de justification instrumentale pour l'efficacité. Si le pragmatisme est ouvert, instrumental et a pour objectif d'agir sur le futur, il lui faut une théorie et des faits pour prendre ses décisions. Or, pour Posner, la théorie privilégiée pour fournir les faits au juge pragmatiste est l'économie. Commençons par explorer la seconde réponse, car je reviendrai sur la définition spécifique du pragmatisme de Posner dans les sections suivantes.

L'application du pragmatisme au droit est, certes, originale mais elle vient soutenir davantage que détruire l'analyse économique du droit. La raison est que l'analyse économique du droit est l'exemplification, au sein du droit, de ce que peut produire une enquête scientifique

⁸¹⁵ Une des références constantes de Posner, comme pour le premier Lippmann, est Nietzsche, qui est souvent associé au concept de *perspectivisme*. Posner classe d'ailleurs Nietzsche comme un quasi-pragmatiste, à l'instar de Wittgenstein ou Hume (Posner, 1996, 18).

(*scientific inquiry*) bien comprise. Posner voit sa propre contribution comme une participation à une théorie de l'enquête pour déterminer les règles de droit. En effet, l'analyse économique n'est pas dogmatique et fermée, réduisant l'humain à un *homoeconomicus* maximisant son utilité calculée en argent, mais ouverte à différents types de gratifications. Au contraire, les individus pensés dans les modèles économiques sont, pour Posner, des individus pragmatistes, qui ne sont pas rivés au passé, mais dans la recherche de biens futurs. Les modèles sont certes formels, mais ce formalisme permet une plasticité dans laquelle les variables à maximiser sont très largement indéfinies, ce qui fait de la rationalité économique une approche fondamentalement antiréductionniste (*Ibid.*, 15-16). De plus, les modèles sont faits pour être testés dans le but de prédire des comportements. En cela, l'approche économique est *instrumentale par excellence*. Les hypothèses sur la rationalité des agents ne visent pas à être réalistes, mais uniquement à pouvoir établir des prédictions et donc à être utiles pratiquement. Posner reformule ainsi l'épistémologie friedmanienne comme une épistémologie résolument pragmatiste. Il fait donc le lien entre d'un côté la défense d'une forme d'expertise issue de l'analyse économique, et une reconceptualisation de l'expérimentation pragmatiste. Posner montre que l'école de Chicago, maintes fois considérée comme introduisant un tournant dans l'histoire du néolibéralisme⁸¹⁶, peut en réalité être réintroduite dans l'histoire du néolibéralisme comme une certaine façon de considérer l'expérimentation politique⁸¹⁷.

Holmes avait établi la prophétie selon laquelle le futur du droit était dévolu aux hommes de science, Posner ne fait que réaliser cette prophétie en montrant comment le raisonnement judiciaire peut s'appuyer sur notre meilleure théorie du comportement humain, à savoir l'analyse économique, qui permet de s'extirper des débats philosophiques embrumés à propos de la cohérence des décisions juridiques vis-à-vis d'un système de droit, pour poser la question pragmatique par excellence : *quelles seront les conséquences de la décision judiciaire et comment les évaluer?* Quels sont les coûts et quels sont les bénéfices ? (*Ibid.*, 393). Posner admet, bien sûr, que d'autres théories issues des sciences sociales puissent intervenir pour répondre à cette question, qu'il s'agisse de l'histoire, de la philosophie ou de la sociologie. Cela dit, aucune de ces disciplines n'est capable du degré de prédiction et d'évaluation en termes d'analyse coût/bénéfice dont est capable l'économie. L'argument de Posner prend donc la forme suivante : (i) le juge pragmatiste est intéressé par les effets de ses décisions, (ii) il lui faut une

⁸¹⁶ Voir, sur ce point, Audier (2013) ou Caré (2016).

⁸¹⁷ Friedman propose ainsi plusieurs expérimentations à partir de ses positions théoriques, les plus connues étant l'impôt négatif sous forme de revenu universel, mais il a également proposé l'idée d'un ticket éducation, permettant aux familles de choisir leurs écoles, faisant de l'éducation un marché concurrentiel.

théorie permettant de prédire ces effets, (iii) la meilleure théorie pour le droit est l'analyse économique du droit que Posner défend, donc (iv) le juge pragmatiste doit s'appuyer très largement sur les leçons de l'analyse économique du droit.

Ce rapprochement n'est pas définitif, mais dépend de la situation actuelle, car c'est l'économie qui produit, dans notre période présente, la meilleure compréhension instrumentale des concepts du droit (*Ibid.*, 403-404). Le terme de "meilleur" pourrait être ambigu sans davantage de détails. Il ne s'agit pas, en effet, de dire que l'approche est la meilleure dans l'absolu, car Posner reconnaît que l'approche économique ne peut être fondée à partir d'aucune approche éthique normative, qu'elle soit kantienne, utilitariste, rawlsienne ou hayékienne⁸¹⁸, mais d'énoncer que l'approche économique est la meilleure pour la fin spécifique posée par le droit et dans l'état actuel de nos connaissances, à savoir déterminer la voie que doit suivre le droit (américain) étant donné notre connaissance des marchés, de la législature ou des valeurs partagées par les américains. L'argument sous-jacent est que si la majorité des activités humaines en société sont des activités qui s'apparentent au marché – ou qui sont des marchés plus ou moins implicites –, une thèse que Posner a déjà défendue auparavant, alors l'économie est, par définition, la discipline qui nous donne les meilleures informations, puisqu'il s'agit de la discipline qui étudie les marchés. Cette thèse est naturellement acceptable à partir du moment où on accorde que les relations sociales impliquent des décisions sur des moyens limités à usage alternatifs, ce qui implique (i) une rationalité instrumentale de la part des individus (Posner, 1990, chap. 12)⁸¹⁹ et (ii) que ces relations fonctionnent comme un marché, puisque les moyens obtiennent une valence en fonction des valorisations individuelles en concurrence.

Si un juge pragmatiste veut être un bon pragmatiste, et donc prendre une décision en fonction de données relatives à ce qu'il est prévisible qu'il arrive si la règle est acceptée, il doit puiser très largement dans l'analyse économique du droit. On comprend pourquoi une bonne théorie du droit doit être à la fois pragmatiste et économiste. Cela dit, pourquoi doit-elle également être libérale ?

⁸¹⁸ Posner ne mentionne pas ces différentes théories par hasard. Il pense, cependant, que sa défense de la maximisation de la richesse via l'analyse économique possède bien des affinités avec ces différentes théories.

⁸¹⁹ Dans ce chapitre, Posner énonce que tous les individus maximisent dans toutes les sphères de leur vie, en droit l'analyse économique peut donc s'appliquer à tous les comportements humains. Cela n'a rien de neuf, et Posner est dans la pure continuité de Buchanan ou Becker relativement à l'impérialisme méthodologique de l'économie.

4.3 La référence au libéralisme

Le libéralisme est, pour Posner, une des trois clefs pour fournir une bonne théorie du droit (Posner, 1995, xii). L'argument légitimant ce fait est, *prima facie*, que l'analyse économique du droit de Posner implique déjà le libéralisme, ou du moins une forme de libéralisme, en privilégiant les relations marchandes consenties et en défendant le modèle des sociétés libérales occidentales. Pour autant, Posner ajoute à cela trois autres arguments : l'argument de la *complémentarité* ; l'argument de la *correspondance avec l'épistémologie pragmatiste* ; et l'argument de la *réalisation des conséquences souhaitées par la communauté politique*.

Commençons par *l'argument de la complémentarité*. Le libéralisme sert à Posner à pallier les effets abusifs de l'analyse économique, qui ont notamment été mis au jour par les débats sur l'efficacité. L'analyse économique laissée à elle-même ne peut pas fonder normativement une distribution des droits, comme nous l'avons vu, et entraîne des conséquences absurdes. Le libéralisme, comme théorie politique défendant les droits fondamentaux des individus, répond aux absurdités provoquées par une théorie économique centrée sur le concept d'efficacité, qui entraînerait potentiellement une justification de l'esclavage ou la dépossession des droits fondamentaux des individus sur eux-mêmes et leur travail. L'analyse économique est, en effet, incapable de déterminer des limites conceptuelles sans faire appel à des conceptions libérales. Prenons le cas des *externalités* que mentionne Posner (1995, 23). Il n'existe pas de limites conceptuelles au concept d'externalité, puisque ce concept peut intégrer virtuellement tous les effets imposés aux autres produits par une activité. Dans ce cadre, on peut, par exemple, intégrer le concept *d'externalités mentales*. Lorsqu'un mendiant est dans la rue, il n'est pas conceptuellement contradictoire de dire qu'il provoque des externalités mentales, potentiellement du déplaisir chez certains individus à le voir ainsi. Doit-on, comme le proposait Bentham pour cette raison, interdire aux mendiants de mendier, car ils provoquent de la peine et du déplaisir chez les passants ? Rien dans le concept économique d'externalité, pour Posner, ne permet de réfuter cet argument. En effet, l'analyse économique du droit ne nous dit pas à qui nous devons assigner le droit en priorité : au mendiant, qui devrait être payé pour quitter les rues, ou au passant, qui devrait être payé pour pouvoir être dérangé ? Plus encore, ce concept, mais cela est le cas de toute utilisation de l'analyse économique du droit sans garde-fou, peut devenir un problème pour les libertés individuelles (ici la liberté de circulation). Le libéralisme vient compléter l'approche économique, en proposant une théorie morale minimale, qui limite l'extension de ce qui peut être considéré comme de la

coercition dommageable. Posner se réfère ici à John Stuart Mill dans *De la liberté*, et distingue les dommages directs aux autres individus et les dommages indirects. Si je suis choqué par la présence de mendiants dans la rue, le mendiant n'est pas la cause de ma douleur, mais ma perception du mendiant comme une mauvaise chose. Si je suis choqué par le fait qu'en privé des homosexuels puissent commettre des actes homosexuels, ces individus ne sont pas responsables de mon déplaisir, mes propres croyances en sont la cause. Chacun a le droit à un ensemble de libertés fondamentales qui doivent être préservées, tant qu'elles sont compatibles avec les libertés des autres. La liberté de circulation du mendiant, ou la liberté sexuelle pour l'homosexuel, sont plus fondamentales que la liberté à ne pas être visuellement dérangé par les mendiants dans la rue ou la liberté de ne pas avoir à imaginer des individus de même sexe avoir un rapport sexuel⁸²⁰. Pour revenir sur les exemples précédents qui sont problématiques pour l'efficacité, le libéralisme permet de répondre au problème de l'attribution originelle des droits de façon plus ou moins dogmatique, et empêche certains cas monstrueux d'advenir, par exemple lorsque l'efficacité implique une atteinte directe à la vie et à la sécurité d'autres individus. Dans ce cadre, la pollution qui réduit l'espérance de vie des enfants du quartier, pour reprendre un exemple donné plus haut, devient probablement inadmissible car allant contre les libertés fondamentales des individus. Le libéralisme, selon cet argument, est complémentaire de l'approche économique car il permet d'en encadrer la pertinence et de préciser les limites des concepts utilisés.

L'argument de la *correspondance à l'épistémologie pragmatiste* est différent et renvoie au caractère anti-fondationaliste. Le libéralisme est, en effet, une théorie qui reconnaît les droits de tous les individus, mais qui ne détermine pas une forme spécifique de la vie bonne. Comme l'ont exprimé Lippmann et Hayek avant Posner, le libéralisme est une théorie compatible avec le pluralisme profond des individus et la diversité des considérations morales. Le marché est un espace politique dans lequel les individus n'ont pas besoin d'être en accord pour être en relation. Si le pragmatisme est la philosophie adéquate pour vivre sans fondement, l'idéologie politique correspondante est le libéralisme, qui est historiquement la théorie laissant place à la cohérence et la diversité (*Ibid.*, 29). Il est, bien sûr, évident que l'ouverture à la diversité n'est pas infinie, puisque le libéralisme est averse à certaines positions politiques, comme les positions suprématistes de toutes sortes, qui nient à certains groupes l'existence de libertés fondamentales. Néanmoins, le libéralisme comme le pragmatisme sont des théories qui

⁸²⁰ La hiérarchisation des droits implique qu'un droit fondamental ne peut être mis de côté que s'il entre en conflit avec d'autres droits fondamentaux, mais jamais par un droit de niveau inférieur, comme le sont par exemple les droits économiques.

mettent en avant le caractère changeant des fondements, la dimension procédurale des décisions et l'impossibilité d'atteindre un point de vue radicalement hors de la mêlée. En cela, le pragmatisme est autant le complément épistémologique du libéralisme que le libéralisme le pendant politique du pragmatisme.

L'argument des *conséquences souhaitées pour la communauté* est une justification pragmatiste du libéralisme pour Posner (*Ibid.*, 25-26). L'argument est simple et nous l'avons déjà rencontré à plusieurs reprises, à savoir que l'argument pragmatique pour la défense du libéralisme est que l'existence de marchés concurrentiels sont les conditions *sine qua non* pour la réalisation effective des libertés et la prospérité économique, qui sont les conséquences désirées par les individus. Historiquement, nous dit Posner, les sociétés libérales, encourageant la propagation d'information de manière non-coercitive par le marché, limitant les violences, maximisant la production de richesse, évitant la centralisation de la prise de décision et luttant contre les tendances sectaires, sont les sociétés couronnées de succès dans lesquels les individus veulent vivre.

4.4 Une justification pragmatiste de l'efficience ?

Les arguments de Posner, liant pragmatisme, approche économique et libéralisme, font écho à ses prises de positions précédentes sur l'efficience. Le résultat est similaire et consiste à pointer que les individus préfèrent les sociétés libérales maximisant la richesse, et donc que l'efficience est désirable. Cela signifie aussi, par corollaire, que les individus consentent à ces sociétés, quoiqu'ils en disent. La question de la justification du libéralisme et des marchés concurrentiels rencontre donc très largement la défense du fait que les individus consentent à ces sociétés – chez Posner comme chez Buchanan. Posner ajoute l'adverbe *pragmatiquement* à son énoncé, pour désigner qu'il ne s'agit pas d'une théorie fondée et systématique, mais que cela correspond dans le jugement judiciaire à ce qu'on considère comme une *bonne conséquence*. Les juges peuvent prendre des décisions qui favorisent l'efficience, car ils savent que cela produit des résultats bénéfiques, à savoir la défense des libertés individuelles par le biais d'un marché non-coercitif. En énonçant une telle défense pragmatique, Posner réduit le cadre de validité de sa position. Il ne s'agit plus de produire une théorie générale et anhistorique défendant l'efficience,

mais de produire une théorie de l'adjudication par les juges *au sein des sociétés occidentales*⁸²¹. À l'instar de Rawls, Posner est contraint avec le temps de réduire l'ambition théorique de sa position pour l'appliquer à *des sociétés réelles dans des conditions non-idéales*. Comme Rawls, Posner semble énoncer qu'il fait, néanmoins, appel à une conception normative minimale qui pourrait être raisonnablement partagée, à savoir que si la richesse est le moyen pour mener des fins différentes chacun peut vouloir que ces moyens soient maximisés.

En somme, le recours au pragmatisme ne change pas le fond de la défense de l'efficacité, mais il en réduit la portée⁸²². Il ne s'agit plus de dire que le critère peut être un principe déterminant le choix social en général, mais uniquement un principe important dans l'adjudication pour les juges⁸²³. De manière similaire, il ne s'agit plus d'en proposer une théorie philosophique générale, mais uniquement de pointer que le principe est pertinent au sein des sociétés occidentales, dans lesquelles les individus valorisent effectivement la production de richesse. Posner semble répondre à la critique de Coleman : l'efficacité n'est plus un principe philosophique absolu, mais devient un principe, certes important et privilégié par Posner, parmi d'autres éventuels. En un sens, la justification pragmatique est plus pauvre, car elle ne cherche pas à se fonder, mais repose uniquement sur ce que les juges peuvent considérer comme bon, étant donné la représentation qu'ils se font de ce que veulent les individus. Dans ce cadre, les présupposés sont les mêmes que précédemment, à savoir que (i) les marchés concurrentiels fonctionnent en respectant les droits des individus et (ii) promouvoir l'efficacité a des effets bénéfiques pour tous dans le but de répondre aux problèmes sociaux. Cela revient à dire que l'efficacité est à favoriser, car elle est déjà favorisée par les individus dans nos sociétés comme moyen d'advenir à des fins diverses.

⁸²¹ Cette thèse se trouvait, bien sûr, défendue au moment de la formation de la Société du Mont-Pèlerin, comme nous l'avons vu dans la première partie de cette thèse.

⁸²² Posner reconnaît très largement qu'il a dû modifier sa position suite aux critiques, voir notamment Posner (2007, 11-12): "An article that he [Dworkin] wrote many years ago forcefully criticizing my views about wealth maximization, though it overstated his case, was convincing and caused me to alter those views, albeit grudgingly of course, and with a lag."

⁸²³ Posner (1996, 1154-1155) réitère une défense plus modeste de l'efficacité, comme valeur sociale parmi d'autres: "to the extent that distributive justice can be shown to be the proper business of some other branch of government or policy instrument (for example, redistributive taxation and spending) and that ignoring distributive considerations in the particular domain of decision making that is under consideration will not have systematic and substantive distributive consequences, it is possible to set distributive considerations to one side and use the Kaldor-Hicks approach with a good conscience. This assumes, as I have said, that efficiency in the Kaldor-Hicks sense (...) is a social value."

4.5 Mieux que de la "pâtée pour chien" ?

L'expression de pâtée pour chien (*dog's dinner*), pour caractériser le pragmatisme de Posner, vient de Dworkin (1991, 359-360). Le pragmatisme serait une philosophie bien trop vague et générale, si ce n'est vide (*empty*), pour justifier quoi que ce soit, car chacun pourrait y trouver son compte. Dans cette partie, je me concentrerai sur deux aspects, à savoir la teneur du pragmatisme de Posner et sa défense maintenue de l'efficacité. Je montrerai qu'il ne peut maintenir une défense de l'efficacité qu'au prix d'un affaiblissement de son pragmatisme, et qu'un pragmatisme conséquent implique un affaiblissement considérable de sa défense de l'efficacité, au point de la rendre triviale. Pour faire apparaître la position de Posner en contraste avec une conception développée du pragmatisme, je prendrai en contrepoint le pragmatisme de John Dewey, auquel Posner se réfère à plusieurs reprises dans ses travaux. Je ne prétendrai pas ici présenter une lecture systématique de Dewey, mais me référerai uniquement à l'orientation générale de son pragmatisme qu'on peut notamment lire dans ses textes traitant de philosophie politique, tels que *The Public and Its Problems* (1927), *Individualism Old and New* (1930) ou encore *Liberalism and Social Action* (1935)⁸²⁴.

Posner est, dans une certaine mesure, assez connaisseur de l'histoire et de la pensée pragmatique, mais la vision qu'il propose du pragmatisme est minimale et volontairement déflationniste. Du fait de sa critique de la philosophie, Posner tend même à distinguer le pragmatisme dans le cadre du droit et le pragmatisme philosophique (Posner, 1996). À l'opposé, Posner se réfère souvent, particulièrement dans ses derniers écrits (Posner, 2003) au "*everyday pragmatism*", plutôt qu'au pragmatisme classique de Peirce, James, Dewey, ou encore celui de Rorty. Le pragmatisme quotidien est décrit non pas comme une méthode mais comme un état d'esprit de résolution des problèmes. Le pragmatisme est donc réduit à quelques idées fondamentales, comme le fait d'être "pratique et professionnel", opposé aux "absurdités" (*nonsense*) ou encore aux "rêveurs utopiques" qui théorisent dans l'abstrait (*Ibid.*, 49-50). En définissant le pragmatisme habituel, Posner prétend rendre raison d'un sens commun, auquel il est difficile de trouver des opposants. Qui, en effet, se réclamerait de l'abstraction pure sans effectivité, de l'absurdité et du rêve utopique ?

⁸²⁴ Posner se réfère Dewey en tant que "Professeur Dewey" (Posner, 2003, 13), bien que le livre soit en parti dirigé contre la conception de la démocratie défendue par cet autre auteur de Chicago. Pour une réception systématique, à l'aune d'une lecture plus complète de Dewey, de l'ouvrage de Posner, voir Sullivan et Solove (2003).

La visée pratique qu'identifie Posner est, avant tout, la relation de moyen à fin. Une fois une finalité ou un but identifié, le jugement pragmatique est celui qui met en place les moyens d'arriver à une fin donnée. Posner exprime cela en répondant à une question de Dworkin, qui lui demande à quoi sert le pragmatisme dans le droit, dans un passage qui mérite d'être cité :

Souvent, à mon niveau de l'appareil judiciaire (moins souvent au sein de la Cour suprême), les juges partagent les prémisses de la décision – ils conviennent, par exemple, que l'objectif du droit des contrats est de promouvoir l'efficacité des transactions – et lorsqu'il en est ainsi, une décision fondée sur la raison instrumentale est possible. Le pragmatisme peut aider à guider le processus de raisonnement dans un tel cas en invitant les juges à considérer les conséquences pratiques – quelle décision permettra d'atteindre l'objectif du domaine du droit en question ? Et Dworkin de demander : mais qu'en est-il des cas où les juges ne sont pas d'accord sur les prémisses de la décision ? Comment le pragmatisme peut-il les aider dans cette situation ? Ces cas se situent dans ce que j'appelle la zone ouverte, où les matériaux conventionnels de la prise de décision judiciaire manquent et où les juges, s'ils veulent trancher l'affaire plutôt que de baisser les bras, sont obligés de rendre un jugement législatif.

(Posner, 2007, 12)⁸²⁵.

Ce passage nous apprend un élément important, à savoir que le pragmatisme de Posner présuppose l'acceptation de fins, et n'est qu'un état d'esprit permettant de répondre au problème pratique de la résolution du problème tel qu'il est perçu par une communauté donnée, à savoir les juges, qui reconnaissent que la finalité du droit contractuel est de favoriser l'efficacité. Trois objections majeures apparaissent : (i) Comment sait-on exactement quelles valeurs sont partagées par les individus, lorsque la décision concerne autre chose qu'un tribunal avec quelques juges ? Si le libéralisme est la position politique pluraliste selon laquelle les fins ne sont pas partagées, comment peut-on le combiner avec le pragmatisme ? (ii) Cette définition du pragmatisme comme centré exclusivement sur la relation fin-moyen, dans laquelle la fin est

⁸²⁵ L'original dit : "Often at my level of the judiciary (less often in the Supreme Court), the judges do share the premises of decision – they agree for example that the purpose of contract law is to promote efficiency in transactions – and when that is so, a decision based on instrumental reason is possible. Pragmatism can help guide the reasoning process in such a case by inviting the judges to consider practical consequences – what decision will conduce to achieving the purpose of the area of law in question? And Dworkin asked, but what about the cases in which the judges do not agree on the premises of decision? How can pragmatism help them then? Those are cases in what I call the open area, where the conventional materials of judicial decision-making run out and the judges, if they are to decide the case rather than throw up their hands, are compelled to make a legislative judgment" (Ma traduction).

déjà déterminée, implique que le pragmatisme de Posner ne peut rien faire d'autre que d'accepter les valeurs socialement dominantes quelles qu'elles soient, ce qui conduit à une position éminemment conservatrice. Les positions de Posner sur les questions sociales, comme la légalisation de l'homosexualité ou de l'avortement, se comprennent ainsi du fait que la validité du jugement est déterminée par l'acceptabilité sociale de certaines valeurs. (iii) Le pragmatisme est très largement réduit à un instrumentalisme, en perdant tout son versant méthodologique et critique, qui consiste non seulement à régler des problèmes, mais aussi à surmonter les faux problèmes que peuvent se poser une communauté. Si on doit accepter les fins sociales telles qu'elles sont exprimées, on se prive de l'inventivité de la méthode pragmatique à même de surmonter des problèmes mal posés⁸²⁶.

Le premier problème peut s'exprimer d'une manière restrictive ou d'une manière extensive. La manière restrictive consiste à dire que seuls les domaines dans lesquels un accord effectif entre individus sur les finalités existe peuvent être l'objet d'un choix pragmatique instrumental. Dans ce cadre, l'efficacité doit être présupposée et acceptée pour être mise en place. Ces domaines limités sont, par exemple, le droit contractuel ou la *tort law*. Dans le cadre de cette interprétation, la thèse de Posner devient suffisamment modeste pour être quasiment inattaquable. Rares sont, en effet, ceux qui défendent que l'efficacité ne doive jamais être un critère de choix, spécifiquement dans les champs décisionnaires qui ont été façonnés par ce critère. L'interprétation extensive s'appuie sur la théorie du consentement que maintient Posner. Quelle est la manière de vérifier que les individus acceptent des valeurs communes ? Faut-il leur demander leur avis explicitement au cours d'une délibération, ou peut-on supposer leur accord par le biais de leurs représentants⁸²⁷, ou tout simplement par le fait qu'ils participent effectivement au jeu en cours ? Posner écarte très largement l'hypothèse d'une participation démocratique des individus, car la démocratie participative et délibérative serait proprement irréaliste, et préfère les deux autres options. Les juges sont autorisés à inférer de l'ordre social en vigueur des valeurs partagées de manière plus large que si on donnait effectivement aux individus le droit de s'exprimer sur les questions fondamentales en vigueur. Comme j'ai déjà discuté longuement les questions de consentement et d'identification de ce qui est accepté par

⁸²⁶ Sur ce point voir notamment Dewey, cité dans Sullivan et Solove (2003, 732): "[T]he conviction persists—though history shows it to be a hallucination—that all the questions that the human mind has asked are questions that can be answered in terms of the alternatives that the questions themselves present. But in fact intellectual progress usually occurs through sheer abandonment of questions together with both of the alternatives they assume—an abandonment that results from their decreasing vitality and a change of urgent interest. We do not solve them: we get over them."

⁸²⁷ Posner propose d'ailleurs de diversifier les juges, pour qu'ils soient plus représentatifs de la population en général.

les individus, je ne m'appesantis pas à nouveau sur cette question. Cela dit, il convient de noter qu'on retrouve chez Posner-3 les mêmes problèmes du consentement que précédemment, et ce à partir d'un cadre théorique significativement différent. Il faut noter une conséquence importante du propos de Posner : le pragmatisme de Posner inhibe très largement la formation *d'un public à même de mener une enquête* et d'interroger les fins sociales présentées comme allant de soi⁸²⁸.

Le second problème porte directement sur ce point, car rien n'indique a priori qu'on doive accepter que le *de gustibus non est disputandum* s'appliquent aux fins. Les valeurs sociales ne sont pas uniquement des questions de goût individuel, mais des questions politiques à traiter. En reléguant la discussion des valeurs à une discussions non fructueuses portant sur des goûts, Posner passe sous silence le fait que les valeurs ne sont pas uniquement des caractéristiques individuelles (comme le fait d'aimer les pommes plutôt que les poires, ou préférer Beethoven à Gims), mais des principes guidant la pratique et ayant des implications pour tous les individus. Le scepticisme peut, certes, porter sur le fait qu'il est parfois difficile, en discutant de valeurs sociales, d'arriver à fixer une décision, mais cela ne signifie pas qu'il faille faire l'économie de ce type de discussions, pour au moins identifier sur quoi portent exactement les désaccords, et les compromis que sont prêts à faire les différents partis. Ainsi, la discussion peut révéler que les individus ne se trouvent pas en désaccord irrémédiable sur tous les problèmes, mais que certains problèmes spécifiques peuvent être définis de manière commune.

Cela signifie donc que sous l'apparence d'être banal, intuitif et très largement neutre car instrumental, le pragmatisme de Posner est en réalité une position politique spécifique qui ne dit pas son nom. C'est, en effet, le troisième problème qui apparaît ici, car Posner propose une vision très spécifique du pragmatisme. Il est contraire à l'enquête que les résultats soient figés d'avance, selon les positions de Posner même qui plaide pour l'ouverture et le non-dogmatisme. Une enquête interrogerait aussi bien la constitution du problème que ses méthodes de résolution, puisque, en suivant Dewey, la reformulation d'un problème est la première étape de sa résolution. Dans ce cadre, on peut et on doit interroger les fins sociales présentées comme naturelles : d'où viennent-elles ? Sont-elles justifiées, par qui ? Sont-elles légitimes dans leur application ? Qui bénéficie de ces normes et comment ? Ces questions ne sont pas des abstractions oiseuses à même de tomber dans la catégorie de la théorisation fumeuse décriée

⁸²⁸ La théorie des publics est développée chez Dewey (1927) en réponse à Lippmann (1925a, b).

par Posner, mais des questions théoriques nécessaires pour toute orientation pratique, sous peine de ne proposer qu'une défense du *statu quo* qui, loin d'être neutre, se révèle être le véhicule d'un conservatisme social et politique. Plus encore, lorsque l'enquête pragmatique est démocratique⁸²⁹, celle-ci se pose directement la question des fins et de leurs concurrences : quels sont les problèmes pressants ? Quelles sont les finalités collectives pertinentes ? Ces fins sont-elles contestées, dans quelle mesure ? Si certaines fins sont concurrentes, peut-on découvrir un fond d'accord commun ? En somme l'entreprise délibérative propre à une enquête pragmatique implique nécessairement une interrogation sur les finalités sociales, leur validité et leurs comptabilités éventuelles.

Si, comme chez Dewey, le pragmatisme est avant tout une méthode caractérisée par l'enquête (*inquiry*), qui peut se mener aussi bien dans le champ scientifique que dans celui du sens commun, cette enquête est définie par le fait de *constituer* le problème tout autant que par le fait de proposer des solutions. En somme, l'enquête sociale par les individus, un public, n'est jamais purement instrumentale. Dewey développe ce qu'il entend par enquête dans la VIème partie de sa *Logique, la théorie de l'enquête* (1938). L'enquête n'est pas définie par une pure relation instrumentale entre fin et moyen, car la première étape de l'enquête consiste dans la délimitation d'un problème commun (*Ibid.*, 172-173) : "constater qu'une situation exige une enquête est le premier pas de l'enquête". Plus encore, Dewey exprime que l'enquête est ouverte et indéterminée. S'il y a enquête et constitution d'un public délibératif à partir d'un problème identifié, il faut laisser la finalité de l'enquête libre d'être constituée au cours du processus d'enquête lui-même. Dans le cas de l'efficacité, c'est précisément ce qui n'est pas fait car l'efficacité est posée comme un principe a priori auquel doit *se conformer l'enquête*. Or, le pragmatisme comme méthode ne peut qu'être très largement tronqué s'il est réduit à la pure sélection des moyens les plus efficaces pour remplir une fin prédéterminée, et si on met de côté que, dans certaines situations, c'est l'efficacité elle-même qui peut *poser des problèmes*⁸³⁰.

⁸²⁹ Ce qu'elle n'est pas chez Posner (2003), ou du moins sans une forme limitée de démocratie proche de ce qui est défendue chez Lippmann. Posner distingue, en effet, deux concepts de démocratie, qui recourent la distinction entre démocratie délibérative et participative, et la démocratie représentative caractérisée par l'importance sociale de l'expertise. Posner soutient que la deuxième conception de la démocratie est la plus pragmatique, à contre-emploi de la plupart des auteurs pragmatistes contemporains. Voir, par exemple, pour une défense contemporaine de la démocratie pragmatiste comme démocratie délibérative les travaux de Robert Talisse (2004, 2019), qui a directement répondu à Posner en s'appuyant sur Dewey (Talisse, 2005).

⁸³⁰ Voir par exemple Dewey (1927, 213) sur l'impossibilité de conserver une conception de la valeur sociale *in abstracto* : "As we saw in our early consideration of the theme of the public, the question of what transactions should be left as far as possible to voluntary initiative and agreement and what should come under the regulation of the public is a question of time, place and concrete conditions that can be known only by careful observation and reflective investigation. For it concerns consequences; and the nature of consequences and the ability to

Dewey (1927, 220-221) défend que l'enquête sociale doit nécessairement être expérimentale, ce qui signifie, selon lui, que (i) les concepts utilisés soient eux-mêmes des instruments issus d'une enquête, et (ii) que les politiques proposées soient des hypothèses de travail et non pensées comme des solutions définitives. Par ailleurs, l'enquête ne peut pas être menée par des individus privilégiés que sont les juges dans toutes les circonstances, mais doit être démocratique⁸³¹, car la légitimité des décisions ne peut venir que des individus eux-mêmes, qui sont chargés de formuler les problèmes et de prendre les décisions à la lumière de ce que les experts peuvent apporter. En somme, le pragmatisme est, chez Dewey, une méthode de transformation sociale par une théorie de l'enquête ; chez Posner, le pragmatisme est uniquement une méthode visant à répondre efficacement à des problèmes déjà identifiés. La différence est de taille car, en disjoignant le pragmatisme d'une théorie de l'enquête robuste, Posner est amené à affaiblir considérablement son pragmatisme jusqu'à le rendre trivial et vague. Au contraire, si on est amené à adopter un pragmatisme plus robuste, comme celui que je viens d'esquisser avec Dewey, alors la défense de l'efficacité devient très largement contingente et incertaine, étant donné que l'enquête empirique ne peut fournir à l'avance ses conclusions. Or, la solution privilégiée par Posner est connue : imiter le marché. Il est évident que cette réponse systématique ne peut être compatible avec une forme de pragmatisme minimalement épais et non-trivial⁸³².

En somme, Posner est amené à défendre une position pragmatiste qui loin de fournir le sésame d'une justification d'une société libérale sans fondements normatifs absolus, entre en tension avec sa propre défense du libéralisme caractérisé avant tout par la promotion de l'efficacité. Il faut donc ou bien sacrifier l'efficacité ou accepter une conception minimale du

perceive and act upon them varies with the industrial and intellectual agencies which operate. A solution, or distributive adjustment, needed at one time is totally unfitted to another situation." Voir également Dewey (*Ibid.* 125) pour la critique selon laquelle l'enquête ne peut être subordonnée à des fins et des méthodes pré-existantes.

⁸³¹ Dewey (*Ibid.*, 225) : "The world has suffered more from leaders and authorities than from the masses." Dewey laisse cependant une très large place aux experts dans l'enquête, mais pas une position décisionnaire, voir ainsi, même page : "Inquiry, indeed, is a work which devolves upon experts. But their *expertness is not shown in framing and executing policies, but in discovering and making known the facts upon which the former depend.* They are technical experts in the sense that scientific investigators and artists manifest expertise. It is not necessary that the many should have the knowledge and skill to carry on the needed investigations; what is required is that they have the ability to judge of the bearing of the knowledge supplied by others upon common concerns." (Je souligne)

⁸³² Kirat (2005) fait écho à cette critique, en citant Morton Horwitz : "l'assertion courante selon laquelle le mouvement politiquement conservateur de *Law and Economics* est l'héritier authentique du Réalisme juridique au nom du fait que les deux partagent une approche instrumentale et conséquentialiste du droit ne peut être acceptée qu'à la condition de traiter le réalisme, pour reprendre les termes de Karl Llewellyn, comme une simple 'méthodologie', ou une 'technologie' entièrement distincte de ses finalités progressistes sur les plans de moral et politique. À la lumière des brillantes analyses des conditions sociales et politiques sous-jacentes au marché offert par les réalistes, ce serait une ironie particulière que de voir le mouvement *Law and Economics* réussir à rétablir l'image réifiée du marché comme neutre, naturel et nécessaire, que la pensée juridique classique avait entretenu."

pragmatisme. Étrangement, Posner semble avoir accompli les deux mouvements. L'efficacité apparaît comme étant un concept de plus en plus marginal chez Posner, puisque Posner est même amené, à la suite de la crise de 2008, à adopter des positions critiques envers le marché, la concurrence, et le capitalisme occidental (Posner, 2009), et le pragmatisme est pensé explicitement comme un instrumentalisme volontairement distingué du pragmatisme philosophique traditionnel (Posner, 2003).

Conclusion

L'approche de Posner constitue une reconfiguration de notre problème directeur. En développant une théorie de l'efficacité à même de dire le droit, et donc d'instituer de *bonnes règles du jeu*, le travail du juge de Chicago ouvre la perspective d'une résolution scientifique du problème qui tiraille les néolibéraux depuis les années 1930. Les ordolibéraux avaient bien tentés de fonder la rationalité des règles constitutionnelles à partir d'une métaphysique de l'ordre, mais leur tentative relevant de l'expertise juridico-économique relevait d'un point de vue épistémique contesté. La particularité de l'approche de Posner est de faire appel à un modèle du marché pour justifier l'existence de règles imitant le marché, qui fonctionne comme point de référence normative acceptable par tous et donc ne se réclamant pas d'un point de vue épistémiquement contesté. En somme, l'usage des instruments de l'analyse économique et du modèle du marché tiré du théorème de Coase seraient suffisamment neutres pour fournir une justification universellement acceptable de sa philosophie du droit. Ce faisant, Posner est conduit à développer une théorie philosophique plus générale, et non seulement une théorie du droit descriptive ou une analyse économique des règles. Plus encore, il produit en réalité deux théories.

La première théorie, celle que j'ai appelé Posner-2, représente ce que j'ai nommé, au début de cette seconde partie, l'hybridation entre théorie économique – développée principalement au sein de l'École de Chicago, puisque Posner crédite essentiellement Stigler et Becker pour son éducation – et théorie néolibérale. Posner hérite, en effet, de la question de la génération des règles et de leur transformation, et y répond au moyen d'une théorie économique, justifiée par une théorie philosophique normative sous-jacente. Les règles permettent d'établir un espace d'intelligibilité commun, et certaines ont évolué spontanément de manière à favoriser la maximisation de richesse. Posner avance également une théorie de

l'évaluation et de la transformation. L'efficacité devient un critère de la transformation juridique, à partir de la capacité à payer des individus. Pour faire de ce critère un critère architectonique, Posner est entraîné sur le terrain de *la justification*. Dans ce cadre, on retrouve, chez Posner comme chez Buchanan avant lui, le thème du consentement aux règles comme structurant, puisque l'argument cherche à établir instrumentalement (i) que la maximisation de la richesse est à l'avantage de tous, mais aussi – puisque cela ne suffit pas de dériver l'avantage rationnel des individus à l'efficacité, en cela il faut aller plus loin que la matrice normative du théorème de Coase – (ii) que cet état de fait est consenti par les individus, qui acceptent donc les règles de l'efficacité, au moins dans le cadre restreint des sociétés de marché occidentales. Non seulement une société de marché est à l'avantage des individus et produit des vertus appréciables par tous, mais elle rencontre également l'assentiment général des populations.

Le problème de la justification se conjugue ici avec le problème épistémique congénital au néolibéralisme. Celui-ci se pose à plusieurs niveaux, chez Posner. D'une part, la tentation de remonter à des principes premiers pour fonder l'importance de la maximisation de la richesse, se heurte à des objections fortes sur la désirabilité morale de ce critère, en plus de problèmes de cohérence interne, comme nous l'avons vu. D'autre part et surtout, ce positionnement suppose la possibilité d'évaluer les arrangements sociaux depuis un point de vue extérieur, qui entraîne vers une forme de planification libérale reposant sur un positionnement analogue à la planification socialiste.

Le recours au pragmatisme se comprend au sein de cet espace problématique, dans lequel l'appel à une fondation définitive est hors de propos. Le Posner pragmatiste est celui que j'ai appelé Posner-3. Le pragmatisme joue, chez Posner comme chez Lippmann avant lui, deux rôles. Tout d'abord, il fournit une justification instrumentale à aux sociétés de marché – mais plus largement, il s'agit d'une forme de pragmatisme qu'on retrouve chez l'ensemble des néolibéraux. L'argument par l'efficacité est, cependant, plus fort que l'argument de Lippmann selon lequel le marché est une forme historique contingente qui évite, lorsqu'il est bien encadré et régulé, la domination des individus à la volonté arbitraire d'autrui et réalise une situation saine de concurrence. En effet, l'argument de l'efficacité n'est possible que s'il y a un marché sur lequel évaluer les *willingness to pay*. Il s'agit moins d'accepter le marché comme un moyen, que d'accepter les relations marchandes dans une société libérale comme la norme pour juger tous les arrangements institutionnels. Chez Posner, en creux, c'est l'existence d'une telle société et son caractère indépassable qui est donc posé. Le contexte est certainement à souligner sur ce point. Lippmann écrit lors d'une crise du libéralisme dans les années 1930, alors que le contexte

des années 1970-1980, dans lequel s'inscrit Posner, est radicalement différent, et est caractérisé, au contraire, par le retour en force des idées néolibérales, puisque le moment correspond à ce que beaucoup de personnes (et surtout des critiques) appellent la "contre-révolution néolibérale" (voir Introduction générale). Ensuite, et de manière plus importante, le pragmatisme joue un rôle de façon à contrer les problèmes qui émergent chez Posner-2. Posner-3 définit le pragmatisme avant tout comme une théorie antifondationaliste, qui part du critère du consentement aux règles, et de la référence aux valeurs des individus, pour répondre à la question de la justification. Dans ce cadre, il ne s'agit plus de se demander, dans l'idéal, comment nos concepts *peuvent être justifiés*, mais comment, de fait, ils sont *acceptés dans une communauté donnée*. Le juge acquiert une place privilégiée, puisque Posner (2003) refuse toute théorie participative et délibérative de la démocratie comme profondément irréaliste, car il doit être capable *de sentir* – la décision juridique se rapproche, dans la continuité du pragmatisme juridique de Holmes, davantage du flair de l'inspecteur que du travail scientifique, même si Posner argumente sur la nécessité de jugements informés par des données – et de rapporter les valeurs des individus qui composent la société libérale. Au-delà des critiques mentionnées à la fin du chapitre sur ce pragmatisme, il faut mesurer la particularité de ce geste, qui ouvre vers une conception non-idéale et antifondationaliste du processus de justification des règles. En cela, le thème du consentement et de l'acceptation des règles constitue, comme chez Hayek et Buchanan, un thème au long cours du néolibéralisme comme philosophie politique. Je reviendrai sur ces points importants pour la théorie politique néolibérale dans la conclusion générale de cette thèse.

Gouverner par les règles, c'est-à-dire réaliser le souhait des néolibéraux lors du colloque Lippmann ou des débuts de la Société du Mont-Pèlerin, qui consiste dans le développement d'une planification à proprement parler libérale – formule qui, désormais, n'apparaît plus du tout paradoxale –, fondée sur la constitution des règles du jeu, trouve donc une expression particulière chez Posner, qui nous montre comment des règles peuvent être justifiées sans faire appel à un critère objectif, tout en conservant donc le pluralisme inhérent aux sociétés libérales. Si Posner est, très certainement, moins attentif que Lippmann, Hayek et Buchanan à la théorie philosophique de l'ordre et à la différence entre le système de règles et l'ordre des actions, qui est une distinction qu'on retrouve et qui structure, implicitement ou explicitement, la théorie sociale et politique des trois autres auteurs mentionnés, il se distingue ainsi par deux traits saillants, à savoir d'un côté l'attention particulière au détail du droit, qui est omniprésent dans la vie d'une société libérale, puisque virtuellement toutes les interactions sociales sont réglées

(en cela le néolibéralisme n'est pas moins structurant qu'une autre théorie politique), et de l'autre la possibilité de développer une justification à partir des valeurs et des opinions des individus dans une société plurielle. À l'instar de Buchanan et du second Hayek, il ouvre la voie vers un régime de justification non-idéal des règles du jeu, c'est en cela qu'un développement spécifique devait lui être dévoué.

À bien des égards, les théories de Posner ne constituent pas la fin de l'histoire. On peut observer une continuation des théories néolibérales, de plus en plus revendiquée (Vallier, 2021), à partir des années 1980-1990 – j'y reviens par ailleurs en conclusion. Ce que Posner nous permet, néanmoins, de montrer, c'est que la diversité théorique des théoriciens néolibéraux, et les conflits qui les traversent, ne sont intelligible qu'à partir d'une même compréhension problématique. Hacking (1983) écrit, en parlant de la relation, marquée par de nombreux désaccords, entretenue par Popper et Carnap, qu'un désaccord fructueux et terme à terme (sur le statut de l'induction, le rapport entre théorie et expérience, le critère de scientificité, le fondationnalisme, etc.) n'est possible que si les deux auteurs partagent, au fond, une même *image de la science*, c'est-à-dire, pour Carnap et Popper, une même représentation de la science comme en progrès constant, distinguée par le contenu empirique des propositions, capables d'énoncer des lois générales et susceptible d'être testées etc. Les néolibéraux, de même, s'opposent sur bien des choses (le statut de la formalisation, la rationalité des individus, la plus ou moins grande dimension régulatrice de l'intervention, l'accent plus ou moins mis sur la dimension évolutionniste, etc.), mais ces oppositions ne peuvent être saisies qu'à partir de l'arrière-plan d'un problème commun, qui émerge historiquement en situation de crise, mais ne cesse d'être thématiqué et repris, y compris dans ses ambiguïtés et ses aspérités, par la suite : le problème d'une intervention légitime sur les règles du jeu en vue d'instituer les marchés concurrentiels. Hayek, Buchanan et Posner incarnent trois recompositions possibles et influentes, en friction les unes avec les autres sur des points particuliers – quoique de manière moindre que ce que les auteurs eux-mêmes reconnaissent parfois –, qui soulignent, par leur originalité autant que par leurs difficultés, la pluralité et les inflexions de cette problématique originelle.

Conclusion générale. Dépasser le néolibéralisme. Tirer les leçons des diagnostics néolibéraux pour la philosophie politique.

Reconnaître une unité problématique au néolibéralisme consiste à lui accorder une existence, et une pertinence, au-delà de l'accusation d'idéologie, d'une théorie politico-économique simpliste, ou même d'une théorie originale qui serait avant tout un moyen détourné de défendre les intérêts des plus puissants. J'ai mentionné, dans l'introduction, de nombreux travaux critiques faisant du libéralisme une simple idéologie ou un impérialisme économique. Même dans les travaux plus informés sur le néolibéralisme, on retrouve souvent l'idée d'une théorie qui s'impose, avant tout, de manière autoritaire ou qui constitue, en dernière analyse, une théorie dans l'intérêt des classes dominantes⁸³³. Sans dire que ces critiques sont mal dirigées et qu'elles ne pointent pas d'éléments véritables – j'ai discuté à de nombreuses reprises les hypothèses néolibérales, et souligné certaines tendances conservatrices ou de défense des intérêts des populations les mieux dotées –, je porte, dans cette thèse, un autre regard sur les théories néolibérales.

L'objectif de cette thèse est double, comme indiqué dans l'introduction générale. D'une part, reconstruire, dans son *unité problématique*, une théorie politique qu'on peut spécifier sous le vocable de néolibéralisme – dans la continuité d'une littérature récente identifiant historiquement ce courant –, d'autre part, car ce travail n'est pas historique – ou plutôt, s'il se fonde sur des recherches historiques, il s'intéresse avant tout à l'évaluation des thèses qui se développent dans les contextes étudiés –, souligner, ce qui, au sein des théories néolibérales, constitue *une ressource pour la philosophie politique contemporaine*. Qu'on pense avec ou contre, il faut percevoir que les néolibéraux affrontent un problème original, longuement élaboré et diversement traité, et que leurs réponses méritent discussion et analyse, car ils ont identifié certains défis importants de notre époque.

Dans cette conclusion, je propose, tout d'abord, de revenir sur la problématique générale du gouvernement par les règles et ce qui en résulte à ce stade de notre analyse, notamment au vu du traitement, par les néolibéraux, des trois sous-problèmes qui en sont la conséquence

⁸³³ Ainsi, Dardot et Laval (2009), Peck (2010), Mirowski (2013), Davies (2014), Mirowski et Nik-Khah (2018), Slobodian (2018) ou encore Brown (2019), défendent, tout en conduisant des analyses rigoureuses et informées, une position critique vis-à-vis du néolibéralisme qui tend à le considérer comme divers, mais avant tout comme une théorie en dernier lieu à laquelle il faut s'opposer.

directe : le *problème de la justification*, le *problème épistémique*, et le *problème juridique* (section 1). Ensuite, je propose de développer les ressources philosophiques à tirer de notre analyse pour la philosophie politique contemporaine. Les néolibéraux défendent, en effet, une théorie non-idéale, prenant en compte une diversité maximale des intérêts et du pluralisme, ainsi que la complexité inhérente à la *Great Society*. La question de la promotion et de la justification des règles au sein d'une telle société est, en effet, une difficulté majeure à affronter. Je défends que Lippmann, Hayek, Buchanan et Posner, ont, en un sens, eu raison de dire que nos concepts traditionnels (démocratie, gouvernement, régulation, conceptions de la justice, etc.) devaient être reforgés et retravaillés (section 2). Enfin, je montre, quoique rapidement, que, même en acceptant cette configuration problématique – en *pensant avec* les néolibéraux –, nous ne sommes, néanmoins, pas contraints de retomber sur leurs conclusions et les difficultés que j'ai relevé au sein de ce travail (sans prétendre, bien sûr, répondre à toutes ces difficultés)⁸³⁴. Je montre, ainsi, que les valeurs défendues par les néolibéraux peuvent être mieux réalisées, en défendant une conception de la multiplication des publics démocratiques, de l'émancipation y compris au sein de l'entreprise, et une attention des règles aux effets distributifs. Dans ce cadre, la question de la démocratie et du pluralisme, et la nécessité de passer par une expérimentation sociale pour établir des règles du jeu pertinentes et acceptées, constitue un point de départ à partir duquel interroger la question de la justification des règles en régime non-idéal, sans pour autant réintroduire un point de vue épistémique contesté. Le pragmatisme, comme pour Posner et Lippmann, s'avère être un allié de marque, mais susceptible de donner des réponses différentes (section 3).

1. Gouverner par les règles : la théorie politique néolibérale et ses enjeux.

Le problème que nous avons identifié était le suivant : comment une planification libérale est-elle possible ? Comment tenir, ensemble et en même temps, la thèse de limites cognitives et épistémiques, de l'impossibilité d'accéder à un point de vue surplombant sur la société et l'économie, et celle de la nécessité d'une intervention sur les règles du jeu ? C'est ce problème qui constitue, au-delà de la diversité, aussi bien théorique que relative aux propositions

⁸³⁴ Il me semble que Milanèse (2020) aboutit à un point d'arrivée semblable dans sa propre conclusion, à partir de "l'échantillon Lippmann", en soulignant que les néolibéraux pensent bien, pour nous tous dans la société actuelle, un idéal d'émancipation, duquel il faut partir.

politiques des néolibéraux, la matrice philosophique du néolibéralisme (voir Introduction générale)⁸³⁵.

Bien évidemment, la forme sociale associée à la critique épistémique, et qui explique la coordination, la formation d'un ordre sans délibération directe et contrôle de tous les facteurs – production, consommation, fixation des valeurs individuelles, etc. – est le marché, "premier principe" de tout libéralisme possible. Le marché permet, par le mécanisme des prix, de coordonner des comportements individuels sans faire appel à une autorité extérieure (chap. I). De plus, le marché conserve le dynamisme d'une société, en laissant une place à l'inventivité et la découverte d'information, produite par les adaptations constantes des comportements aux modifications permanentes, caractéristiques des sociétés complexes. La concurrence, comme phénomène dynamique, poussant à l'adaptation et à l'expérimentation, possède, alors, des qualités aussi bien économiques qu'épistémiques et politiques. Cependant, "le marché" *n'est pas une entité naturelle*, et, non seulement peut-il prendre plusieurs formes, de plus nécessite-t-il d'être institué (chap. II). La question se pose donc plus spécifiquement : quelles règles sont nécessaires pour qu'un marché bénéfique – qui structure donc un ordre des interactions au niveau individuel – émerge, étant entendu que le marché est la réponse par excellence à la question de l'existence d'un ordre sans agent capable de se placer en arbitre impartial au-dessus la mêlée ? Peut-on préciser quelle forme de concurrence instituer, ou à défaut, comment décider des règles qui régissent cet ordre dynamique émergent ?

Ce problème suppose d'affronter trois sous-problèmes. Le *problème de la justification*, qui est le plus évident : pourquoi, après tout, favoriser le marché ? Qu'est-ce qui justifie la centralité du marché chez les néolibéraux ? Le *problème épistémologique* : qu'est-ce qui autorise les néolibéraux à dire que les règles à instituer, ou à transformer, sont les bonnes ? Comment répondre à une telle question alors que la théorie part d'une critique des capacités des hommes à accéder à une connaissance du vrai et du bon en société. En bref, comment accéder à un point de vue objectif alors même que les fondations de cette position ont été sapées par les néolibéraux ? Ce problème s'articule, bien sûr, avec le premier. La difficulté consiste à arriver à une justification sans pour autant se prévaloir d'un point de vue extérieur et objectif capable de surmonter le pluralisme radical caractéristique de la critique épistémique,

⁸³⁵ Il ne s'agit pas, donc, de nier la diversité inhérente à tout courant philosophique. Le travail d'Audier (2012) souligne particulièrement les différences internes, aussi bien synchroniques que diachroniques, au mouvement néolibéral. Pour autant, comme défendu au début de cette thèse, la diversité théorique et politique des néolibéraux est compatible avec une identité de problème, qui rend mutuellement intelligibles les positions méthodologiques, politiques et théoriques des auteurs concernés.

anthropologique et politique des néolibéraux (chap. III). Enfin, *le problème juridique* : comment penser non seulement l'édition des règles, mais aussi leur transformation, sans faire appel sans cesse à un point de vue déductif (qui suppose de connaître les principes premiers), arbitraire (le droit comme commandement du souverain) ou encore l'exceptionnalité de certains individus experts ? Ces problèmes se recomposent de diverses manières à l'intérieur du corpus néolibéral, qui sont autant de manière de reformuler cette problématique centrale (chap. IV ; chap. V).

Ces questions sous-tendent ce que signifie le titre donné à cette thèse : *gouverner par les règles*. Traditionnellement, le gouvernement du souverain se produit par des actions discrétionnaires, des décrets, qui prennent la forme de commandement. Bien évidemment, la règles des néolibéraux est construite *par opposition* à une conception de la règle comme commandement du souverain. Les règles des néolibéraux sont générales, impersonnelles et abstraites, structurant un espace dans lequel les individus peuvent former leurs plans à partir de signaux publics – à l'instar de l'exemple tant cité du code de la route –, au contraire des décrets, qui visent des états finaux, une action directe au sein des processus. Cela dit, gouverner de cette façon, ce n'est pas laissez-faire, mais *instituer un jeu*, avec toute la difficulté de savoir en quoi une méta-intervention sur l'ordre serait moins problématique qu'une intervention directe. La réponse néolibérale est claire : les règles générales (i) minimisent la contrainte sur les individus, puisqu'elles laissent possibles une multiplicité d'actions, (ii) minimisent l'arbitraire, puisque le commandement bouleverse les plans individuels, remis en cause par des changements brusques et (iii), n'avantagent *in fine* personne en particulier, donc son fondamentalement égalitariste, au moins du point de vue formel. Ces règles réalisent deux choses importantes : l'égalité formelle des individus et la diminution du pouvoir coercitif de l'état sur les individus, ce qui garantit, en négatif, la liberté des individus⁸³⁶. Cette défense passe également par une valorisation politique, par les néolibéraux, des choix privés. Pouvoir faire ses propres choix sans être soumis à la volonté arbitraire d'autrui – qui risque de changer les règles, ou de nous contraindre à accomplir une action particulière – c'est *se réaliser soi-même* individuellement. Les choix privés, qu'il s'agisse des choix de consommation ou des choix de vie comme l'allocation de notre temps à diverses activités, ne sont pas des choix secondaires, mais constituent en réalité la majorité des choix que nous accomplissons dans la vie de tous les

⁸³⁶ Cette conception s'étend au-delà d'une simple liberté comme non-interférence ou absence de coercition, et recouvre également ce qu'on appelle aujourd'hui les théories néo-républicanistes de la liberté, comme non-dominance. Melkevik (2020) défend un argument semblable à partir de l'analyse des positions de Hayek.

jours, et sont autant de moyen de produire sa propre personne⁸³⁷. Les néolibéraux pensent la réalisation de soi et l'autonomie des individus par les actions privées autant que par, ce qui est le plus souvent considéré, l'action collective et la délibération – qui n'est pour autant pas négligée, notamment chez Buchanan (chap. VII et VIII)⁸³⁸.

C'est à ce stade qu'intervient la métaphore des règles du jeu (ou du code de la route) – introduite par Lippmann en premier lieu et ensuite sans cesse réutilisée –, sur laquelle il faut revenir. La métaphore suppose qu'il est possible d'intervenir sur le cadre d'interaction sans prédéterminer les stratégies exactes mises en œuvre ou, pour reprendre le vocabulaire hayékien, sans interférer avec les stratégies des individus. Quel est le jeu social auquel jouent les individus pour les libéraux ? Il s'agit de la concurrence comme forme de l'échange. Ce qui est, en effet, valorisé dans l'ordre social, est la concurrence – pour de multiples raisons que j'ai développé dans le cours des chapitres –, comprise comme un jeu réglé, dans lequel les individus jouent *fair-play*. La mise en concurrence, est, bien sûr, une manière de gouverner, une modification de la gouvernementalité libérale, pour mimer une formule foucauldienne usée. Cela dit, les points de frictions interviennent quand la métaphore est interrogée jusqu'au bout. La métaphore de la règle du jeu implique une coupure entre le jeu et ses règles, un arbitre ou un créateur des règles, et le jeu qui est joué. Or, chez les néolibéraux qui nous intéressent dans cette thèse, cette coupure est questionnée. Le marché, caractérisé par la dynamique concurrentielle et les échanges entre individus, est aussi bien *institué* – le jeu qui est joué est un marché concurrentiel, dont on suppose des bénéfices – qu'*instituant*, c'est-à-dire que la logique propre au marché constitue une norme de choix, y compris en dehors de la sphère strictement économique (Milanèse, 2020, 393). Christoph (2012) a montré une radicalisation du néolibéralisme relativement à ce couple conceptuel. Dans un premier temps, il s'agit bien, en effet, d'instituer la concurrence. Les néolibéraux, à la différence des libéraux classiques étudiés par Foucault (1979), souhaitent gouverner *par* la concurrence plutôt qu'*avec* la concurrence. Dans les deux cas, néanmoins, l'ordre politico-juridique est vu comme au moins en partie exogène à l'ordre économique qu'il s'agit de régler. La radicalisation à l'œuvre, qu'on aperçoit aussi bien chez Hayek ou Buchanan que chez Posner, consiste à importer les critères concurrentiels dans l'ordre politico-juridique. Il ne s'agit plus de gouverner *par* la concurrence, mais de gouverner *selon* les principes de la concurrence. S'il faut parler d'impérialisme économique pour qualifier le

⁸³⁷ Récemment, Tomasi (2012, chap. 3) a défendu extensivement cette position.

⁸³⁸ Je reviens sur les questions de délibération dans la troisième section de cette conclusion. On peut noter, cependant, que depuis Elster (1986), la délibération politique – qui s'est nourrie très largement des travaux de Rawls et Habermas – représente l'option théorique principale des théories démocratiques.

néolibéralisme, cet impérialisme se situe moins au niveau des objets et des méthodes, puisque j'ai montré que cela n'en était pas une caractéristique essentielle – bien que cette dimension existe, pour le processus politique et le droit –, qu'au niveau philosophique de la défense d'une norme de décision sur les règles. L'impérialisme économique, en cela, consiste davantage dans le fait que la concurrence devienne l'idéal à réaliser. Comme il n'est, par ailleurs, pas possible d'évaluer depuis un critère extérieur les résultats de la concurrence, le marché n'obéit pas aux décisions d'un juge externe, mais est le juge des mérites et des qualités individuelles qu'il s'agit de sanctionner. C'est ce qu'on trouve chez Hayek, qui critique la méritocratie et la soumission du marché à une norme "objective" autre que la concurrence (qui permet aux individus de former leurs anticipations) : les gagnants et les perdants sont dans un jeu qui n'est mû par personne en particulier, et dont les arbitres ne décident jamais des résultats spécifiques (chap. VI). Cela est la contrepartie d'un ordre sans dirigeant et de la dispersion de l'influence et du pouvoir occasionnée par le marché. La conception néolibérale est donc avant tout procédurale : une concurrence bien réglée est l'instrument de véridiction, et ne nécessite pas l'intervention d'un critère exogène⁸³⁹.

On trouve chez les néolibéraux l'idée d'une justification des règles, à partir du moment où celle-ci obéissent à la logique de la concurrence et de ce que produit le marché. Cela signifie que c'est bien la logique de la concurrence et de l'échange, c'est-à-dire les éléments qui constituent le marché, qui permet de justifier les règles. L'évolution culturelle par sélection de groupe (chez Hayek, chap. VI), la concurrence institutionnelle (chez Buchanan, chap. VII), ou encore la soumission des règles juridiques à la rationalité économique (chez Posner, chap. IX), renvoient à ce phénomène d'externalisation de la norme du marché en dehors de son champ d'application traditionnel, pour venir déterminer, ou justifier, les règles du jeu. Le jeu joué produit ainsi, dans une dynamique endogène, les modifications de ses propres règles. Si le marché, après tout, est l'exemple paradigmatique de résolution du problème de l'émergence d'un ordre sans organisation centrale, pourquoi ne pas déférer au marché – sous une autre forme, idéalisé – pour résoudre le problème de la génération et de la transformation des règles, en mettant en avant les formes de concurrence non économiques (au sens restreint) qu'on peut souligner dans l'évolution culturelle ou la concurrence institutionnelle ?

⁸³⁹ Desrosières (2008, 2014) a particulièrement souligné cet aspect de la gouvernamentalité néolibérale consistant à produire et implémenter des indicateurs de performances, dans les entreprises, les agences gouvernementales, les associations et les services publics, pour que la concurrence puisse s'exercer. Gouverner par les nombres, pour reprendre le titre de l'ouvrage, revient à conduire des conduites en structurant des espaces d'interactions avec de nouveaux signaux.

Cela dit, ce type de justification produit des effets. Le refus de tout point de vue absolument surplombant – si on excepte, peut-être, les ordolibéraux, qui se réclament bien d'une comparaison eidétique et d'une méthode transcendantale – possède des conséquences importantes. Relativement au problème de la justification, en effet, les néolibéraux contournent le problème d'une *justification absolue*. Lippmann montre que le libéralisme qui donne une place centrale aux marchés concurrentiels n'est qu'une forme sociale historique particulière, la plus adaptée aux aspirations individuelles, mais ne prétend pas donner une justification anhistorique ou transcendantale du marché et des bénéfices de la concurrence (chap. V). Il s'agit, avant tout, de montrer qu'une société de marchés bien réglés réalisent les aspirations des individus, tout en affrontant les défis contemporains de la complexité et de l'organisation sociale sans direction unifiée. Cela est particulièrement prégnant dans sa théorie du droit, qui repose sur la *common law*, et donc l'amélioration graduelle des règles en fonction des problèmes rencontrés, à partir des connaissances locales et expérimentales, ainsi que des valeurs de la communauté politique. Cette perspective, *in fine*, est reprise par Hayek et Posner dans leur propre théorie du droit. Cela dit, cette justification repose sur l'idée d'une concurrence comme compétition entre individus égaux sur la ligne de départ. L'égalisation des conditions, cependant, ne peut être menée jusqu'au bout, et rien ne garantit que des règles formellement équitables permettent effectivement aux plus talentueux (par opposition avec, par exemple, les plus fortunés) de s'exprimer pleinement⁸⁴⁰. Chez Hayek, l'évolutionnisme, inspiré de Lippmann, joue un rôle semblable, puisqu'il permet de rendre compte de l'émergence du marché et des règles caractéristiques des sociétés occidentales sans faire apparaître un point de vue omniscient et omnipotent. Plus encore, puisque nous avons montré qu'il fallait bien faire intervenir du *design*, relatif au cadre que prend la société libérale chez Hayek, la justification que Hayek donne est relative à ce que les individus valorisent pour eux-mêmes, à savoir la possibilité pour chacun de planifier de manière privée. Le critère de Hayek pose cependant des problèmes semblables à ce que nous avons souligné chez Lippmann, et notamment l'incapacité de modifier les règles pour égaliser les conditions provenant d'inégalités structurelles passées (chap. VI).

⁸⁴⁰ Sugden (2018) a proposé une défense de cette position en critiquant l'égalitarisme de la chance représenté par Dworkin ou Cohen. Chez Sugden, il est impossible de garantir un fonctionnement concurrentiel – par ailleurs bénéfique pour les individus puisqu'il augmente leurs opportunités – tout en abolissant totalement le hasard (*brute luck*), puisque le hasard et la (mal)chance sont des éléments intrinsèquement reliés au processus de découverte d'information et d'opportunité qu'est le marché. C'est précisément parce que le marché, chez Sugden comme chez Hayek, produit nécessairement des perdants – quand bien même il ne s'agit pas d'un jeu à sommes nulles mais d'un espace permettant les échanges mutuellement avantageux – qu'on peut justifier des politiques publiques de redistribution *ex post*, en plus de la promotion d'une égalité d'opportunité *ex ante*.

Quoiqu'il en soit, Hayek et Lippmann ne sont pas étrangers à une forme de justification qu'on retrouve plus explicitement chez Buchanan et Posner, à savoir la justification *par l'idée de consentement*. Chez Buchanan, les règles du jeu sont consenties tacitement par les individus lorsque ceux-ci participent au jeu, et forment des attentes normatives au sein du jeu (chap. VIII). Les règles ne sont donc pas justifiées depuis un point de vue externe, mais depuis les pratiques et valeurs portées par les individus en situation. Le recours à la tradition contractualiste s'articule avec la problématique néolibérale, en ce que le consentement des individus consiste en une justification des règles du jeu sans faire appel à un point de vue extérieur. L'objectivité de la justification émerge de l'accord intersubjectif. Posner est certainement celui qui cherche le plus à trouver une justification absolue, avec le critère de maximisation de la richesse, auquel il associe toute une série de vertus (chap. IX). Le thème du consentement apparaît cependant comme une manière de montrer, à l'instar de ce qu'on trouve chez les autres néolibéraux, que les individus eux-mêmes valorisent leurs actions permises par l'existence de marchés concurrentiels, pour leurs actions habituelles. Cette ligne argumentative est encore plus importante lors de son tournant pragmatiste, qui implique de partir des valeurs des individus pour établir la décision judiciaire. Le juge pragmatiste est celui qui décide non pas en vertu de ses propres valeurs, mais de ce qu'il se représente comme étant les valeurs et aspirations de la communauté pour laquelle il doit prendre une décision juridique.

Cet argumentaire possède un avantage évident, qui consiste dans le fait d'esquiver le problème de la justification de manière fondationaliste⁸⁴¹. La justification du libéralisme et de son premier principe ne peut pas dériver d'une autre valeur architectonique, mais relève finalement de l'acceptation des individus de toutes les valeurs associées à leur vie dans une société de marché. Le pendant de cet argumentaire a été noté à plusieurs reprises, et prend plusieurs formes chez les néolibéraux, dont deux sont les plus caractéristiques. Tout d'abord, cela restreint la portée de la théorie néolibérale aux sociétés déjà présentement libérales et organisées à partir de l'institution qu'est le marché. Le néolibéralisme est intrinsèquement lié à la "civilisation occidentale" de laquelle se revendique les néolibéraux lors de la première réunion de la Société du Mont-Pèlerin. Cela se lit chez tous les auteurs de notre corpus, qui défendent avant tout une société particulière, héritée du XVIIIème siècle européen. Cela affaiblit, bien sûr, les prétentions à l'universalité de la théorie, mais il s'agit d'une conséquence habituelle d'une théorie non-idéale, attentive aux conditions d'énonciation et de modifications

⁸⁴¹ Sur ce point, le travail de Beddeleem (2017) a parfaitement montré comment les néolibéraux, dès les années 1930-1940, avaient défendus une épistémologie (dans le sens, ici, de philosophie de la science), conventionnaliste et antifondationaliste.

des règles *au sein* d'une société particulière, avec ses caractéristiques et son histoire spécifique. Comme l'indique Buchanan, l'objectivité de la justification doit se fonder sur des absolus eux-mêmes relatifs. De manière plus importante, et peut-être plus problématique, la deuxième conséquence d'un tel argument est le statut normatif donné au *statu quo*, que nous retrouvons aussi, peu ou prou, chez tous les auteurs du corpus. L'argument est relativement simple : si la légitimité des institutions d'une société de marchés concurrentiels est garantie par le consentement des individus du fait qu'ils participent au jeu de ces sociétés, et forment leurs anticipations, pour réaliser leurs plans privés, au sein de ces sociétés, cela signifie que chaque situation existante possède un avantage sur une situation alternative qui n'existe pas. Le simple fait d'exister est une qualité ontologique décisive, car l'existant produit du consentement. La société libérale est une fabrique du consentement, en s'appuyant sur nos désirs d'émancipation et de gouvernement de soi. Le pendant de cette situation consiste dans la difficulté à penser la transformation des règles, à partir du moment où le *statu quo* est l'option d'*exit* par défaut. La modification des règles oscille entre deux options. D'une part, l'option d'une modification très restrictive, fondée sur l'idée d'une modification des règles au consensus pour les règles constitutionnelles, chez Buchanan. La modification des règles ne peut se faire que si chaque individu reconnaît que la règle générale proposée est bien la bonne, et cela est garanti par le fait que cette règle est générale et abstraite, ce qui limite la possibilité pour les individus d'anticiper comment leur situation se trouve transformée par cette règle. Cet aspect restrictif conduit, cela dit, Buchanan à introduire une idéalisation, relative à ce que les individus pourraient accepter – étant entendu que dans une société plurielle il existe toute sorte d'individus, y compris des individus irrationnels et déraisonnables. D'autre part, l'option d'une impossibilité d'une transformation par l'action collective, au profit de l'arbitrage d'un juge – chez Hayek et Posner – ou de publics divers – chez Lippmann. La difficulté de cette option consiste en ce qu'elle suppose, à un niveau particulier, qu'un individu est capable de centraliser les informations sur la situation, de manière à proposer une amélioration de la règle. Il s'agit d'un *leader*, chez Lippmann, ou du juge, capable de connaître les valeurs de la communauté chez Hayek et Posner.

La conception de la démocratie des néolibéraux est donc très largement déflationniste. Pourtant, comme le note Vallier (2021), et comme je l'ai montré, les néolibéraux ne sont pas des antidémocrates, ou pire, des partisans systématiques de régimes autoritaires. Le cas du Chili de Pinochet, et du soutien effectif de Hayek pour ce régime, au motif d'une théorie

transitionnelle du libéralisme⁸⁴², a certainement masqué la relation des autres auteurs néolibéraux avec l'institution démocratique⁸⁴³. Buchanan et Friedman, par exemple, ont très rapidement et explicitement été critiques du régime chilien, et Lippmann est totalement étranger à l'idée d'un gouvernement autoritaire, même transitionnel⁸⁴⁴. Tout d'abord, le marché est perçu comme un espace d'expression démocratique, non seulement car, en suivant Friedman (1962), les actes de consommation sont analogues à des votes, mais aussi car il représente le même idéal que la démocratie, à savoir celui d'un autogouvernement. Friedman reconnaît ainsi que la démocratie politique et le marché vont de pair, tout comme la liberté politique et économique sont deux faces de la même pièce libérale. Les néolibéraux reconnaissent donc une égalité formelle et un droit de vote, mais limitent la portée des actions collectives, et ce pour plusieurs raisons⁸⁴⁵ : (i) la démocratie doit demeurer un gouvernement au service des individus, et non pas un espace de coercition d'un groupe sur un autre, il faut donc limiter les restrictions à l'avantage de quelques-uns plutôt que de tous, fussent-ils une majorité; (ii) il est impossible, pour des raisons épistémiques, qu'une assemblée délibérative dirige les affaires humaines, même un congrès de personnes éduquées demeure composé avant tout d'aveugles, pour paraphraser Lippmann; (iii) le mode de régulation démocratique tend à promouvoir des interventions directes, qui dérèglent, en réalité les ordres qui permettent aux individus de réaliser leurs fins; (iv) ces interventions sont parfois plus coûteuses que ce qu'elles visent à remplacer, à savoir le fonctionnement du marché et ses faillites supposées – cet argument du retournement de la fonction de l'État, qui doit pallier aux déficiences de marché, se retrouve chez Hayek, mais surtout chez Buchanan et Posner, en reprenant les travaux de Coase; et (v) la démocratie électorale au vote majoritaire tend à produire des situations néfastes, d'inflation, de surendettement ou de surimposition, qui sont les conséquences logiques de la compétition électorale, quand des groupes s'accaparent le processus politique pour leurs propres fins. Tant que les gouvernements démocratiques sont constitués de gens ordinaires intéressés avant tout par leur réélection plutôt qu'un hypothétique "bien commun", la démocratie ne peut être un

⁸⁴² Pour une lecture critique de cette théorie transitionnelle, voir Biebricher (2018, 142-147) et Slobodian (2018, 277).

⁸⁴³ Nous avons proposé une systématisation de ces rapports, non uniquement critiques, dans Colin-Jaeger et Verlengia (2021a).

⁸⁴⁴ Sur Buchanan, on pourra lire Farrant et Tarko (2019). Burgin (2012, 205) traite de cela pour Friedman.

⁸⁴⁵ Il existe bien sûr une gradation. Hayek (1979) reconnaît avant tout à la démocratie un rôle instrumental, comme manière de changer de gouvernement, ou de se libérer de l'oppression d'un gouvernement, de manière pacifique. Buchanan, Posner et Lippmann sont tous trois plus enthousiastes envers le fonctionnement démocratique et proposent plutôt d'en repenser les conditions de possibilité face aux défis contemporains. Il est certain, cependant, que la "démocratie libérale" restreint formellement les possibilités pour les individus, puisqu'elle se construit sur une critique du concept de souveraineté populaire et de gouvernement par le peuple. Ce point est explicité chez Riker (1982), qui hérite de la critique néolibérale de la démocratie.

organe de régulation efficace. La démocratie doit donc être encadrée et limitée. Cela se couple généralement – explicitement chez Posner (2003) – avec une critique des autres formes de démocratie que la démocratie électorale à vote majoritaire. La démocratie dite participative est globalement vouée à l'échec, car les individus n'ont globalement ni le temps, ni les capacités, ni souvent l'envie de s'engager activement et durablement dans la vie politique ; la délibération est, elle, réduite à une négociation entre groupes et coalitions, et les néolibéraux sont sceptiques quant à la possibilité d'aboutir à un "équilibre réfléchi" rawlsien par ce biais. Plus largement, les néolibéraux sont également sceptiques quant aux vertus de la délibération à accomplir une purification des préférences des individus⁸⁴⁶.

Plusieurs types de limites sont nécessaires, non pas comme des affaiblissements de l'institution démocratique, mais comme des conditions de possibilité de sa réalisation effective et des bénéfices qu'on peut en attendre – l'erreur consistant, justement, à trop en attendre. La première limite, commune aux différents néolibéraux, est la constitutionnalisation de la démocratie. Le vote majoritaire n'est pas absolument souverain, mais doit être cohérent avec un ensemble de principes constitutionnels. Les théoriciens les plus explicites de cette approche sont les ordolibéraux, qui explicitent des règles constitutionnelles qui garantissent le fonctionnement du marché et prévoient des types d'intervention compatibles avec le mécanisme des prix (chap. V). On retrouve, cela dit, la même idée, mettant davantage l'accent sur la limitation de la démocratie de manière explicite, chez Buchanan, qui propose une règle de limitation des dépenses en pourcentage de PIB. Hayek propose également un modèle de démocratie constitutionnelle, qu'il appelle *démarchie*, et qui limite très largement le rôle de la délibération politique. La seconde limite est formelle, et relative au type de règles qui doivent être énoncées, à savoir des règles générales, abstraites, impersonnelles et publiques. Cela empêche, notamment, l'instrumentalisation des règles par un groupe, puisque cela vient limiter la capacité d'énoncer des règles dans l'intérêt particulier de quelques-uns, du fait qu'il est extrêmement difficile de prévoir les effets particuliers de ce type de règles. Hayek est, bien entendu, le champion de cette seconde limitation, qu'on retrouve, par ailleurs, chez tous les autres néolibéraux. Lippmann, par exemple, insiste particulièrement sur la dimension essentiellement cognitive de la régulation, qui vise à résoudre des problèmes plutôt qu'à légiférer en particulier. L'objectif est davantage de produire un cadre mutuel pour accorder nos

⁸⁴⁶ L'idée de "purification des préférences" est explicitée chez Infante *et al.* (2016). Dans cet article, les auteurs parlent de la purification opérée au sein de la théorie du choix rationnel vis-à-vis des individus empiriques, mais la délibération prétend au même résultat, à savoir de transformer les préférences des individus en faisant apparaître des raisons valables de poursuivre une fin. Pettit (2006) défend par exemple cette position.

conduites que de bouleverser les situations existantes. Après tout, pour paraphraser Lippmann, la démocratie n'est jamais aussi efficace que lorsque les changements de dirigeants ne produisent que peu de différences. Les actes de législation, dans ce cadre, ne sont pas absents, j'ai montré que cela était assumé chez Hayek, mais ne relèvent pas vraiment du mécanisme démocratique⁸⁴⁷. Une troisième limite est relative au type de sujets sur lesquels le choix collectif peut être mené. Cela peut découler directement de règles constitutionnelles – si on constitutionnalise les droits égaux des individus, certains types de discussion visant à rompre l'égalité de droit sont exclues, cela peut aussi valoir pour l'abolition du marché –, mais aussi de ce sur quoi les individus peuvent délibérer de manière pertinente. Enfin, il existe aussi des limites institutionnelles. Buchanan, par exemple, souligne l'importance d'une option d'*exit*, par le fédéralisme – option déjà favorisée par Hayek –, qui permet la concurrence institutionnelle entre pays, ce qui autorise donc un "vote avec les pieds" des individus, c'est-à-dire des migrations si une législation est trop défavorable à leurs droits (Feld, 2014). Plus largement, les décisions législatives doivent être prises à la supermajorité, voire au consensus. Il faut donc préserver un espace de liberté pour les individus, et délimiter une sphère d'intouchabilité pour la raison démocratique, de façon à la rendre le fonctionnement politique effectivement bénéfique plutôt que potentiellement autodestructrice.

Pour ces raisons, les néolibéraux – et il s'agit d'ailleurs d'une des raisons de favoriser la concurrence – favorisent la *décentralisation du pouvoir*. Cela est totalement en cohérence avec la critique épistémique originelle. Le gouvernement de la société est, avant d'être un phénomène politique vertical incarné par une institution étatique, une dynamique locale. L'accroissement des libertés et l'interdiction de l'irruption arbitraire du souverain permet la découverte et la production de nouvelles formes de vies, bref de l'expérimentation sociale. Les néolibéraux sont cependant divisés sur ce point. Certes les individus doivent être protégées des interventions arbitraires du souverain, mais tous n'accordent pas le même poids à l'expérimentation et à l'expérience de la différenciation. On peut, à partir de la session "Liberalism and Christianity", de la première réunion de la Société du Mont-Pèlerin, tirer deux grandes orientations, qui traversent jusqu'à aujourd'hui le courant néolibéral. Une première orientation, défendue par Knight, mais dans laquelle on peut également classer Lippmann,

⁸⁴⁷ Nous avons vu que Hayek laisse une place aux actes de législation dans sa théorie du droit, mais le Législateur n'est pas le fruit d'une délibération collective, mais plus probablement le fait d'un individu ou d'un groupe d'individus particuliers.

Friedman, Popper et peut-être Hayek⁸⁴⁸, défend qu'une société libérale pluraliste doit être défendue sans faire nécessairement appel à des normes sociales fortes qui normalisent les comportements individuels. On peut appeler cette veine néolibérale la veine progressiste – notamment pour son ouverture contemporaine aux questions sociales comme les luttes LGBT, féministes, le multiculturalisme, l'immigration etc. Le marché et une concurrence bien réglée sont suffisants pour produire des échanges et la compossibilité des plans, sans avoir besoin d'une culture homogénéisant les comportements. Au contraire, les ordolibéraux, au premier plan desquels Eucken, mais surtout Röpke, défendent la solidarité consubstantielle de valeurs morales et de codes sociaux avec le libéralisme, sans quoi la concurrence peut avoir l'effet néfaste de vider une société de ses forces spirituelles (Fèvre, 2015). Röpke défend, par exemple, que la fondation de la civilisation occidentale repose, en dernier lieu, sur la foi en Dieu. Buchanan me semble participer, sans se référer directement au christianisme, de ce type de libéralisme davantage conservateur, qui ne met pas seulement l'accent, comme tous les néolibéraux, sur la nécessité de changement incrémentaux, mais sur l'importance de l'homogénéité ou de l'accord au sein de la communauté politique. Buchanan (1975) se réfère ainsi très positivement et de manière nostalgique à "l'anarchisme" des années 1950 aux États-Unis, avant la lutte pour les droits civils et l'agitation politique sur les campus américains. Ce qui est valorisé, et qui explique aussi son approbation du vieux sud-américain, est une époque d'unité sociale, d'une certaine homogénéité. Posner argumente quant à sa décision de refuser le droit à l'avortement, sur la base d'un manque de consensus au sein du peuple américain. Pour qu'une décision judiciaire puisse être prise il faut que le juge puisse se représenter un accord au sein de la population, ce qui n'est pas le cas lors d'un déchirement de l'opinion publique, comme celui qui entoure *Roe v. Wade* en 1973. Alors que Hayek et Lippmann valorisent l'entrepreneuriat culturel et la possibilité d'expérimentation sociale, on trouve dans la veine conservatrice du néolibéralisme un scepticisme, si ce n'est une hostilité, envers l'expérimentation culturelle et sociale, au profit d'une défense des hiérarchies sociales – terme revendiqué par Röpke (1942) –, ce qui peut se lire également chez Posner quand il traite de la sexualité ou des femmes.

Quoiqu'il en soit, les néolibéraux favorisent, par opposition avec les libéraux égalitaristes qui défendent l'usage de la législation pour défendre les droits des individus, la décentralisation du pouvoir pour atteindre la fin d'une garantie des droits individuels. En cela,

⁸⁴⁸ Le cas de Hayek est moins évident, car Hayek défend la compatibilité entre les convictions religieuses et libérales, et semble se situer aux côtés des ordolibéraux sur cette question. On trouve le compte-rendu de ces discussions chez Innset (2020).

la décentralisation du pouvoir politique, en favorisant les instances de décision locale, les publics spécifiques, par exemple, joue le même rôle politique que la concurrence bien réglée, à savoir empêcher la formation de monopoles – d'entreprises ou de coalitions politiques – qui ont le pouvoir d'imposer leur volonté à d'autres individus. La défense des droits et de l'égalité passe donc par la dispersion constante du pouvoir par la concurrence au niveau économique et institutionnel, offrant une multitude d'options *exit* pour les individus. Par contraste, le socialisme est non seulement inefficace économiquement, mais suppose une concentration des pouvoirs dangereuse pour les individus. Cela signifie qu'il ne faut pas uniquement pointer la dimension limitée de la démocratie, sujet auquel, il est vrai, les néolibéraux accordent une place importante, car ce discours sur les limites se comprend en réalité au sein d'une théorie politique positive, à savoir une société réglée, d'individus libres, capables d'expérimenter, à même de rencontrer les aspirations des sociétés contemporaines.

Enfin, si la conception de la liberté défendue est avant tout négative, et qu'il s'agit en premier lieu de protéger les individus des interventions néfastes du gouvernement, ou de la centralisation indue de pouvoir économique et politique, les néolibéraux ne sont pas des libertariens, non seulement car ils pensent les conditions de possibilité institutionnelle de la concurrence, mais de plus car ils ne limitent pas, à l'instar d'un Nozick, l'État à un veilleur de nuit, réduit aux fonctions régaliennes. Bien évidemment, les néolibéraux sont pour un État limité, et militent pour la réduction du rôle de l'État dans l'économie. Cependant, cela ne les empêche pas de formuler plusieurs propositions de politiques sociales. L'une d'elle est emblématique : le revenu universel. Cette mesure est introduite par Friedman dès 1947, sous la forme de l'impôt négatif, mais est également défendue par Hayek dans *Droit, législation, liberté*, sous la forme d'un filet de sécurité social. Cela n'est pas étonnant dans le cadre de la théorie néolibérale. En effet, si les néolibéraux sont sceptiques sur les politiques d'*égalisation* des conditions, qui supposent un interventionnisme actif de fixation des salaires, ou une redistribution importante, il est possible de garantir un minimum pour faire en sorte que les capacités individuelles puissent s'exprimer. Cela est cohérent, par ailleurs, avec l'esprit de Lippmann, qui décrit la concurrence comme une course pour laquelle les individus sont égaux sur la ligne de départ. L'égalité totale est bien sûr refusée – elle est irréalisable car on ne peut pas corriger l'intégralité des variations plus ou moins arbitraires qui causent les différences entre individus –, non seulement elle demande une concentration du pouvoir et une connaissance problématique, mais, de plus, elle sape la désirabilité d'une société libérale créative et expérimentatrice ; cela dit, les néolibéraux sont conscients du fait qu'un individu

absolument dépossédé est incapable de participer au jeu social ou de pouvoir saisir les opportunités qui se présentent à lui – cela correspond aux cas limites reconnus par Buchanan de privation extrême (voir chap. VIII). Ainsi, ce type de solutions permet de répondre au problème de la disparité et de l'inégalité des conditions au "début du jeu", et faussent les conditions d'une saine concurrence.

Les néolibéraux se distinguent entre eux sur plusieurs plans, comme cela a été de maintes fois rappelés : il existe des désaccords méthodologiques – l'usage des mathématiques, des hypothèses de l'économie *mainstream* –, théorique – sur la politique monétaire, typiquement entre un Hayek et un Friedman –, politique – sur le rôle plus ou moins grand à faire jouer à l'État, notamment au niveau du programme social – et même idéologique – sur le rôle à accorder à l'homogénéité culturelle, la manière de considérer les mouvements sociaux. Pour autant, ces différences ne sont compossibles au sein d'un même mouvement que si les auteurs partagent un même problème, ce que j'ai exprimé par l'idée d'un gouvernement par les règles, d'une planification authentiquement libérale. Je n'ai pas hésité, dans cette thèse, à discuter les thèses des néolibéraux, et à en pointer les limites, pour autant, il faut également en considérer les forces et les gains véritables. Le libéralisme des années 1930 était un champ de ruine. Cette crise, consubstantielle de la formation du néolibéralisme, n'a pas produit une alliance composite de réactionnaires nostalgiques des valeurs fantasmées de la civilisation occidentale. En effet, elle a également été l'occasion d'une saisie de phénomènes caractéristiques de l'époque, en les prenant à bras le corps dans leur théorie.

2. Les ressources de la théorie néolibérale pour la philosophie politique

Prendre au sérieux les théoriciens néolibéraux, c'est aussi considérer qu'ils affrontent de véritables problèmes. Même si leurs réponses peuvent être considérées insatisfaisantes, les problèmes qui structurent leur pensée supposent, néanmoins – et en cela on peut se situer dans la continuité de Lippmann et de Hayek qui soulignent la nécessité de redévelopper à nouveaux frais nos concepts politiques –, une compréhension des enjeux et des défis que doit surmonter, ou au moins affronter, la philosophie politique. L'enjeu de cette thèse n'est pas uniquement de proposer une lecture interne des textes – je me suis autorisé à de nombreuses reprises à discuter et critiquer les positions des auteurs mobilisés –, mais de montrer comment la problématique néolibérale, sans cesse reconfigurée et aboutissant à des restructurations diverses, est

productrice philosophiquement et conceptuellement, et donc susceptible de nous instruire sur notre modernité et les problèmes qu'il nous faut surmonter. Je défends donc qu'il n'est pas possible de faire de la philosophie politique de la même manière avant et après les néolibéraux, pour le meilleur ou pour le pire. Dans cette section, je tire certains éléments des positions néolibérales pour montrer comment cela peut enrichir les discussions en philosophie politique. Récemment, Tomasi (2012), Cowen (2021), Sugden (2018) et Gaus (2021) se sont référés aux néolibéraux, explicitement pour Cowen, pour contribuer aux discussions relatives à la justice, à la raison publique ou encore aux sociétés complexes, notamment pour enrichir le libéralisme politique – très certainement la branche théorique représentant une majorité écrasante dans les travaux contemporains en philosophie politique.

Trois points me semblent particulièrement importants : la défense d'une théorie non-idéale, la nécessité de prendre en compte le pluralisme radical et la prise en compte de la complexité sociale, qui nécessitent de repenser aussi bien la forme du gouvernement, notre théorie de l'autogouvernement et la forme des règles. Sur ces différents points, je montre comment les positions des néolibéraux ont pu nourrir différents programmes de recherches, ou permettent d'enrichir des discussions et enjeux au sein du libéralisme politique et de la théorie politique. Comme il ne s'agit pas ici de présenter dans le détail chaque argument, ou de proposer une revue de littérature, mon traitement, dans cette conclusion, demeure sommaire. Je développe ces trois points par ordre d'importance croissante. Les néolibéraux ont, si on me permet de formuler un avis normatif, développé les problèmes qui doivent guider la théorisation en philosophie politique contemporaine.

La théorie non-idéale

Les néolibéraux sont des défenseurs d'une *théorie politique non-idéale*. La distinction entre théorie idéale et non idéale est développée initialement par Rawls (1971), et renvoie à la distinction entre théorie prenant en compte les éléments empiriques des sociétés actuelles pour penser des améliorations, et une théorie qui fait abstraction de ces données pour penser une conception transcendantale de la justice, dont on a besoin pour penser l'amélioration non-idéale. En bref, la théorie non-idéale a besoin d'une théorie idéale pour pouvoir mettre en place des améliorations graduelles. Sen (2009) a discuté cette thèse par une image qui a marqué les esprits. Si on sait si le Kilimandjaro est une haute montagne, il peut être utile de savoir à quel point cette montagne est haute relativement au mont Everest. Mais dans bien des cas ce réquisit est trop fort. Comme Sen l'indique, dans les situations sociales et politiques l'accord

sur l'idéal – l'équivalent du mont Everest – est inaccessible, précisément du fait de désaccords persistants sur les finalités de la communauté politique. Sen se fait l'avocat d'une théorie moins idéale, pour laquelle il faut non pas comparer les situations présentes avec un cas idéal vide de toute complexité empirique.

Valentini (2012) distingue ainsi trois contrastes entre théories idéales et non idéales : (i) la conception anthropologique des individus, respectent-ils les règles (*full compliance*) ou sont-ils susceptibles d'avoir des comportements opportunistes ? (ii) la relation aux données empiriques, à savoir si la théorie est utopique et cherche à se fonder absolument ou au contraire relativement à des données issues des sciences sociales ; (iii) la différence entre un état final recherché et les améliorations locales qui sont censées y mener. Dans tous les cas, on retrouve l'idée d'une distinction entre une théorie qui fait abstraction de plusieurs éléments saillants de nos sociétés et une théorie qui refuse "l'institutionnalisme transcendantal" (Sen, 2009), au profit d'une considération *hic et nunc*, des problèmes de nos sociétés contemporaines. La coupure est à comprendre comme sur un continuum. Rawls (1993) est moins idéal que dans son ouvrage précédent, notamment en reconnaissant le "fait du pluralisme". Cependant, sa théorie a, là encore, été critiquée comme donnant trop de place à la raisonnablement (*reasonableness*) pour mener à l'accord sur les règles de justice dans une société libérale. Récemment le débat a pris une forme exacerbée, avec d'un côté Cohen (2008, 20-21), qui défend l'importance d'une théorie maximale idéale, quitte à ce que celle-ci soit absolument irréaliste, et Larmore (2020), qui se situe du côté du réalisme, et de l'impossibilité de transcender les désaccords inhérents aux sociétés contemporaines, et la conflictualité définitionnelle du politique⁸⁴⁹.

Les néolibéraux peuvent être classés dans les partisans de la théorie non-idéale, en ce qu'ils partent systématiquement de la question de la faisabilité d'une modification, et ne font pas d'hypothèses fortes sur les situations idéales dans lesquelles une autre société serait possible. De même, quand ils se prêtent au jeu de l'utopie, cette utopie n'a pas pour rôle de fixer des valeurs idéales à partir desquelles considérer les améliorations effectivement possibles, mais de fournir un horizon de possibilités, ou de mener le combat des idées⁸⁵⁰. Le monde

⁸⁴⁹ D'autres auteurs, par exemple Schmidtz (2016), défendent que la distinction entre théorie et non-idéale doit être questionnée, en tant que même les théoriciens dits non-idéaux, présentent bien une théorie de l'amélioration et partent d'un modèle de société. La distinction est, selon lui, moins entre théories idéales et non-idéales qu'entre *idéalisme réaliste* et *idéalisme utopiste*. L'idéalisme réaliste se pose la question de savoir ce qui est idéal étant donné les limites de l'agir humain et les caractéristiques des sociétés politiques, l'idéalisme utopiste se pose la question de ce que nous devrions faire, sans nécessairement se demander si ce que nous devrions faire est effectivement applicable. Au sein de cette nouvelle distinction, les néolibéraux sont évidemment du côté de l'idéalisme réaliste.

⁸⁵⁰ L'exemple typique de cette position est l'utopisme libéral de Hayek, voir notamment Hayek (1979a, b).

néolibéral est nécessairement un *second best*, nécessitant expérimentations et améliorations constantes de manière décentralisée. Ils ne se sont pas contentés de prendre parti dans le débat entre théorie idéale et non-idéale, mais ont fourni des arguments puissants en vue de la nécessité de se positionner dans le champ de la théorie non-idéale, appliquée, en prenant en compte les fonctionnements institutionnels, les règles, et les contraintes qui pèsent sur l'agir humain.

Bien sûr, Hayek et Lippmann ont insisté sur les limites cognitives des individus, et l'impossibilité d'accéder à un point de vue privilégié sur le juste et le bien. Aucun point de vue disponible ne nous permet, en réalité, de décrire la façon dont une société idéale pourrait fonctionner. Les néolibéraux défendent deux thèses fortes. Tout d'abord, la distinction doit être questionnée dans sa pertinence, car en réalité nous ne pouvons pas nous situer du point de vue idéal pour trouver une conception absolue de la justice – ce que Rawls lui-même fini par accepter en soulignant que sa conception de la justice vaut pour les démocraties libérales occidentales. L'antifondationalisme suppose ainsi qu'il n'est pas possible de remonter à une croyance première au degré de certitude suffisant pour dériver le reste de nos croyances de manière garantie, ce qui vaut pour toute théorie architectonique de la justice. Les néolibéraux s'interrogent, en effet, avant tout sur ce qui est possible, étant donné les restrictions nombreuses : (i) les limites épistémiques sur les interventions qu'il est réellement possible de mener, (ii) les limites relatives au fait que les individus au pouvoir ne sont pas bienveillants, mais ont eu aussi des intérêts à défendre, (iii) les limites relatives à l'intervention, qui implique elle aussi des coûts importants. Non seulement il est impossible de se prévaloir d'un point de vue susceptible d'atteindre l'idéal, mais, même si cela était possible, cet idéal ne serait pas nécessairement utile, car irréalisable. Le second argument qu'on trouve chez les néolibéraux, développé aussi bien par Buchanan que Posner, est celui de la non-conformité (*non-compliance*), dans une conception de la politique "sans romance" – pour reprendre une expression de Buchanan. Les agents réels ne font pas ce que la théorie idéale prédit, mais sont des êtres imparfaits, qui ont tendance à profiter du pouvoir qu'ils possèdent et à poursuivre leurs finalités propres. L'action politique se situe nécessairement dans un monde stratégique, dans lequel les individus réagissent aux réformes et interventions, sans nécessairement s'aligner avec leur *devoir-être* moral. Les néolibéraux insistent plutôt sur la nécessité de *dispenser le pouvoir* – ce qui explique leur défense de la concurrence – ou de mettre en place des règles qui permettent de limiter les comportements opportunistes.

Cette défense d'une théorie non-idéale suppose plusieurs choses, notamment de se fonder sur les données empiriques ou sur les enseignements des sciences sociales pour répondre

à des questions pratiques de justice et de régulation. Les questions politiques sont, en effet, des questions conflictuelles, qui impliquent toujours des désaccords. Comme le rappelle Larmore (2020), il n'y a pas de principes transcendants, mais nous sommes confrontés à des problèmes concrets dans nos sociétés contemporaines : comment concilier les aspirations contradictoires des individus, prendre en compte le pluralisme effectif, répondre aux attentes des individus ? Supposer la possibilité d'un "consensus par recoupement" à partir de la raisonnable apparaît, dans ce cadre, insuffisant pour surmonter les problèmes caractéristiques des sociétés libérales⁸⁵¹. Les néolibéraux partent, en effet, de la diversité des individus et de l'impossibilité d'éviter le conflit. La théorie des règles suppose qu'il n'y a pas à avoir d'accord substantiel sur une finalité commune pour que les actions puissent former un ordre. L'un des arguments de Buchanan pour la généralité des règles est précisément que ce type de règles constitutionnelles minimise le degré d'homogénéité nécessaire dans une société libérale pour aboutir à une impossibilité des comportements politico-économiques.

Depuis plusieurs années le rapport entre théorie idéale et non-idéale est discuté intensivement, avec une tendance de plus en plus marquée à revendiquer le caractère non idéal de la théorie, qu'il s'agisse des travaux de Gaus (2011, 2016), List et Valentini (2019) ou Larmore (2020), chacun dans leur style différent. Gaus (2016) est certainement le plus intéressant pour notre propos, car il se réfère directement aux néolibéraux comme une inspiration pour poser les problèmes d'une conception non-idéale de la justice, en partant d'une idéalisation bien plus faible que ce qu'on peut trouver, par exemple, chez Rawls. Le geste qu'on retrouve chez Lippmann, Hayek, Buchanan et Posner, à savoir de partir des problèmes effectifs et des aspirations présentes, souligne la nécessité de faire place à une théorie non-idéale, sceptique envers la possibilité d'une homogénéité morale, et donc de penser l'amélioration des conditions institutionnelles présentes. Les néolibéraux questionnent non seulement la possibilité mais aussi les difficultés de mise en œuvre, des théories idéales, du fait des désaccords structurels sur les finalités de la vie politique, mais aussi la difficulté d'appliquer une théorie substantielle dans un ordre complexe spontané.

Le pluralisme radical

⁸⁵¹ En cela, le propos peut apparaître circulaire : les néolibéraux sont pertinents en ce qu'ils cernent des problèmes des sociétés libérales, que leurs théories ont participé à transformer. Cette forme de circularité n'est, cela dit, pas fatale, car nous devons bien "starting from where we are" pour penser l'amélioration et la transformation des règles du jeu, même si le statu quo apparaît peu désirable.

Le deuxième apport se situe dans la continuité de cette défense d'une théorie non-idéale, à savoir la prise en compte du *pluralisme radical*. Le pluralisme renvoie à la diversité d'individus pris en compte dans la théorie. Il ne s'agit pas uniquement d'un nombre important d'individus, mais d'individus différents au niveau, bien sûr, non seulement de leurs goûts de consommation, mais aussi et surtout de leurs préférences et métapréférences politiques. Il s'agit donc d'un pluralisme autorisant un degré élevé d'hétérogénéité.

Comme souvent, cette question part de Rawls (1971), chez qui les individus en position originelle n'ont pas réellement besoin d'être plusieurs, puisque les limitations informationnelles sont telles que les personnes ne peuvent pas réellement se distinguer⁸⁵². Rawls (1993) introduit du pluralisme, sous la forme du *pluralisme raisonnable*, c'est-à-dire différents individus se référant à différentes doctrines compréhensives – des visions du monde –, entre lesquelles il est impossible d'arbitrer, à partir du moment où ces théories acceptent l'existence d'autres visions qu'elles-mêmes. Les néolibéraux franchissent un pas de plus dans la direction d'un pluralisme plus important. Les sociétés contemporaines n'obéissent pas à ce pluralisme raisonnable, mais montrent une forme de pluralisme radical, dans lequel les individus peuvent adhérer, non seulement à des doctrines compréhensives distinctes, mais aussi à des positions non compréhensives qu'ils ne soumettent pas aux règles de la discussion publique, de plus rien n'indique a priori que les différentes doctrines puissent effectivement aboutir à un consensus, notamment lorsqu'on introduit, au sein des doctrines, des théories méta-politiques⁸⁵³. Les auteurs de notre corpus fondent leur théorie sur la reconnaissance d'un pluralisme radical, dans lequel, non seulement les individus sont nombreux, mais dans lequel ils ont chacun des conceptions du bien, de la vie bonne, des désirs, etc., incompatibles. Plus encore, le libéralisme de ces auteurs se fonde sur une valorisation de la diversité des individus, et pour une part sur l'expérimentation sociale et individuelle qui en résulte. Un des arguments en faveur du marché consiste dans le fait de dire qu'il s'agit d'un mode d'organisation social ne nécessitant pas de direction verticale, à partir d'une diversité d'individus pluriel ayant des visions du monde et des perspectives incompatibles. Prendre en compte l'hétérogénéité importante des éléments d'une société semble aujourd'hui une condition nécessaire pour saisir les dynamiques propres à une société libérale. Non seulement les individus peuvent être porteurs de différentes cultures – ce

⁸⁵² C'est généralement cette conception de l'individu, capable de pré-exister à ses finalités empiriques et psychologiques, qui a occasionné une partie des critiques dites communautariennes, exemplifiées particulièrement chez Sandel (1982).

⁸⁵³ Nous développons ces critiques au sein d'une étude des arguments de Rawls et Buchanan dans Colin-Jaeger, Dold et Gascoin (2022).

qui renvoie au fait du multiculturalisme dans plusieurs sociétés libérales contemporaines –, mais, de plus, une société libérale favorisant les processus de différenciations comme mode d'expérimentation et d'adaptation, est amenée à produire de la diversité chez les individus, et des désaccords sur les questions morales et politiques⁸⁵⁴. Le marché seul n'est pas un mode de résolution suffisant – les néolibéraux, d'ailleurs, le réalisent bien –, et bien d'autres institutions sociales permettant la coordination sont nécessaires pour la formation d'un ordre stable, notamment les institutions qui permettent la confiance mutuelle et des formes d'altruisme conditionnel, ce que Gaus (2011), à la suite d'Ostrom (1990), appelle les ordres moraux sous-jacents, c'est-à-dire des modes de relations et de coopération qui pré-existent à la possibilité, pour les individus, d'entrer dans un mode de relation concurrentiel et rationnel, sans quoi la relation économique n'est elle-même pas possible.

Les néolibéraux ouvrent donc la voie à une théorie de la société qui n'est pas unie par une compréhension commune de la finalité de l'association, un accord de tous sur la substance des règles sociales, mais à la conception d'une société dans laquelle les conflits et les problèmes à résoudre ne cessent d'émerger et nécessitent des modes de résolution. Il n'existe pas d'unité substantielle à la communauté politique, ou de volonté générale à réaliser. Le libéralisme est l'art politique à même de prendre en compte le pluralisme radical des intérêts et des finalités humaines. La critique qu'on peut formuler consiste, d'ailleurs, certainement de n'être pas allé assez loin dans cette voie (voir section 3). La prise en compte d'un pluralisme radical permet de penser les conditions de possibilité d'une société hétérogène, qui n'a pas besoin d'atteindre un point de consensus pour être unie par des liens d'échanges permanents. Les théories néolibérales sont aussi traversées par les problèmes qu'une telle conception pose, notamment lorsque la diversité est telle qu'elle conduit à un délitement des liens de confiance et à une sous-production de biens publics. Plutôt que de se poser la question de la possibilité d'un accord explicite des individus quant à l'organisation sociale, les néolibéraux posent la question de l'accord implicite – si ce n'est tacite – des individus dans leurs pratiques et leurs valeurs. Ils interrogent donc les ordres moraux sous-jacents, qui constituent le véritable suc de la vie sociale, davantage même que la délibération centralisée sur les fins de la communauté. Gaus (2011) exemplifie et parachève certainement cette ligne d'analyse en montrant que la raison publique, et donc la justification des règles sociales, se produit aussi bien par les pratiques concordantes des individus et la prévalence d'ordres moraux qui produisent, de manière

⁸⁵⁴ Rawls (1993) s'accorde pleinement avec ce constat, lorsqu'il indique que le pluralisme raisonnable est la conséquence directe de l'exercice de la raison par les citoyens dans une société libre.

endogène, de la compatibilité entre individus différents. Le marché, comme mécanisme de communication de l'information incorporée par les individus, devient le paradigme d'une raison publique inarticulée. Si nous ne suivons pas les néolibéraux dans la voie de résolution d'un tel problème, en suivant Gaus, force est de constater que leur diagnostic et la problématisation des rapports sociaux permet d'éviter les problèmes classiques des positions contractualistes idéales, qui reposent en dernière instance sur des contraintes psychologiques (la raisonnable, la capacité de se placer du point de vue de l'intérêt général) et institutionnelles (la limitation de la taille de la cité ou l'homogénéité politico-culturelle chez Rousseau) irréalistes. Le projet néolibéral, assumé explicitement par Cowen (2021), consiste donc dans le fait de "dévoiler" (*unveil*) les individus – leur faire quitter la position originelle rawlsienne – pour montrer que la promotion d'une société de marchés concurrentiels *est dans leur intérêt actuel*.

Tirer les leçons de la complexité

La diversité et le pluralisme des individus, et l'impossibilité de synthétiser ce pluralisme, ou de se positionner d'un point de vue extérieur, implique la reconnaissance d'un thème que nous avons rencontré à plusieurs reprises, à savoir celui des *ordres sociaux complexes*. L'ordre complexe d'une société implique effectivement de retravailler nos concepts politiques, particulièrement celui d'autogouvernement. Reprécisons rapidement ce qu'on entend par un ordre spontané complexe (voir, sinon, chap. VI). Un ordre peut être dit spontané et complexe lorsqu'il est constitué (i) d'un grand nombre d'éléments, (ii) en constante interaction, (iii) rendant impossible la centralisation de l'information et (iv) présentant une dimension adaptative importante. La complexité de l'ordre social est accentuée par la diversité des individus et du pluralisme des vues. Les néolibéraux, Lippmann et Hayek en tête, ont pris au sérieux ce trait saillant des sociétés, et repensé les concepts politiques – la démocratie, le rôle du gouvernement, la forme des règles – à partir de cette caractéristique.

Les ramifications de cette reconnaissance sont nombreuses, notamment pour le concept de justice sociale et les modalités de l'intervention pour la mettre en œuvre, qui se heurte à un problème de faisabilité. Shaefer (2021, chap. 2) a proposé une étude des interactions entre forme d'intervention et complexité, en prenant en compte le fait que vouloir réaliser des états finaux en manipulant les comportements des individus comme s'il s'agissait de variables d'un modèle plutôt que de personnes capables de faire des choix et de réagir de manière au moins en partie imprévisible aux modifications instaurées. L'intervention doit prendre la forme d'une structure institutionnelle incitant les individus à réaliser un effet positif au niveau macro.

Shaefer souligne, non seulement la nécessité des interventions dans un système social complexe, mais la forme que cela doit prendre, à savoir des interventions prévisibles qui découlent de principes acceptés, par opposition avec les interventions guidées par la finalité de réaliser un but particulier pour un groupe donné (*expediency*). Le travail de Shaefer se situe ainsi dans la continuité des travaux de Hayek sur la complexité, et sur la forme d'intervention compatible avec les restrictions imposées par cet état de fait des sociétés contemporaines.

Une des conséquences de l'absence de gouvernement centralisé et vertical, qui se conjugue néanmoins avec la nécessité de contrôler, dans une certaine mesure, ce qui se produit, est la promotion de *fonctionnement polycentriques*, très largement défendus dans les travaux d'Elinor Ostrom (1990)⁸⁵⁵. Le fonctionnement polycentrique suppose non pas une seule et même unité décisionnaire, mais une multiplicité de centres de décisions à différents échelons, dans un même système de règles générales. Cela permet la spécification des décisions et l'utilisation de connaissances locales et dispersées au niveau d'application le plus pertinent – sans interdire l'existence de certains centres de régulations macros, de type législatif, lorsque des règles de niveau inférieurs sont contradictoires. Selon Shaefer (2021, 66), les ordres polycentriques incorporent ainsi la contestation, l'expérimentation et la concurrence (aussi bien verticale – entre les unités de décision au même niveau, qu'horizontale – entre les unités de décision à différents niveaux), ce qui a pour conséquence que les ordres polycentriques possèdent des propriétés épistémiques importantes, directement comparées à la façon dont le mécanisme des prix utilise l'information dispersée.

Pour la démocratie, de même, une des conséquences de la prise en compte de la complexité est un scepticisme relatif à la possibilité de réaliser l'idéal démocratique sous la forme d'une souveraineté populaire. Ce point ne devrait pas nous étonner, après tout Rousseau, dans son *Contrat Social*, fixe très clairement des limites institutionnelles à la société dans laquelle son modèle de gouvernement peut fonctionner, qui équivalent à des diminutions de la complexité (faible taille de la cité, relative homogénéité du peuple du point de vue culturel et de l'histoire etc.). Lippmann a très largement tiré les enseignements, pour la démocratie, de cela – sans se limiter à l'idée que l'idéal démocratique se réalise, en réalité, sur le marché – par sa théorie d'une multiplication des publics en fonction des problèmes considérés. Les néolibéraux, et même la conception de la démocratie représentative de Posner, ont en un sens tiré les conséquences des problèmes de la complexité. Bien sûr, la voie néolibérale n'est pas la

⁸⁵⁵ Le concept est développé en premier, historiquement, par Michael Polanyi (1951), pour désigner le fonctionnement de la communauté scientifique.

seule possible – j'y reviens dans la troisième section de cette conclusion –, mais le constat initial de l'existence de la *Great Society* et de l'incapacité des humains à contrôler directement un ordre complexe constituent certainement un élément central à prendre en compte pour la théorie politique⁸⁵⁶.

Prendre en compte la complexité suppose donc de modifier nos concepts politiques, qu'il s'agisse du fonctionnement du gouvernement, de notre concept de démocratie, ou encore des modalités de l'intervention, par des règles. Les actions sont le résultat des désirs et des croyances des agents, placés dans un environnement institutionnel particulier, qui structure un système d'incitations. La modification des règles est le mode d'action favorisé, et la modification des règles doit obéir à plusieurs contraintes – les règles doivent demeurer générales et impersonnelles, suivre des principes prévisibles plutôt que réaliser un état final particulier, elles ne peuvent aussi être changées que si les nouvelles règles rencontrent un assentiment social important, etc. Ce type d'interventionnisme, par la modification des règles environnementales, a produit une série de développements, dont le plus fameux est certainement celui des *nudges*, développé par Thaler et Sunstein (2008). Les *nudges* peuvent être des dispositifs environnementaux (par exemple, l'arrangement des rayons de supermarché pour mettre en avant les produits moins caloriques), mais également une modification des règles (l'option par défaut pour le don d'organe ou de l'option par défaut sur un portefeuille d'investissement pour la retraite, pour reprendre deux exemples du livre éponyme). Sunstein (1997) défend très largement l'idée d'un interventionnisme par des règles générales plutôt que la recherche de contrôle direct – plus coûteux, moins efficace et produisant des effets pervers –, et montre, par ailleurs, que de telles règles peuvent lutter contre des discriminations, comme la discrimination raciale à l'embauche, en promouvant des quotas, dans le but de quitter certains équilibres néfastes qui peuvent subsister, même dans une situation caractérisée par une égalité formelle⁸⁵⁷. Dans tous les cas, les néolibéraux ont souligné l'importance du *institutional design* comme modalité de l'intervention conforme.

⁸⁵⁶ Ce point est, d'ailleurs, reconnu y compris par des partisans des approches délibératives et pragmatistes qui contrastent explicitement avec l'approche néolibérale. Voir par exemple, Cometti (2016), qui, tout en contrastant Dewey et Lippmann, souligne que les deux auteurs partagent un même diagnostic relatif à la démocratie traditionnelle et ses faiblesses.

⁸⁵⁷ Sunstein montre, en effet, qu'une situation effective de discrimination peut subsister même sans lois de ségrégation, contrairement à ce qu'affirme un argument courant, selon lequel la discrimination implique un prix, et ne peut exister dans un marché concurrentiel (puisque les femmes et les personnes de couleurs sont moins bien payées). Sunstein mentionne plusieurs causes du maintien d'un système de discrimination dans une situation d'égalité formelle : les clients peuvent avoir des préférences discriminantes, et plus largement les individus marginalisés adaptent leurs aspirations à la situation de discrimination. De plus, les classes d'individus discriminés

Je ne voudrais pas laisser entendre que ma propose position est de soutenir les *nudges* et le design institutionnel sous toutes ses formes. Bien des débats entourent les théories de Sunstein et Thaler, et ce y compris chez des auteurs se réclamant de Hayek⁸⁵⁸. Je souligne, plutôt, que les néolibéraux affrontent un véritable problème qui nécessite d'être pris en compte par tous, qu'il s'agisse d'autres formes de libéralisme, des positions libertaires ou encore des conceptions de la délibération. Pour regagner une hégémonie idéologique, les néolibéraux ont dû se réinventer, et cette réinvention a causé la prise en compte de problèmes politiques et sociaux qui avaient été oubliés par le libéralisme historique. Il faut voir la clef du succès des théories néolibérales – si le narratif standard dit vrai sur la contre-révolution néolibérale et le tournant des années 70 – comme une conséquence de cette anticipation, de cette avance sur leur temps au moment où les conditions sont devenues propices à un basculement. Toute critique pertinente doit partir de ce constat et donc, en un sens, penser *avec* les néolibéraux.

3. Réorienter les diagnostics néolibéraux, quelques contre-modèles

Développer des alternatives aux théories néolibérales que nous avons mobilisé dépasse très largement le cadre de cette thèse. Cependant je voudrais, après avoir montré la productivité des positions néolibérales, montrer que les thèses importantes soulignées à la section précédente, peuvent être orientées vers d'autres fins que ce qu'on trouve développé chez les néolibéraux, et notamment pour ce qui relève de la théorie de la démocratie. Penser, en quelque sorte, *avec* les néolibéraux, ne supposent pas de penser *comme* eux. Il ne s'agit pas uniquement de dire qu'il est possible de faire autrement que les néolibéraux, mais d'ouvrir la voie vers d'autres manières de répondre à la question du gouvernement par les règles, ouvert par les néolibéraux, qui sont davantage satisfaisantes car réalisant à un plus haut degré les valeurs que les néolibéraux eux-mêmes soutiennent. Dans cette troisième section, je montre comment cela est possible à partir de trois enjeux : la question de l'autogouvernement démocratique, la question de la propriété et, enfin, la question de la considération des inégalités.

intériorisent cette discrimination, ce qui implique une formation moindre en capital humain, et donc la production d'une inégalité plus importante en fin de cycle, rendant certaines populations moins employables, par effet de prophétie autoréalisatrice. Tout cela nécessite, pour Sunstein, des règles générales de promotion de la diversité.

⁸⁵⁸ Sugden (2018) est l'exemple le plus fameux, mais récemment le débat s'est cristallisé autour du fait de savoir si un 'hayekian behavioral economics' est possible. Sunstein lui-même a tenté de défendre cette position (Sunstein, 2020).

Les théories néolibérales renvoient aux aspirations modernes, l'idée d'autogouvernement, ainsi que la volonté d'émancipation vis-à-vis du pouvoir central et de la volonté arbitraire d'autrui. En répondant à ces aspirations, les néolibéraux sont amenés à offrir des réponses spécifiques, que nous avons rencontré dans ce travail. Tout part d'une identification des défis des sociétés modernes complexes, et de l'incapacité des humains à diriger un ordre composé d'individus pluriels, en désaccord sur les valeurs. Cependant, les mêmes constats ont pu être tirés vers des directions opposées, notamment vers la défense d'une démocratie ambitieuse, dans laquelle la délibération est une composante essentielle – alors même que la délibération est très largement refusée par les néolibéraux, au profit d'un modèle démocratique concurrentiel (Posner), de la négociation entre individus ou groupes (Buchanan), ou de mécanismes sociaux spontanés, qui agrègent la connaissance et permettent la coordination (Hayek, Lippmann). Hélène Landemore (2020) représente un exemple récent d'une telle proposition théorique situé dans un cadre non-idéal – puisque se fondant principalement sur des cas empiriques de délibération, en Islande et en France, avec des individus réels –, prenant donc en compte l'hétérogénéité des individus et dans des sociétés complexes, l'auteure se réfère directement à ce concept, comme nous allons le voir⁸⁵⁹. L'intérêt de cette référence est de montrer qu'il n'est pas nécessaire de limiter la démocratie dans le cadre d'une démocratie constitutionnelle, comme le proposent les néolibéraux. Landemore défend, au contraire, une "démocratie ouverte" (*open democracy*), c'est-à-dire une démocratie dans laquelle les citoyens peuvent être actifs sans passer par de perpétuels représentants, et dans laquelle la délibération joue un rôle important sur une multitude de problèmes⁸⁶⁰. Au contraire des positions néolibérales, Landemore critique très largement la théorie du consentement aux règles du jeu, pour réaliser un idéal démocratique plus dense. Il ne s'agit plus de s'assurer le consentement – hypothétique ou tacite – des individus, mais de donner *réellement* le pouvoir aux citoyens (*Ibid.*, xiv). Comment cette réponse est-elle possible, étant donné les contraintes posées par la "complexité grandissante" des sociétés (*Ibid.*, 191) ? La réponse de Landemore repose sur une distinction entre la *démocratie procédurale* (selon laquelle le bon résultat est le résultat du choix démocratique, comme chez Buchanan) et la *démocratie épistémique* (selon laquelle la délibération possède, en soi, des vertus, de découverte de solutions rationnelles,

⁸⁵⁹ Landemore (2012) cite d'ailleurs Hayek comme un des inspirateurs de la démocratie épistémique, avec son modèle de division de la connaissance !

⁸⁶⁰ La démocratie ouverte ne correspond pas, cela dit, à une "démocratie directe" souvent fantasmée en référence aux Athéniens. Dans les sociétés de grande taille et hétérogène, la démocratie directe "du peuple" est certainement une chimère, ce qui donne indirectement raison aux critiques néolibérales relativement au concept de "souveraineté populaire".

bonnes etc.)⁸⁶¹. L'argument en faveur de la démocratie épistémique en situation de complexité est le suivant : face à la complexité grandissante il ne faut pas davantage de division du travail, car ce que la complexité produit est avant tout de l'incertitude, sur les problèmes générés par la complexité, sur le type de solutions à mettre en œuvre pour y répondre, et sur l'acceptabilité de ces solutions pour la population. Or, face à un problème d'incertitude radicale, il faut, comme le proposent d'ailleurs en un autre sens et en partie les néolibéraux, distribuer le pouvoir équitablement et de manière inclusive, plutôt qu'à certains individus, qui seront de facto chargés de prendre des décisions, qu'il s'agisse des juges, du législateur, ou de quelque autre leader sur la chaîne de décision⁸⁶². Face à des situations marquées par une complexité importante il est, au contraire, bon de permettre au maximum d'individus de délibérer et de prendre une décision, dans le but d'utiliser au maximum la connaissance dispersée à même de répondre à un problème aux implications complexes.

Deux aspects méritent d'être commentés. Tout d'abord, cette thèse n'équivaut pas à défendre l'impossibilité d'une délibération politique, puisque Landemore pense justement qu'il existe des formes démocratiques à même de répondre à ce réquisit de dispersion du pouvoir pour répondre à des problèmes complexes. Ensuite, et pour compléter ce premier point, l'argument, repris de Landemore (2012), est que des jurys – ou des publics – délibératifs sont à même de répondre à des problèmes complexes, précisément car ils font appel à une connaissance dispersée importante, et à des perspectives différentes. Un grand nombre d'individus différents produisent donc une sagesse agrégée supérieure à la somme des connaissances des membres, et une délibération bien menée produit des vertus épistémiques importantes⁸⁶³. On reconnaît ici le thème de la "sagesse des foules". Le cas favorisé est celui d'assemblées tirées au sort – pour représenter, précisément, le plus d'optiques différentes, sans

⁸⁶¹ On trouve cette distinction explicitée chez Talisse (2005, 187).

⁸⁶² J'ajoute le "en partie" car, à ma connaissance, les néolibéraux étudiés ne se sont qu'assez peu soucieux d'inclusivité.

⁸⁶³ Dryzek et List (2003) défendent ainsi que les théories de la délibération permettent de répondre aux problèmes classiques de la démocratie diagnostiqués par la théorie du choix social. En suivant le théorème d'impossibilité de Arrow, cette littérature a en effet montré que le choix majoritaire était incompatible avec une décision collective rationnelle et respectant les préférences individuelles. Dryzek et List avancent, au contraire, que la délibération permet de produire une homogénéité suffisante pour permettre à la décision collective d'être rationnelle et ne pas tomber dans le problème d'Arrow – c'est-à-dire le théorème d'impossibilité selon lequel il est impossible pour une règle de décision collective de respecter les quatre conditions suivantes : (i) universalité du domaine, (ii) principe de Pareto, (iii) insensibilité aux alternatives non-pertinentes et (iv) éliminer les possibilités de groupes ou d'individus décisifs (*non-dictatorship*). List *et al.* (2012) montrent, par ailleurs, que les expériences empiriques de sondages délibératifs (avec un public tiré au sort en suivant la méthodologie des essais randomisés), font effectivement preuve de ce type de qualités épistémiques, en produisant un méta-accord (*meta-agreement*) sur la manière de classer les désaccords, en réduisant de fait les profils de préférences au cours de la délibération. Je renvoie à List (2018) pour une revue de littérature sur ces rapports complexes entre démocratie et choix social.

présélection dues au processus électoral –, mobilisée pour traiter d'un problème particulier. La diversité des membres, et le résultat nécessairement inclusif qui émerge du tirage au sort – avec des populations minoritaires, une parité de genre etc. – possède un avantage épistémique important, si la délibération est correctement menée, c'est-à-dire quand les experts sont relégués à un rôle de conseiller à auditionner plutôt que de décisionnaire. Il faut noter ici que ces assemblées tirées au sort ne deviennent pas nécessairement de nouveaux souverains qui *remplacent* les assemblées élues, mais constituent surtout des expérimentations démocratiques pour faire face aux enjeux d'une société complexe, en proposant d'autres modes de résolution et de traitement démocratique des problèmes et des enjeux contemporains. Face au constat d'une crise de la démocratie représentative et des "élites", la solution n'est donc pas celle d'une limitation de la démocratie et de l'extension de la délibération, mais au contraire sa multiplication à différentes échelles.

Le pluralisme radical, dans ce cadre, n'est pas une faiblesse, mais une force épistémique, et ne met pas nécessairement en péril la délibération. Landemore défend même qu'il est possible que l'homogénéité relative, nécessaire à la compréhension commune et à la discussion, n'émerge qu'à partir de la discussion collective, plutôt que comme une précondition à l'exercice démocratique. Cette possibilité de perpétuer les diagnostics néolibéraux au-delà d'eux-mêmes permet de donner une épaisseur à l'expérimentalisme favorisé par ces auteurs, notamment du point de vue politique. Expérimenter consiste, en effet, à se donner la possibilité d'essayer d'autres formes de prise de décision collective, et de mener une enquête sociale quant aux conséquences de nos modes de fonctionnement.

Pour appuyer ce point, il est intéressant de comparer les théories néolibérales avec les autres théories qui se sont confrontés au même problème historique, et partagent une série de diagnostic avec les néolibéraux, particulièrement le pragmatisme de John Dewey, qui prétend lui aussi reconstruire le libéralisme dans les années 1920-1930⁸⁶⁴. Le pragmatisme – qui possède bien des affinités avec les théories néolibérales, relativement à la théorie positive des règles, mais aussi et surtout sur la prise en compte de la complexité et du pluralisme, voir Dewey (1927) – est sur ce point un allié précieux (comme le pensaient, d'ailleurs, Lippmann et Posner), en ce qu'il nous permet d'interroger les limites, parfois invisibles, que les théoriciens

⁸⁶⁴ Cette reconstruction est développée dans plusieurs ouvrages, notamment Dewey (1927, 1930, 1935). L'argument de ce paragraphe et des suivants continue la discussion critique de Posner que j'ai mené à la fin du chap. IX.

néolibéraux établissent⁸⁶⁵. Si Dewey s'accorde, par exemple, avec la critique lippmannienne, dans *Le Public fantôme*, d'une "éclipse du public" du fait de la complexité sociale croissante, des limites individuelles de chacun, et des divergences d'intérêts, cette éclipse n'est pas une fatalité. Par opposition, Dewey développe le concept de *démocratie radicale*, qui permet de mettre en lumière plusieurs points importants⁸⁶⁶. La référence constante des néolibéraux pour penser la démocratie sont certains Pères Fondateurs, notamment Madison et Hamilton, alors que ces auteurs – cela est particulièrement clair chez Madison – critiquent explicitement la démocratie, et pense les conditions d'émergence d'une *république* américaine⁸⁶⁷. Dewey, en revanche, cherche à revigorer un idéal jeffersonien – effectivement inadéquat aux conditions socio-politiques des sociétés modernes, et qu'il s'agit donc de renouveler et de modifier face aux nouveaux défis de la modernité (Bernstein, 2010, 298-299). Le remède à la "crise de la démocratie" n'est pas une démocratie minimale et limitée, mais davantage de démocratie, voilà tout le sens de la démocratie radicale. La démocratie est, dans ce cadre, un mode de vie, bien plus qu'une institution de sélection par élection. Il s'agit, pour reprendre une expression deweyenne, d'un processus d'enquête ouvert, dans lequel les finalités communes sont créées et l'intérêt commun constitué. La démocratie est avant tout une méthode, qui consiste à identifier et résoudre des problèmes, et qui est toujours expérimentale, en ce qu'elle doit faire usage des données, des preuves, des expertises contradictoires, bref, de toutes les sources d'expériences permettant de prendre une décision collective – et ce sans se fonder sur une quelconque autorité hiérarchique a priori. Pitkin et Shumer (1982, 47-48) synthétisent élégamment une telle perspective délibérative de la pratique démocratique :

La politique en régime démocratique est une rencontre entre des personnes ayant des intérêts, des perspectives et des opinions différents – une rencontre au cours de laquelle ces personnes reconsidèrent et révisent mutuellement leurs opinions et leurs intérêts, tant individuels que communs. Elle se déroule toujours dans un contexte de conflit, de connaissances imparfaites et

⁸⁶⁵ Récemment, Stiegler (2019) et Milanèse (2020) ont tous deux proposé des objections, ou mis en lumière des embranchements théoriques non historiquement développés, à partir de cette comparaison entre néolibéralisme et pragmatisme. Cela passe principalement par la confrontation des figures, dans ces travaux, de Lippmann et de Dewey.

⁸⁶⁶ L'expression vient de Dewey, dans un essai de 1937, "Democracy Is Radical", puis a connu plusieurs récupérations philosophiques, par exemple chez Mouffé et Laclau dernièrement. Un numéro de *Raisons Politiques*, 75(3), a récemment été consacré à ces utilisations contemporaines du concept de démocratie radicale. Par cette expression je me réfère, cela dit, principalement à la conception deweyenne de la démocratie – qui est le concept architectonique de sa philosophie politique. Pour une présentation générale, on peut lire Bernstein (2010).

⁸⁶⁷ Buchanan, Posner et Hayek se réfèrent au moment des Pères Fondateurs de manière bénéfique, et y lisent le moment de naissance de la démocratie constitutionnelle. Se faisant, ils se réfèrent toujours à Madison et Hamilton.

d'incertitude, mais où l'action communautaire est nécessaire. Les résolutions obtenues sont toujours plus ou moins temporaires, sujettes à reconsidération et rarement unanimes. Ce qui compte, ce n'est pas l'unanimité mais le discours. L'intérêt commun substantiel n'est découvert ou créé que dans la lutte politique démocratique, et il reste contesté autant que partagé. Loin d'être contraire à la démocratie, le conflit – traité de manière démocratique, avec ouverture et persuasion – est ce qui fait fonctionner la démocratie, ce qui permet la révision mutuelle des opinions et des intérêts⁸⁶⁸.

Il ne s'agit donc pas, dans la perspective qui est celle de la démocratie radicale, de nier la diversité des intérêts, la conflictualité inévitable du politique – et donc de se réfugier dans le monde d'individus idéalisés partageant, car rationnels ou raisonnables, un intérêt commun qu'ils peuvent identifier. La conception deweyenne de la démocratie, par ailleurs, ne nie pas la complexité de la société, l'incertitude des informations, la limitation de la connaissance, l'impossibilité d'obtenir l'unanimité à partir d'intérêts distincts. En un sens, le diagnostic est le même que chez les néolibéraux sur les antagonismes insurmontables qui constituent toute communauté politique. Cependant, Dewey et ses continuateurs soutiennent une thèse forte : la démocratie radicale est la meilleure manière de répondre aux défis modernes, car la discussion et le conflit sont, comme la concurrence pour les néolibéraux, des institutions permettant la *transmission* de la connaissance locale dans une multiplicité de publics délibératifs, et la *production* collective d'intérêts communs et de nouvelles connaissances et d'évaluations sur le monde social.

Il existe, en somme, deux options face au diagnostic de la faillite du modèle démocratique, une fois considéré les défis de la complexité, du pluralisme radical et de la crise de la démocratie. La première option est celle d'une démocratie limitée, procédurale, constitutionnelle ; la seconde option est celle d'une démocratie radicale, ouverte, épistémique, qui ne limite pas l'ensemble des problèmes à aborder, et tente de contourner les difficultés consubstantielles de la concurrence électorale – la compétition entre groupes, le marchandage de votes, la recherche de rente, la concentration du pouvoir chez les représentants. Ces deux

⁸⁶⁸ L'original dit : "Democratic politics is an encounter among people with differing interests, perspectives, and opinions – an encounter in which they reconsider and mutually revise opinions and interests, both individual and common. It happens always in a context of conflict, imperfect knowledge, and uncertainty, but where community action is necessary. The resolutions achieved are always more or less temporary, subject to reconsideration, and rarely unanimous. What matters is not unanimity but discourse. The substantive common interest is only discovered or created in democratic political struggle, and it remains contested as much as shared. Far from being inimical to democracy, conflict – handled in democratic ways, with openness and persuasion – is what makes democracy work, what makes for mutual revision of opinions and interests" (Ma traduction).

conceptions sont des conceptions positives de la démocratie – comme je l'ai défendu les néolibéraux sont bien, en un sens, de *véritables démocrates* –, qui renvoient à des modèles d'organisations sociales distinctes. Il ne m'appartient pas, dans cette conclusion de trancher entre ces options, d'autant plus qu'il existe de nombreuses discussions contemporaines en philosophie politique, sciences politiques et économie, sur les possibilités réelles d'une délibération effectivement bénéfique⁸⁶⁹.

On peut, cependant, exemplifier la différence majeure entre ces deux perspectives à partir d'un exemple, dans lequel la perspective de la démocratie radicale et celle des néolibéraux s'oppose franchement : les sphères d'autonomie individuelle, particulièrement en entreprise. Ce problème renvoie à la question de la propriété, et du pouvoir arbitraire exercé par la volonté individuelle de certains au sein des "gouvernements privés" que sont les entreprises. Je reprendrai quelques arguments à Elizabeth Anderson (2017) – une figure importante de la théorie pragmatiste délibérative contemporaine –, qui utilise un argument néolibéral contre lui-même, et notamment le fait que le néolibéralisme se serait rigidifié historiquement en défense les intérêts des firmes, au détriment de la promotion de la liberté comme capacité à ne pas être soumis à la volonté arbitraire d'autrui, par exemple au travail, dans les relations hiérarchisées qui constituent l'entreprise. Dewey (1920, chap. VIII) défend que les institutions sont des instruments de production d'individus, ce avec quoi les néolibéraux ne sont pas en désaccord, mais il ne situe aucune institution en dehors du champ de l'enquête sociale, notamment l'entreprise⁸⁷⁰. Comme l'indique Lippmann (1937, 236), les libéraux sont radicaux quant à l'ordre social, mais conservateurs relativement à la division du travail. L'aspiration à l'émancipation, à l'autonomie et à la souveraineté dans la consommation privée n'est pas menée jusqu'au bout, puisque plusieurs îlots de pouvoir autocratique sont situés en dehors du domaine légitime d'interrogation sociale. Le plus évident de ces îlots est celui du salariat, et de la relation asymétrique entre salarié et patron. Ceci correspond à ce qu'on peut appeler une *double anthropologie* du néolibéralisme, qui met, d'un côté, en avant une individualité créatrice et expérimentatrice, souveraine et autonome, et justifie, de l'autre, la soumission à la volonté

⁸⁶⁹ Ma préférence, cela dit, comme développé dans Colin-Jager, Dold et Gascoin (2022), penche pour l'optique délibérative. Je renvoie à ce texte pour davantage de développements sur ce point. Girard (2019) propose une synthèse de ces discussions, entre théoriciens de la démocratie épistémique, comme Landemore, et théoriciens réalistes, qu'on appelle aujourd'hui épistocratiques, qui défendent une démocratie limitée au processus de concurrence électorale et de délibération représentative. De plus, la littérature sur la délibération montre l'existence d'une multitude d'effets pervers, qui peuvent saper les vertus épistémiques de la délibération, en premier lieu les effets de polarisation étudiés par Sunstein (2002).

⁸⁷⁰ Fensteinstein (2018) montre, d'ailleurs, que Dewey a pris une multitude de positions publiques en soutien des droits des travailleurs, qu'il s'agisse de l'élargissement du droit de grève ou syndical, ou pour la promotion de la démocratie en entreprise.

d'autrui et l'obéissance parfois servile. Trois arguments sont mobilisés pour contrer cette critique : (i) l'argument des coûts de transaction, et donc *in fine* de l'efficacité économique ; (ii) l'argument comparatif hayékien du moindre mal et (iii) l'argument de Buchanan du contrat volontaire.

Le premier argument est celui de la nécessaire existence d'*organisations*, au sens hayékien, dans l'océan de l'ordre du marché, car la prise de décision entrepreneuriale implique des coûts – pour rédiger les contrats, partager les tâches, s'informer sur les partenaires éventuels, etc. La firme, ou l'entreprise, doit exister car ces coûts existent et il est donc rationnel de limiter ces coûts en centralisant localement l'information. Les firmes sont, précisément, des institutions qui centralisent l'information pour permettre l'activité économique. Coase (1937) est généralement associé à cet argument.

Le second argument est comparatif, et est donné par Hayek dans *La route de la servitude* :

Il est désagréable de n'être qu'un rouage insignifiant dans une machine impersonnelle, mais c'est infiniment pire si nous n'avons pas la possibilité de la quitter, si nous sommes attachés à notre place et livrés indéfiniment à la merci des supérieurs qu'on nous a donnés. Le mécontentement de chacun augmentera à mesure qu'il se rendra compte que sa situation est voulue par une autorité.

(Hayek, 1944a, 80).

Cet argument est celui du moindre mal : certes la situation de certains dans les régimes capitalistes est mauvaise, mais cela est moins pire que dans les régimes communistes, dans lesquels les individus sont soumis à la volonté arbitraire d'un planificateur. Le marché offre au moins *la possibilité* de changer de travail et donc de "licencier son patron".

Le troisième argument est celui du libre contrat, que nous avons rencontré chez Buchanan et Posner, selon lequel les contrats entre individus non contraints et n'étant pas en situation d'extrême nécessité, sont légitimes, car librement consentis – donc mutuellement avantageux. Comme j'ai déjà développé cet argument au chap. VIII je n'y reviens pas extensivement.

Ces trois arguments, cela dit, si on suit Anderson (2017), n'impliquent pas la perpétuation des "dictatures" d'entreprise⁸⁷¹. Pour Anderson, l'entreprise est un "gouvernement privé", qui devrait, au même titre que le gouvernement fédéral, être reconnu comme une institution coercitive, voire un instrument de domination (*Ibid.*, xxii). La philosophe pointe les contradictions entre l'aspiration à l'émancipation défendue par les libéraux, d'une part, et la défense du gouvernement privé, d'autre part. L'argument coasien *explique* certainement l'*émergence historique* de la firme, mais ne peut pas *justifier* l'intensité du pouvoir exercé au sein des entreprises, et notamment pourquoi les employés peuvent être renvoyés pour une publication sur Twitter. L'argument hayékien et l'argument du libre contrat reposent sur la possibilité de changer de travail, et donc le maintien d'une option d'*exit* – qui est nécessaire pour qu'on puisse dire que les individus consentent librement –, par opposition au communisme soviétique, est moqué par Anderson : cela est équivalent, nous dit-elle, au fait de dire que Mussolini n'était pas un dictateur car les Italiens pouvaient émigrer (*Ibid.*, 55). On ne peut pas vraiment dire que la démission est un moyen de "renvoyer son patron", comme cela est parfois défendu, car les dotations initiales ne sont pas équitablement réparties. Certaines asymétries sont inévitables, tous les accidents de la vie et de la naissance ne peuvent être corrigés adéquatement. Sur le marché du travail, cependant, les asymétries relatives à la propriété introduisent de manière massive précisément ce contre quoi les néolibéraux luttent, à savoir la soumission des individus à la volonté d'autrui. Seule la possibilité d'établir une option d'*exit* satisfaisante – et c'est en cela que les arguments sur le revenu universel méritent certainement d'être développés dans le cadre néolibéral⁸⁷² – permet de combattre cette privation de liberté substantielle et pourtant habituelle. En effet, la possibilité de démissionner et de se retrouver, sans revenu et au chômage, ne peut pas véritablement être considérée comme une option véritable justifiant le pouvoir autocratique, nous rappelle Anderson.

Le maintien d'un pouvoir vertical au sein de l'entreprise peut ainsi apparaître comme une bizarrerie pour les néolibéraux, qui défendent l'émancipation de l'autorité souveraine.

⁸⁷¹ Le terme de dictature provient d'un sondage américain, selon lequel plus d'un quart des travailleurs américains considèrent leur lieu de travail de cette manière. Anderson donne plusieurs exemples choquants d'humiliation au travail, le plus marquant, dès les premières pages, étant celui de travailleurs dans l'industrie de la volaille, contraint à se rouler dans la boue, pour le plaisir de leurs supérieurs hiérarchiques (Anderson, 2017, xix). Le livre fait état de bien d'autres cas problématiques : le contrôle des habits, des opinions politiques, de la diète, de la coiffure, et de bien d'autres aspects de la vie individuelle, aussi bien sur le lieu de travail qu'en dehors. Paltrinieri et Nicoli (2017) ont également mis en avant l'homogénéisation des rapports salariés, dans lesquels les salariés sont eux-mêmes des investisseurs.

⁸⁷² Tomasi (2012) critique sur ce point l'égalitarisme de la chance, mais défend, pour maintenir une option d'*exit*, un revenu de base inconditionnel qui aurait plusieurs effets positifs à la fois sur le niveau des salaires mais aussi sur la possibilité des individus de ne pas être captif du salariat.

Pourquoi considérer, après tout, le pouvoir central du gouvernement comme plus dangereux que le pouvoir, pourtant plus proche et prégnant, de la multitude des gouvernements privés que sont les entreprises ? Richard (2020) montre, par exemple, dans la continuité de cette interrogation, que la démocratie en entreprise pouvait être une réponse adéquate à la situation non-idéale des marchés dans les sociétés occidentales, de manière à réaliser l'idéal libéral de l'émancipation individuelle et la non-soumission à la volonté arbitraire d'autrui. Il est ainsi possible de partir des tensions et des ambiguïtés internes de la théorie néolibérale pour la questionner et interroger les frontières conceptuelles dressées par les néolibéraux dans leurs théories.

Je voudrais exemplifier ce point par un dernier argument, relatif au traitement des inégalités, y compris une fois qu'on accepte les diagnostics néolibéraux d'une société complexe et de la nécessité de n'intervenir que par des règles générales et abstraites, plutôt que de chercher à réaliser des résultats spécifiques. La relation entre système de règles et ordre n'est pas maximalelement chaotique – il existe des systèmes de stabilisation sociale par *feedback*, introduisant de la stabilité et de la robustesse dans un ordre social –, et il est possible, selon l'aveu même de Hayek, d'établir des prédictions de *patterns* et de tendances. J'ai déjà mentionné le travail de Sunstein (1997), qui défend des interventions générales, évitant les commandements restrictifs visant des états finaux précis, tout en proposant de réaliser des finalités sociales via des systèmes d'incitations. Dietsch (2010) et Dietsch et Rixen (2014) offrent des arguments convaincants dans la même direction d'une prise en compte des inégalités distributives découlant des règles organisant le fonctionnement du marché⁸⁷³. Dietsch (2010) s'intéresse à la structure de la concurrence et aux règles qui la régissent, et compare les résultats qui résultent de ces structures de concurrences alternatives. Si on peut bien accorder que la concurrence tend à favoriser les consommateurs par une baisse des prix, lorsque la concurrence est importante et la régulation sur le travail faible – au sens d'une protection des salaires minimaux et des droits des travailleurs –, les mêmes individus qui sont aussi, par ailleurs, des consommateurs, ne sont pas réellement avantagés par un régime de concurrence, puisque ce qu'ils gagnent dans le régime de consommation est perdu dans la stagnation des salaires. C'est ce que montrent, selon Dietsch, les données des dernières années dans les pays occidentaux. Dietsch nous invite ainsi à prendre en compte les effets distributifs – et notamment le fait que plusieurs formes de concurrence sont à l'avantage, avant tout, des propriétaires de capitaux

⁸⁷³ Le propos de Dietsch est intéressant car il place son discours directement dans un espace néolibéral : il s'agit de parler de justice économique en parlant des fonctionnements alternatifs de la concurrence, des règles du jeu (Dietsch, 2010, 237).

davantage que les consommateurs et les travailleurs – des règles du jeu dès que les marchés sont institués :

La réglementation du marché du travail, les règles qui régissent le monde financier, et les politiques antitrust en particulier, ont toutes des conséquences sur la répartition des revenus et des richesses. Nous pouvons relever ces défis par des formes traditionnelles de redistribution ex post ou ex ante. Cependant, il peut être préférable d'inclure dès le départ des objectifs de justice sociale dans les réflexions sur la conception des institutions.

(Dietsch, 2010, 237)⁸⁷⁴.

On ne peut certes pas prévoir ce qui arrive pour chaque individu particulier mais, en théorie, on peut aboutir à une connaissance au moins imparfaite et expérimentale de ce qu'un type de règle produit comme type d'effet pour une classe de population, notamment en vue de mener des politiques visant bien l'égalisation progressive des conditions plutôt que la simple garantie d'un revenu minimal.

Il est aussi possible, en suivant Dietsch et Rixen (2014), de mettre en lumière les effets pervers de certains fonctionnements concurrentiels favorisés par les néolibéraux, notamment celui de la concurrence institutionnelle sur les niveaux de taxation, et de proposer une modification des règles du jeu, pour remédier à la production d'inégalités qui découle de la concurrence fiscale. La production d'inégalité est double. D'une part, parce que seuls les individus les plus favorisés sont capables de déplacer leur foyer fiscal et donc de "voter avec les pieds" (ou plutôt le compte bancaire) ; d'autre part, car la concurrence fiscale exerce une pression sur le budget des États, notamment en les incitant à proposer moins de dépenses sociales et de redistribution, ce qui implique un accroissement des inégalités au niveau infranational. Ce dernier point est particulièrement important si, comme Sugden (2018), on considère qu'un certain niveau de redistribution et de compensation est une condition sine qua non pour la *stabilité psychologique* d'une société de marché⁸⁷⁵. En bref, pour les auteurs la

⁸⁷⁴ L'original dit: "Labor-market regulation, rules governing the financial world, and antitrust policies in particular, all have consequences for the distribution of income and wealth. We can meet these challenges through traditional forms of ex post or ex ante redistribution. However, it may be preferable to include objectives of social justice in considerations of institutional design from the outset" (Ma traduction).

⁸⁷⁵ Sugden reprend le concept de stabilité psychologique à Rawls (1971), chez qui la société comme coopération à l'avantage de tous doit être soutenue par une conception de la justice partagée par les individus. L'ajout de

concurrence fiscale produit une *race to the bottom* (une dégradation des services vers la pire situation possible)⁸⁷⁶. Les auteurs défendent ainsi une politique de taxation consistant en une modification des règles du jeu – puisque la taxe est associée au *membership*, c'est-à-dire à la qualité de membre d'un individu. Typiquement, si un individu produit de la richesse en France, il doit être taxé sur l'activité en France, même s'il est domicilié fiscalement au Luxembourg. Une autre possibilité, récemment discutée lors de sommets internationaux, est de fixer un taux de taxation minimal entre les pays, pour réduire les effets de la concurrence fiscale. Cela dit, ce sont moins les propositions des auteurs qui nous intéressent, dans le cadre de cette thèse, que le type de geste intellectuel effectué : il ne s'agit pas de vouloir produire des effets de distribution particuliers, mais de montrer que le type de règles favorisé pour instituer un marché produit toujours des effets, et qu'il est possible, au moins par la connaissance de tendances, d'associer certaines règles à certains résultats distributifs. Aucune règle du jeu n'est neutre, et doit toujours pouvoir être interrogée comme telle en fonction des valeurs de la communauté politique.

J'ai tenté de montrer brièvement, dans cette section, quelques lignes critiques permettant de faire apparaître ces manières d'orienter les idéaux libéraux vers d'autres solutions pratiques. Cela montre, ainsi, que la critique interne – puisque ces critiques partent des mêmes diagnostics que les néolibéraux – constitue un moteur de production conceptuel et théorique au sein du libéralisme⁸⁷⁷.

Un problème structurant constitue, c'est ma thèse, la pensée néolibérale. Ce problème est consubstantiel à notre modernité politique. Comment repenser le libéralisme dans les conditions difficiles de montée du fascisme et des totalitarismes, et préserver la liberté individuelle dans un ordre complexe ? Si les réponses particulières des néolibéraux peuvent ne pas nous convaincre, et nécessitent des discussions, des améliorations ou des oppositions, j'ai essayé de montrer dans cette thèse qu'ils développent une série de diagnostics et de thèses vis-à-vis desquels il faut se positionner. En cela, Lippmann, Hayek, Buchanan et Posner participent

Sugden, à l'instar de Cowen (2021) est d'essayer de considérer que cette conception partagée doit pouvoir l'être avec un minimum d'idéalisation, ce qui passe par un type de raisonnement contractarien (voir Sugden, 1993).

⁸⁷⁶ Cette situation, de production d'une sous-provision des biens publics et d'une taxation quasi nulle, ne s'observe pas empiriquement dans les pays de l'OCDE, mais des effets de la concurrence fiscale peuvent bien être, en revanche, observés, avec la baisse de la taxe sur les entreprises et les hauts revenus. Selon les auteurs (Dietsch et Rixen, 2014, 6), pour les pays de l'OCDE, la taxation sur les entreprises est passée de 50% en 1975 à autour de 25% en 2010, et la taxation sur les plus hauts revenus est passée de 70% à 40%.

⁸⁷⁷ En parlant de libéralisme dans ces lignes, j'ai à l'esprit une définition large, qui incorpore aussi bien le libéralisme social d'un Dewey et certaines positions libertaires que le libéralisme politique de Rawls et ses continuateurs, en plus, bien sûr, du libertarianisme et du néolibéralisme. Freeman (2011) propose une carte conceptuelle des différences entre ces différentes perspectives.

à renouveler et interroger la manière dominante de faire de la philosophie politique et accomplissent un geste heureux : ils interrogent – y compris dans leur radicalité et le caractère parfois provocateur de leurs positions – nos concepts et nous donne des problèmes à penser.

Bibliographie

Aimar, T. 2002. "Commentaire sur "économie et connaissance" de F.A. Hayek", *Cahiers d'économie politique*, 43(2): 105-118.

Aimar, T. 2019. *Hayek. Du cerveau à l'économie*, Paris, Michalon.

Alchian, A. 1965. "Some Economics of Property Rights", *Il Politico*, 30(4): 816-829.

Alcouffe, A. 2017. "L'ordolibéralisme, unité et diversité", *Revue européenne des sciences sociales*, 55(2): 265-277.

Angner, E. 2002. "The History of Hayek's Theory of Cultural Evolution", *Studies in History and Philosophy of Biomedical Sciences*, 33: 695– 718.

Angner, E. 2004. "Did Hayek Commit the Naturalistic Fallacy?", *Journal of the History of Economic Thought*, 26(3): 349-361.

Amadae, S.M. 2003. *Rationalizing Capitalist Democracy*, Chicago, University of Chicago Press.

Amadae, S.M. 2011. "James M. Buchanan, John Rawls and Democratic Governance", in Cavalier, R. (ed.), *Approaching Deliberative Democracy*, Pittsburg, PA: 31-52.

Amadae, S.M. 2015. *Prisoners of Reason*, Cambridge, Cambridge University Press.

Anderson, E. 2006. "The Epistemology of Democracy", *Episteme: A Journal of Social Epistemology*, 3(1-2): 8-22.

Anderson, E. 2010. "The Fundamental Disagreement Between Luck Egalitarians and Relational Egalitarians", *Canadian Journal of Philosophy*, 40(sup.): 1-23.

Anderson, E. 2017. *Private Government*, Princeton, Princeton University Press.

Aranson, P. 1992. "The Common Law as Central Economic Planning", *Constitutional Political Economy*, 3(3): 289-317.

Arena, R. 1999. "Hayek et l'équilibre économique, une autre interprétation", *Revue d'économie politique*, 109(6) : 847-858.

Arrous, J. 1990. "Socialisme et planification : O. Lange et F.A. von Hayek", *Revue française d'économie*, 5(2) : 61-84.

Audard, C. 2009a. "Le 'nouveau' libéralisme", *L'Économie politique*, 44(4) : 6-27.

Audard, C. 2009b. *Qu'est-ce que le libéralisme ?* Paris, Folio.

Audier, S. 2008, *Le colloque Lippmann*, Lormont, Le bord de l'eau.

- Audier, S. 2012. *Néolibéralisme(s), une archéologie intellectuelle*. Grasset : Paris.
- Audier, S. 2013. "Les paradigmes du Néolibéralisme", *Cahiers philosophiques*, 133(2) : 21-40.
- Audier, S. 2015. *Penser le 'néolibéralisme'. Le moment néolibéral, Foucault et la crise du socialisme*, Lormont, Le Bord de l'eau.
- Audier, S. 2016. "Néolibéralisme » et démocratie dans les années 1930 : Louis Rougier et Louis Marlio", *Revue de philosophie économique*, 17(1) : 57-101.
- Axtell, R. 2016. "Hayek Enriched by Complexity Enriched by Hayek", *Advances in Austrian Economics*, 21: 63-121.
- Bachouse, R. et S. Medema, 1999. "Defining Economics: The Long Road to Acceptance of the Robbins Definition", *Economica*, 76: 805-820.
- Baird C. W. 1989. "James Buchanan and the Austrians: The Common Ground." *Cato Journal*, 9(1): 201-230.
- Baker, E. 1975. "The ideology of the economic analysis of law", *Philosophy & Public Affairs*, 5(1): 3-48.
- Barone, E. 1908. "The Ministry of Production in the Collectivist State", in Hayek, F. (ed.), *Collectivist Economic Planning*, London, Routledge: 245-290.
- Barry, N. 1984. "Unanimity, Agreement and Liberalism. A Critique of James Buchanan's Social Philosophy", *Political Theory*, 12(4): 579-596.
- Barry, N. 1989. "The liberal constitution: Rational design or evolution?", *Critical Review*, 3(2): 267-282.
- Becchio, G. et Leghissa, G. 2017. *The Origins of Neoliberalism*, London, Routledge.
- Beck, N. 2015. "The garden of orderly polity: F.A. Hayek and T.H. Huxley's views on social evolution", *Journal of Bioeconomics*, 17: 83-96.
- Beck, N. 2018. *Hayek and the Evolution of Capitalism*, Chicago, Chicago University Press.
- Becker, G. 1968. "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, 76(2): 169-217.
- Beddeleem, M. 2017. *Fighting for the Mantle of Science: The Epistemological Foundations of Neoliberalism, 1931-1951*, Thèse de doctorat en Sciences Politiques, Université de Montréal.

- Beddeleem, M. 2020a. "Recoding Liberalism: Philosophy and Sociology of Science against Planning", in Plewhe, D., Slobodian, Q. et Mirowski, P. (eds), *The Nine Lives of Neoliberalism*, London, Verso: 21-45.
- Beddeleem, M. 2020b. "Fragile Knowledge, Moral Pitfalls: Early Neoliberalism and Its Demise", *KNOW: A Journal on the Formation of Knowledge*, 4(2): 175-202.
- Beddeleem, M. et Colin-Jaeger, N. 2020. "L'héritage conservateur du néolibéralisme", *Astérion*, 23 (en ligne).
- Beitz, C. 1980. "Tacit Consent and Property Rights", *Political Theory*, 8(4): 487-502.
- Bernstein, A. 2005. "Whatever happened to Law and Economics", *Maryland Law Review*, 64(1): 303-336.
- Bernstein, R. 2010. "Dewey's vision of radical democracy", in Cochran, M. (ed.), *The Cambridge Companion to Dewey*, Cambridge, Cambridge University Press: 288-308.
- Berthonnet, I. 2014. *De l'efficacité à la concurrence : Histoire d'une synthèse entre économie néoclassique et néolibéralisme*, Thèse de doctorat en Sciences Économiques, Université Lille I.
- Bertrand, E. 2006. "La thèse d'efficacité du 'théorème de Coase' : Quelle critique de la microéconomie ?", *Revue économique*, 57(5) : 983-1007.
- Bertrand, E. 2010. "The Three Roles of the 'Coase Theorem' in Coase's Works", *The European Journal of the History of Economic Thought*, 17(4): 975-1000.
- Bertrand, E. 2011. "What Do Cattle and Bees Tell us about the Coase Theorem?", *European Journal of Law and Economics*, 31(1): 39-62.
- Bertrand, E. 2019. "Much ado about nothing? The controversy over the validity of the Coase theorem", *European Journal of the History of Economic Thought*, 26(3): 502-536.
- Bicchieri, C. 2006. *The Grammar of Society*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Biebricher, T. 2018. *The Political Theory of Neoliberalism*, Stanford, Stanford University Press.
- Bidet, J. 2006. "Foucault et le libéralisme: Rationalité, révolution, résistance", *Actuel Marx*, 40(2), 169-185.
- Bidet, J. 2016. *Le Néolibéralisme, un autre grand récit*, Paris, Les Prairies ordinaires.
- Bilger, F. 1964, *La Pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Birch, K. 2017. *A research agenda for neoliberalism*, Northampton, Elgar.

- Birch, K. et Mykhnenko, V. 2010. *The Rise and Fall of Neoliberalism*, New York, Zed.
- Birner, J. et Van Zijp, R. 1994. *Hayek Co-ordination and Evolution*, London, Routledge.
- Birner, J. 2006. "La place de *Sensory Order* dans l'œuvre de F.A. Hayek", *Cahiers d'économie Politique*, 51(2) : 109–138.
- Blaug, M. 1992. *The Methodology of Economics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Blot, Y. 2007. *Hebert Spencer, un évolutionnaire contre l'étatisme*, Paris, Les Belles Lettres.
- Blyth, M. 2013. *Austerity, The History of a Dangerous Idea*, New York, Oxford University Press.
- Boas, T. et Ganz-Morse, L. 2009. "Neoliberalism: From New Liberal Philosophy to Anti-Liberal Slogan", *Studies in Comparative International Development*, 44(2): 137-161.
- Boettke, P. 1990. "The Theory of Spontaneous Order and Cultural Evolution in the Social Theory of F. A. Hayek", *Cultural Dynamics*, 3(1): 61– 83.
- Boettke, P. 2000. *Socialism and the Market: Marginalist economics and the socialist economy*, London, Routledge.
- Boettke, P. 2018. *F.A. Hayek: Economics, political economy and social philosophy*, London, Palgrave-Macmillan.
- Boettke, P. et O'Donnell, K. 2013. "The failed appropriation of F.A. Hayek by formalist economic", *Critical Review*, 25(3-4): 305–341.
- Boettke, P. et Lemke, J. 2018. "Constitutional Hopes and Post-Constitutional Fears", in Boettke, P. et Stein, S. (eds), *Buchanan's Tensions*, George Mason, Mercatus Center, chap. 3.
- Boettke, P. et King, S. 2020. "Hayek and the Hayekians on the Political Order of a Free Society", in Heffele, S., Stein, S. et Storr, V. (eds.), *Hayek's tensions*, George Mason, Mercatus Center: 7-26.
- Boltanski, L. et Chiapello, E. 1999. *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard.
- Boyer, R. 2015. *Économie politique des capitalismes*, Paris, La découverte.
- Böhm, F. 1961. "Demokratie und ökonomische Macht", in Konferenz in Frankfurt am Main Juni 1960, *Kartelle und Monopole im modernen Recht: Beiträge zum übernationalen und nationalen europäischen und amerikanischen Recht, erstattet für die internationale*, Karlsruhe, C.F. Müller: 1-46.
- Böhm, F., Eucken, W. et Grossmann-Doerth, H. 1936. The Ordo Manifesto of 1936, in Peacock, A. et Willgerodt, H. (eds), *Germany's social market economy: Origins and evolution*, London, MacMillan: 15-26.

- Bourdeau, M. 2014. "L'idée d'ordre spontané ou le monde selon Hayek", *Archives de Philosophie*, 77(4) : 663–687.
- Bourdieu, P. 1998a. "L'essence du néolibéralisme", *Le Monde Diplomatique*, mars.
- Bourdieu, P. 1998b. *Contre-feux: Propos pour servir à la résistance contre l'invasion néolibérale*, Paris, Liber.
- Bourdieu, P. et Boltanski, L. 1976. "La production de l'idéologie dominante", *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2(2) : 3-73.
- Bowles, S. et Gintis, H. 2013. *A Cooperative Species*, Princeton, Princeton University Press.
- Boyer, A. 2020. *Apologie de John Rawls*, Paris, Puf.
- Boyd, R. et Richerdson, P. 2005. *Not by genes alone: How culture transformed human evolution*, Chicago, Chicago University Press.
- Brookes, K. 2018a. « *Ce n'est pas arrivé ici* ». *Sociologie politique de la réception du néolibéralisme dans le système politique français depuis les années 1970*, Thèse de Sciences Politiques à l'Université Grenoble-Alpes.
- Brookes, K. 2018b. "L'engagement dans un think tank néo-libéral. Entretien avec Gaspard Koenig, président de GénérationLibre", *Quaderni*, 97(3) : 57-67.
- Brown, W. 2015. *Undoing the Demos*, Massachussets, MIT Press.
- Brown, W. 2019. *In the Ruins of Neoliberalism*, New York, Columbia University Press.
- Buchanan J. 1954. "Social Choice, Democracy, and Free Markets", *Journal of Political Economy*, 62: 114-23.
- Buchanan J. 1964. "What Should Economists Do?", *Southern Economic Journal*, 30: 213-22.
- Buchanan J. 1975a, *Les Limites de la liberté*, Paris, Litec.
- Buchanan, J. 1975b. *The Limits of liberty*, Indiannapolis, Liberty Fund.
- Buchanan J. 1975b. "The Samaritan's dilemma", in Phelps E. (ed.), *Altruism, morality and economic theory*, New York, Russel Sage foundation: 71–85.
- Buchanan, J. (1979[1999]), "Natural and Artifactual Man?" in *The Collected Works of James M. Buchanan, Volume 1: The Logical Foundations of Constitutional Liberty*, Indianapolis, Liberty Funds: 246-259.
- Buchanan, J. 1981. "Constitutional Restrictions on the Power of Government", in James Buchanan J. Tollison R.D. (eds), *The Theory of Public Choice—II*, Michigan, University of Michigan press.

- Buchanan, J. 1990. "The Domain of Constitutional Economics", *Constitutional Political Economy*, 1(1): 1-18.
- Buchanan, J. 1992. "I do not call him 'Fritz'", *Constitutional Political Economy*, 3(2): 129-135.
- Buchanan, J. 1995. "Federalism and Individual Sovereignty", *Cato Journal*, 15(2-3): 259-268.
- Buchanan, J. 2011. "The limits of Market Efficiency", *RMM*, 2: 1-7.
- Buchanan, J. et Tullock G. 1962. *The Calculus of Consent*, Indianapolis, Liberty Fund.
- Buchanan, J. et Samuels, W. 1975. "On Some Fundamental Issue in Political Economy: An Exchange of Correspondence", *Journal of Economic Issues*, 9(1): 15-38.
- Buchanan, J. et Wagner, R. 1977. *Democracy in Deficit, the political Legacy of Lord Keynes*, Indianapolis, Liberty Fund.
- Buchanan, J., Tollison, R. et Tullock, G. 1980. *Toward a theory of the rent-seeking society*, Texas, Texas A&M University press.
- Buchanan, J. et Faith R. 1980. "Subjective Elements in Rawlsian Agreement on Distributional Rules", *Economic Inquiry*, 1(8): 23-38.
- Buchanan, J. et Brennan, G. 1985. *The Reason of Rules*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Buchanan, J. et Vanberg, V. 1991. "The Market as a Creative Process", *Philosophy and Economics*, 7(2): 167-186.
- Burns, J. 2014. "Across the Great Divide", *Modern Intellectual History*, 11: 253-265.
- Burgin, A. 2009. *The Return of Laissez-Faire*, Thèse de doctorat en Histoire, Université de Harvard.
- Burgin, A. 2012. *The Great Persuasion*, Cambridge, Harvard University Press.
- Butos, W. 1985. "Hayek and general equilibrium analysis", *Southern Economic Journal*, 52(2), 332-343.
- Butos, W. 1997. "Hayek and rational expectations", in Reizer, W., Tieben, B. et Van Zijp, R. (eds), *Austrian Economics in Debate*, London, Routledge: 220-242.
- Butos, W. et Koppl, R. 1993. "Hayekian Expectations: Theory and empirical application", *Political Constitutional Economy*, 4: 303-329.
- Cahill, D. 2014. *The End of Laissez-Faire? On the Durability of Embedded Neoliberalism*, Cheltenham, Edward Elgar.
- Cahill, D. 2018. "Polanyi, Hayek and embedded neoliberalism", *Globalizations*, 5(1) : 977-994.

- Cahill, D. et Konings, M. 2017. *Neoliberalism*, Cambridge, Polity Press.
- Calabresi, G. 1961. "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *The Yale Law Journal*, 70(4): 499-553.
- Caldwell, B. 1988. "Hayek Transformation", *History of Political Economy*, 20(4): 513-541.
- Caldwell, B. 1997. "Hayek and socialism", *Journal of Economic Literature*, 35(4): 1856-1890.
- Caldwell, B. 2000. "The Evolution of Hayek's Ideas on Cultural Evolution", *Review of Austrian Economics*, 13: 5-22.
- Caldwell, B. 2002. "Hayek and cultural evolution", in Mäki, U. (ed.), *Facts and Fictions in Economics*, Cambridge, Cambridge University Press: 285-303.
- Caldwell, B. 2004a. "Some Reflection on F.A. Hayek's The Sensory Order", *Journal of Bioeconomics*, 6: 239-254.
- Caldwell, B. 2004b. *Hayek Challenge*, Chicago, University of Chicago Press.
- Caldwell, B. 2011. "The Chicago school, Hayek, and neoliberalism", in Van Horn, R., Mirowski, P. et Stapleford, T. (eds), *Building Chicago economics: New perspectives on the history of America's most powerful economics program*, Cambridge, Cambridge University Press: 301-334.
- Caldwell, B. 2020. "Mont Pèlerin 1947", Document de travail.
- Caldwell, B. Reiss, J. 2006. "Notes and Commentary Hayek, Logic, and the Naturalistic Fallacy", *Journal of the History of Economic Thought*, 28(3): 359-370.
- Callisson, W. 2019. *Political Deficits: The Dawn of Neoliberal Rationality and the Eclipse of Critical Theory*, Thèse de doctorat en Sciences Politiques, Université de Berkeley.
- Cantu, E. 2012. "Posner's Pragmatism and the Turn toward Fidelity", *Clerk Law Review*, 76: 69-123.
- Caré, S. 2016. "La dérive des continents néolibéraux : essai de typologie dynamique", *Revue de philosophie économique*, 17(1) : 21-55.
- Cerny, P. 2008. "Embedding neoliberalism. The evolution of an hegemonic paradigm", *The Journal of International Trade and Diplomacy*, 2(1) : 1-46.
- Chaloupek, G. 1990. "The Austrian Debate on Economic Calculation in a Socialist Economy", *History of Political Economy*, 22(4): 659-675.
- Chamayou, G. 2018. *La Société ingouvernable*, Paris, La fabrique.

- Chaumont-Chandelier, F. 1999. "Hayek's Complexity", *Journal des économistes et des études humaines*, 9(4) : 543-564.
- Christi, F. 1984. "Hayek and Schmitt on the Rule of Law", *Canadian Journal of Political Science*, 17(3): 521-535.
- Clavé, F. 2005. "Walter Lippmann et le néolibéralisme de la Cité Libre", *Cahiers d'économie politique*, 48(1) : 79-110.
- Clavé, F. 2015. "Comparative study of Lippmann's and Hayek's Liberalisms (or neo-liberalisms)", *The European Journal of the History of Economic Thought*, 22(6): 978-999.
- Casson, M. 1982. *The Entrepreneur: An Economic Theory*, Lanham, Rowman et Littlefield.
- Coase, R. 1937. "The Nature of the Firm", *Economica*, 4(16): 386-405.
- Coase, R. 1960. "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, 5(4): 837-877.
- Coase, R. 1992. "The institutional structure of production: 1991 Alfred Nobel memorial prize lecture in economic sciences", *American Economic Review*, 82(4): 713-719.
- Coase, R. 1993. "Law and Economics at Chicago", *The Journal of Law & Economics*, 36(1): 239-254.
- Cockett, R. 1994. *Thinking the Unthinkable. Think-Tanks and the Economic Counter-Revolution, 1931-1983*, London, Harper Collins.
- Cohen, G.A. 2008. *Rescuing Justice and Equality*, Princeton, Princeton University Press.
- Cohen, J (ed.). 2019. *Economics After Neoliberalism*, Cambridge MA, Boston Review.
- Coleman, J. 1982. "The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's *The Economics of Justice*", *Stanford Law Review*, 34(5): 1105-1131.
- Coleman, J. 1998. *Market, Morals, and the Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Coleman, J. et Shapiro, S (eds.). 2012. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford Handbook Online, Oxford University Press.
- Colin-Jaeger, N. 2016. "L'anthropologie politique d'Adam Smith", *Consecutio rerum*, 1(1) : 133-150.
- Colin-Jaeger, N. 2020. "L'idéal démocratique contre la démocratie : Buchanan et l'économie politique constitutionnelle", *Consecutio Rerum*, 5(9) : 97-131.
- Colin-Jaeger, N. 2021a. "Reconstructing Liberalism: Hayek, Lippmann, and the Making of Neoliberalism", *Oeconomia*, 11(2): 281-313.

Colin-Jaeger, N. 2021b. "Can We Design Spontaneity? The Tension Between Evolution and Design and the Defense of Liberalism in Hayek", Document de travail.

Colin-Jaeger, N. et Delcey, T. 2020. "When efficient market hypothesis meets Hayek on information: beyond a methodological reading", *Journal of Economic Methodology*, 27(2): 97-116.

Colin-Jaeger, N. et Verlengia, C. 2020a. "Les définitions néolibérales de la démocratie, entre critique et recatégorisation", *Consecutio Rerum*, 5(9) : 7-24.

Colin-Jaeger, N. et Verlengia, C. 2020b. "Entretien avec Christian Laval : les métamorphoses du néolibéralisme. Retour sur une recherche", *Consecutio rerum*, 5(9) : 187-189.

Colin-Jaeger, N. et Wiedemann, E. 2021. "Aux origines des ambiguïtés du concept d'entrepreneur : Schumpeter lecteur de Nietzsche", *Revue de Philosophie Economique* (à paraître).

Colin-Jaeger, N., Dold, M. et Gascoin, A. 2022. "Realism and Deliberation in Constitutional Political Economy: The Fruitful Intellectual Dialogue between James Buchanan and John Rawls", in Badei, S. et Griveaux, A. (eds), *The Positive and the Normative in Economics*, London, Routledge (à paraître).

Colin-Jaeger, N. (À paraître). Nathanaël Colin-Jaeger, "Le libéralisme de marché et la justice sociale : peut-on réconcilier Rawls et Hayek ?"

Colombatto E. 2018. "Buchanan's Social Contract Unveiled", in Wagner, R. (ed.), *James M. Buchanan A Theorist of Political Economy and Social Philosophy*, London, Palgrave MacMillan.

Cometti, J-P. 2016. *La démocratie radicale, Lire John Dewey*, Paris, Gallimard.

Commun, P. (ed.). 2002. *L'ordolibéralisme allemand : Aux sources de l'Économie sociale de marché*, Cergy-Pontoise, IFAEE.

Commun, P. 2016. *Les Ordolibéraux : histoire d'un libéralisme à l'allemande*, Paris, Les Belles Lettres.

Commun, P. et Kolev, S (eds). 2018. *Wilhelm Röpke (1899-1966): A Liberal Political Economist and a Conservative Social Philosopher*, New York, Springer.

Commun, P. et Fèvre, R. 2019. *Walter Eucken, entre économie et politique*, Lyon, ENS Editions.

Congleton, R. 2018. "Towards a Rule-Based Model of Human Choice: On the Nature of *Homo Constitutionalus*", in Wagner, R. (ed.), *James M. Buchanan A Theorist of Political Economy and Social Philosophy*, London, Palgrave MacMillan: 769-805.

- Cot, A. et Lallement, J. 2006. "1859-1959 : de Walras à Debreu, un siècle d'équilibre général", *Revue économique*, 57(3) : 377-388.
- Cova, F., Dutant, J., Knobe, J. et Machery, E. 2012. *La Philosophie expérimentale*, Paris, De Boeck.
- Cowen, N. 2021. *Neoliberal Social Justice*, Cheltenham, Edward Elgar.
- Christoph, G. 2012. *Du nouveau libéralisme à l'anarcho-capitalisme*, Thèse de doctorat en Études Anglophones, Université Lyon II.
- Crouch, C. 2011. *The Strange Non-Death of Neoliberalism*, London, Polity.
- Crouch, C. 2017. *Can Neoliberalism Be Saved from Itself?* London, Social Europe Edition.
- Chomsky, N. 1999. *Profit over People – Neoliberalism and Global Order*, New York, Seven Stories Press.
- Daou M. 2019. "Rueff and the liberal social order: an interventionist liberalism", *Journal of the History of Economic Thought*, 41(4): 573-591.
- Daou, M. 2021. "La théorie du chômage de Jacques Rueff. Traitement statistique et méthodologie scientifique", *Cahiers d'économie politique* (à paraître).
- Dardot, P. et Laval, C. 2009. *La Nouvelle raison du monde*, Paris, La Découverte.
- Davies, W. 2014. *The Limits of Neoliberalism*, London, Sage.
- Davies, W. 2016. "The difficulty of neoliberalism", billet de blog.
- Darwin, C. 1871. *La Descendance de l'homme*, Paris, Reinwald and Cie.
- Dean, M. 2014. "Rethinking Neoliberalism", *Journal of Sociology*, 50(2): 150–163.
- Debray, E. 2016. *L'ordre social spontané. Étude des phénomènes d'auto-organisation dans le champ social*, Thèse de doctorat en Philosophie, Université Paris Ouest Nanterre La Défense.
- De Silva, T. 1937. "L'idée d'ordre dans la philosophie de saint Thomas d'Aquin", *Revue Philosophique de Louvain*, 55 : 341-384.
- Deffains, B. 2007. "Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques", *Revue économique*, 58(6) : 1149-1162.
- Deffains, B. et Ferey, S. 2007. *Théorie du droit et analyse économique*, Paris, Puf.
- Deffains, B. et Langlais, E. 2009. *Analyse économique du droit*, Bruxelles, De Boeck.
- Delcey, T. 2021. *A Tale Between Finance and Economics: Four Essays on the History and Methodology of the Efficient Market Hypothesis*, Thèse de doctorat en Sciences Économique, Paris I.

- Denord, F. 2004. "La conversion au néo-libéralisme", *Mouvements*, 35(5) : 17-23.
- Denord, F. 2007. *Néo-libéralisme version française. Histoire d'une idéologie politique*, Paris, Demopolis.
- Denord, F. et Schwartz, A. 2009. *L'Europe sociale n'aura pas lieu*, Paris, Raisons d'agir.
- Desai, M. 1994. "Equilibrium, Expectations and Knowledge", in Birner, J. et Van Zijp, R. (eds), *Hayek, Co-ordination and Evolution; His legacy in philosophy, politics, economics and the history of ideas*, London, Routledge: 25-50.
- Desmarais-Tremblay M. 2014. "Normative and positive theories of public finance: contrasting Musgrave and Buchanan", *Journal of Economic Methodology*, 21(3): 273- 289.
- Desrosières, A. *Gouverner par les nombres*, Paris, Presses des Mines.
- Desrosières, A. 2014, *Prouver et gouverner*, Paris, La Découverte.
- Descamps, F. et Quennouëlle-Corre, L. 2018. "Le tournant de mars 1983 a-t-il été libéral ?", *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 138(2) : 5-15.
- De Silva Tarouca, A. 1937. "L'idée d'ordre dans la philosophie de Saint Thomas d'Aquin", *Revue néo-scholastique de philosophie*, 40(55) : 341-384.
- Dewey, J. 1920. *Reconstruction in Philosophy*, New York, Henry Holt and Company.
- Dewey, J. 1927. *The Public and its Problems*, London, Swallow Press.
- Dewey, J. 1930. *Après le libéralisme ?* Paris, Flammarion.
- Dewey, J. 1935. *Liberalism and Social Action*, New York, Capricorn Books.
- Dewey, J. 1938. *Logique. La théorie de l'enquête*, Paris, Puf.
- Dezalay, Y. et Garth, B. 1998, "Le 'Washington Consensus'. Contribution à une sociologie de l'hégémonie du néolibéralisme", *Actes de la recherche en sciences sociales*, 122(1) : 3-22.
- Dietsch, P. 2010. "The market, competition, and equality", *Politics, Philosophy and Economics*, 9(2): 213-244.
- Dietsch, P. and Rixen, T. 2012. "Tax Competition and Global Background Justice", *The Journal of Political Philosophy*, 22(2): 150-177.
- Dixon, K. 1998. *Les Évangélistes du marché : Les Intellectuels britanniques et le néo-libéralisme*, Paris, Raisons d'agir.
- Dold, M. 2018. "A Smithian critique of James M. Buchanan constitutional contractarianism", in Boudreaux, C., Coyne, C. et Herzberg, B. (eds), *Interdisciplinary studies of the market order: The political process and political order*, Rowman and Littlefield, Springer: 17-40.

- Dold, M. et Krieger, T (eds). 2020. *Ordoliberalism and European Economic Policy*, London, Routledge.
- Donaldson, S. et Kymlicka, W. 2011. *Zoopolis, A Political Theory of Animal Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Dostaler, G. 2001, *Le libéralisme de Hayek*, Paris, La Découverte.
- Dostaler, G. 2009. "Les chemins sinueux de la pensée économique libérale", *L'Économie politique*, 44(4) : 42-64.
- Downs A. 1957. *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper.
- Dryzek, J. et List, C. 2003. "Social Choice Theory and Deliberative Democracy: A Reconciliation", *British Journal of Political Science*, 33(1): 1-28.
- Dumont, L. 1976. *Homo aequalis*, Paris, Gallimard.
- Duxbury, N. 1995. *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press.
- Dworkin, R. 1977. *Taking Rights Seriously*, Cambridge MA, Cambridge University Press.
- Dworkin, R. 1980a. "Is wealth a value?", *The Journal of Legal Studies*, 9(2): 191-226.
- Dworkin, R. 1980b. "Why efficiency: A Response to Professors Calabresi and Posner", *Hofstra Law Review*, 8(3): 563-590.
- Dworkin, R. 1991. "Pragmatism, Rights, Answers and True Banality", in Brint, M. et Weaver, W. (eds), *Pragmatism in Law and Society*, University of Michigan, Avalon Publishing.
- Ebenstein, A. 2003. *Hayek's Journey*. New York: Palgrave.
- Elster, J. 1979. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Elster, J. 1982. "The Case for Methodological Individualism", *Theory and Society*, 11(4): 453-482.
- Elster, J. (ed.) 1987. *The Multiple-Self*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Elster, J. 1989. *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Enoch, D. 2015. "Against Public Reason", in Sobel, D., Vallentine, P. et Wall, S. (eds), *Oxford Studies in Political Philosophy*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, chap. 5.
- Epstein, R. 2004. "The Perils of Posnerian Pragmatism", *Chicago Law Review*, 71: 639-658.
- Eucken, W. 1940a [1950]. *The Foundations of Economics. History of Theory of Economic Reality*, London, Hodge.

- Eucken, W. 1940b. "Wissenschaft im Stile Schmollers", *Weltwirtschaftliches Archiv*, 52(3): 468-506.
- Eucken, W. 1949. "The Competitive Order and Its Implementation", *Competition Policy International*, 2(2): 219-245.
- Eucken, W. 1950. *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Berlin, Springer.
- Eucken, W. 1951. *This unsuccessful age: or the pains of economic progress*, London-Edinburgh-Glasgow, W. Hodge.
- Eucken, W. 1952. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Fama, E. et Jensen, M. 1983. "Separation of Ownership and Control", *Journal of Law and Economics*, 26(2): 301-325.
- Farber, D. 1995. "Reinventing Brandeis: Legal Pragmatism for the Twenty-first Century", *University of Illinois Law Review*, 182(1): 163-190.
- Farrant, A. et Tarko, V. "James M. Buchanan's 1981 visit to Chile: Knightian democrat or defender of the 'Devil's fix'", *The Review of Austrian Economics*, 32: 1-20.
- Feld, L. 2014. "James Buchanan's Theory of Federalism: From Fiscal Equity to the Ideal Political Order", *Constitutional Political Economy*, 25(3): 231–252.
- Feld, L., Koehler, E. et Nientiedt, D. 2015. "Ordoliberalism, Pragmatism and the Eurozone Crisis: How the German Tradition Shaped Economic Policy in Europe", *European Review of International Studies*, 2(3): 48-61.
- Feldman, J. 2007. "Principe ami-ennemi et catallaxie. Carl Schmitt, le libéralisme et la guerre", *Droits*, 46(2) : 67-96.
- Fenstenstein, M. 2018. "Dewey's Political Philosophy", in Zalta, E. (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (en ligne).
- Ferhat, T. 2018. *Mésopolotique – Connaître, théoriser et gouverner les milieux de vie*, Paris, Editions de la Sorbonne.
- Fèvre, R. 2015. "Du libéralisme historique à la crise sociale du XXème siècle : la lecture de Wilhelm Röpke", *Revue économique*, 66(5) : 901-931.
- Fèvre, R. 2017a. "Le marché sans pouvoir : au cœur du discours ordolibéral", *Revue d'économie politique*, 127(1) : 119-151.
- Fèvre, R. 2017b. "Walter Eucken et Wilhelm Röpke face à la 'nouvelle' question sociale", *Revue d'histoire de la pensée économique*, 1(3) : 209-240.

- Fischer, K. 2009. "The Influence of Neoliberals in Chile before, during, and after 60 Pinochet", in Mirowski, P. et Plehwe, D. (eds), *The Road from Mont-Pèlerin. The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Cambridge MA, Harvard University Press: 305-346.
- Fish, S. 1990. "Almost Pragmatism: Richard Posner's Jurisprudence", *The University of Chicago Law Review*, 57(4): 1447-1475.
- Fleetwood, S. 1995. *Hayek's Political Economy: The Socio-Economics of Order*, London, Routledge.
- Fleury, J.B. 2009. *L'extension de la science économique hors de ses frontières traditionnelles. Le cas américain (1949-1992)*, Thèse de Doctorat en Sciences économiques, Université Lyon II.
- Fleury, J.B. et Marciano, A. 2018. "The Sound of Silence: A Review Essay of Nancy MacLean's *Democracy in Chains: The Deep History of the Radical Right's Stealth Plan for America*", *Journal of Economic Literature*, 56(4): 1492-1537.
- Flew, T. 2014. "Six theories of neoliberalism", *Thesis eleven*, 122(1): 49-71.
- Foot, P. 1967. "The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect", *Oxford Review*, 5: 5-15.
- Forrester, K. 2019. *In the Shadow of Justice*, Princeton, Princeton University Press.
- Foucault, M. 1966. *Les mots et les choses : une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard.
- Foucault, M. 1978. *Sécurité, Territoire, Population : cours au Collège de France, 1977-1978*, Paris, Gallimard/Seuil.
- Foucault, M. 1979. *Naissance de la biopolitique : cours au Collège de France, 1978-1979*, Paris, Gallimard/Seuil.
- Fourcade-Gourinchas, M. et Babb, S. 2002. "The Rebirth of Liberal Creed : Paths to Neoliberalism in Four Countries", *American Journal of Sociology*, 108(3) : 533-579.
- Fraser, N. 2017. "From Progressive Neoliberalism to Trump—and Beyond", *American Affairs*, 1(4): 46–64.
- Freeden, M. 1986. *Liberalism divided*, Oxford, Clarendon Press.
- Freeman, S. 1990. "Reason and Agreement in Social Contract Views", *Philosophy & Public Affairs*, 19(2): 122-157.
- Freeman, S. 2004. "Public Reason and Political Justifications", *Fordham Law Review*, 72(5): 2021-2072.

- Freeman, S. 2011. "Capitalism in the classical and high liberal traditions", *Social Philosophy and Policy*, 28(2): 19-55.
- Friedman, M. 1951. "Neo-Liberalism and Its Prospects", document en ligne sur le site du Hoover Institute.
- Friedman, M. 1953. "The Methodology of Positive Economics", in *Essays in Positive Economics*, Chicago, Chicago University Press: 3-43.
- Friedman, M. 1962a. *Capitalism and Freedom*, Chicago, Chicago University press.
- Friedman M. 1962b. *Capitalisme et liberté*, Paris, Flammarion.
- Friedman, R. et Friedman, M. 1980. *Free to Choose*, New York, Harcourt.
- Fukuyama, F. 1992. *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press.
- Gallie, W.B. 1956. "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56: 167-198.
- Gamble, A. 2013. "Hayek and Liberty", *Critical Review*, 3-4: 342-363.
- Gane, N. 2014. "The Emergence of Neoliberalism: Thinking Through and Beyond Michel Foucault's Lectures on Biopolitics", *Theory, Culture & Society*, 31(4): 3-27.
- Garrouste, P. 1999. "Is the Hayekian Evolutionism Coherent?", *History of Economic Ideas*, 7(2): 85-103.
- Gaus, G. 2006. "Hayek and the evolution of society and mind.", in Fesser, E (ed.), *Cambridge Companion to Hayek*, Cambridge, Cambridge University Press: 232-258.
- Gaus, G. 2007. "Social Complexity and Evolved Moral principles", in Hunt, L. et NcNamara, P. (eds), *Liberalism, Conservatism, and Hayek's Idea of Spontaneous Order*, London, Palgrave MacMillan: 149-176.
- Gaus, G. 2011. *The Order of Public Reason*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Gaus, G. 2016. *The Tyranny of the Ideal*, Princeton, Princeton University Press.
- Gaus, G. 2018a. "It Can't Be Rational All the Way Down", in Boettke, P. et Stein, S. (eds), *Buchanan's Tensions*, George Mason, Mercatus Center, chap. 6.
- Gaus, G. 2018b. "Hayekian 'classical' liberalism", in Brennan, J., van der Vossen, B. et Schmidtz, D. (eds), *The Routledge handbook of libertarianism*, London and New York, Routledge: 34-52.
- Gaus, G. 2019. "What Might Democratic Self-Governance in a Complex Social World Look Like?", *San Diego Law Review*, 56: 967-1012.

- Gaus, G. 2020. "A Branch on the Mainline: Hayek's Analysis of Complex Adaptive Systems", *Cosmos + Taxis*, 5-6.
- Gaus, G. 2021. *The Open Society & Its Complexities*, Oxford, Oxford University Press.
- Gaus, G. et Vallier, K. 2009. "The roles of religious conviction in a publicly justified polity: The implications of convergence, asymmetry and political institutions", *Philosophy & Social Criticism*, 35(1-2).
- Gaus, G. et Thrasher, J. 2015. "Rational Choice and the Original Position: The (Many) Models of Rawls and Harsanyi", in Hinton, T. (ed.), *The Original Position*, Cambridge, Cambridge University Press: 39-58.
- Gaus, G., Courland, S. et Schmidtz, D. 2020. "Liberalism", in Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (en ligne).
- Gautier, C. 1993. *L'invention de la société civile*, Paris, Puf.
- Gautier, C. 2008. "D'Adam Smith à David Hume : sympathie, morale et politique", in Biziou, M. et Bessone, M. (eds), *Adam Smith Philosophe*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes : 85-104.
- Gauthier, D. 1986. *Morals by Agreement*, London, Clarendon Press.
- Garretsen, H. 1994. "The Relevance of Hayek for Mainstream Economics", in Birner, J. et Van Zijp, R. (eds), *Hayek, Co-ordination and Evolution; His legacy in philosophy, politics, economics and the history of ideas*, London, Routledge: 94-108.
- Gide, C. 1898. "Has Co-operation Introduced a New Principle into Economics?", *The Economic Journal*, 8: 490-511.
- Gilbert, M. 2003. *Marcher ensemble*, Paris, Puf.
- Girard, C. 2011. "La démocratie doit-elle être délibérative ?", *Archives de Philosophie*, 74(2) : 223-240.
- Girard C. 2019. *Délibérer entre égaux. Enquête sur l'idéal démocratique*, Paris, Vrin.
- Gierdingen, D. 1986. "The Politics of the Coase Theorem and Its Relationship to Modern Legal Thought", Maurer School of Law, Indiana University, Document de travail en ligne.
- Goldschmidt, N. 2002. *Entsehung und Vermächtnis ordoliberalen Denkens: Walter Eucken und die Notwendigkeit einer kulturellen Ökonomik*, Fribourg, Munster Lit.
- Goodwin, C. 2014. *Walter Lippmann: Public Economist*, Cambridge MA, Harvard University Press.

- Goutsmedt, A. 2017. *Les macroéconomistes et la stagflation : essais sur les transformations de la macroéconomie dans les années 1970*, Thèse de doctorat en Sciences Économiques, Université Paris I.
- Goutsmedt, A., Pinzon-Fuchs, R., Renault, M. et Sergi, F. 2019. "Reacting to the Lucas Critique: The Keynesians' Replies", *History of Political Economy*, 51(3): 535-556.
- Grampp, W. D. 1960. *Manchester School of Economics*, Stanford, Stanford University Press.
- Gray, J. 1984. *Hayek on Liberty*, New York, Basil Blackwell
- Gray, J. 1995. *Liberalism*, Minnesota, Minnesota State University Press.
- Gray, J. 1996. "Postscript: Hayek and the dissolution of classical liberalism", in *Hayek on Liberty*: 141-156.
- Grewal, D. et Purdy, J. 2014. "Introduction: Law and neoliberalism", *Law and contemporary Problems*, 77(4): 1-24.
- Grossman, J. et Stiglitz, J. 1976. "Information and Competitive Price System", *The American Economic Review*, 66(2): 246- 253.
- Grosman, J. et Stiglitz, J. 1980. "On the Impossibility of Informationally Efficient Markets", *American Economic Review*, 70(3): 393-408.
- Guala, F. 2016. *Understanding Institutions*, Princeton, Princeton University Press.
- Guala, F. et Hindriks, F. 2015. "Institutions, Rules, and Equilibria: A Unified Theory", *Journal of Institutional Economics*, 11(3): 459-480.
- Guillot, L. 2019. "Widening Wicksell's conception of political economy: his thoroughly 'revolutionary program'", *The European Journal of the History of Economic Thought*, 26(6): 1275-1309.
- Haber, R. et Hershenson, M. 1973. *The Psychology of Visual Perception*, Oxford, Holt, Rinehart et Winston.
- Haber, S. 2012. "Analyser le néolibéralisme aujourd'hui", *La Revue des Livres*, 4 : 60-67.
- Haber, S. 2013a. *Penser le néocapitalisme. Vie, capital et aliénation*, Paris, Les Prairies ordinaires.
- Haber, S. 2013b. "Le néolibéralisme est-il une phase du capitalisme ?", *Raisons politiques*, 52(4) : 25-35.
- Hacking, I. 1983. *Representing and Intervening*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Halimi, S. 2004. *Le Grand Bond en arrière*, Paris, Fayard.

- Harnay, S. 2015. "A Short History of Economic Analysis of Law in France 1980-2014: Preliminary Milestones", *History of Economic Ideas*, 13(3): 121-146.
- Harnay, S. et Marciano, A. 2003. *Posner. L'analyse économique du droit*, Paris, Michalon.
- Harnay, S. et Marciano, A. 2009. "Posner, economics and the law: From 'law and economics' to an economic analysis of law", *Journal of the History of Economic Thought*, 3(2), 215–232.
- Harsanyi, J. 1955. "Cardinal Welfare, Individualist Ethics, and Interpersonal Comparisons of Utility", *Journal of Political Economy*, 63(4): 309-321.
- Harsanyi, J. 1977. "Morality and the Theory of Rational Behavior", *Social Research: An International Quarterly*, 44(4): 623-656.
- Hart, H.L.A. 1977. "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Georgia Law Review*, 11: 969-989.
- Harvey, D. 2005. *Brève histoire du néolibéralisme*, Paris, Les prairies ordinaires.
- Hayek, F. 1937. "Economics and Knowledge", in *Individualism and Economic Order*, Chicago, Chicago University Press: 33-56.
- Hayek, F. 1939. "The Economic Conditions of Interstate Federalism", in *Individualism and Economic Order*, Chicago, Chicago University Press: 255-272.
- Hayek, F. 1944a. *The Road to Serfdom*, London, Routledge.
- Hayek, F. 1944b. *La Route de la servitude*, Paris, Puf.
- Hayek, F. 1945. "The Use of Knowledge in Society", in *Individualism and Economic Order*, Chicago, Chicago University Press: 77-91.
- Hayek, F. 1946. "Individualism True and False", in *Individualism and Economic Order*, Chicago, Chicago University Press: 1-32.
- Hayek, F. 1947. "'Free' Enterprise and Competitive Order", in *Individualism and Economic Order*, Chicago, Chicago University Press: 107-118.
- Hayek, F. 1949. "The Intellectuals and Socialism", in *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago, Chicago University Press: 178-194.
- Hayek, F. 1952. *Sensory Order*, Chicago, Chicago University Press.
- Hayek, F. 1955. "Degrees of Explanation", in *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago, Chicago University Press: 3-21.
- Hayek, F. 1960. *The Constitution of Liberty*, Chicago, Chicago University Press.
- Hayek, F. 1962. "Rules, Perception and Intelligibility", in *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago, Chicago University Press: 43-65.

- Hayek, F. 1963. "The Legal and Political Philosophy of David Hume", in *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago, Chicago University Press: 106-121.
- Hayek, F. 1964. "The Study of Complex Phenomena", in *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago, Chicago University Press: 22-42.
- Hayek, F. 1966. "Dr Bernard Mandeville", in *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago, Chicago University Press: 249-266.
- Hayek, F. 1967a. "Notes on the Evolution of Systems of Rules of Conduct", in *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago, Chicago University Press: 66-95.
- Hayek, F. 1967b. "The Results of Human Action but not of Human Design", in *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago, Chicago University Press: 96-105.
- Hayek, F. 1969. "The Primacy of the Abstract", in *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago, Chicago University Press: 35-49.
- Hayek, F. 1970. "The Errors of Constructivism", in *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago, Chicago University Press: 3-22.
- Hayek, F. 1973a. *Law, legislation and liberty*, I, London, Routledge.
- Hayek, F. 1973b. *Droit, législation et liberté*, I, Paris, Puf.
- Hayek, F. 1974. "The Pretence of Knowledge", in *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago, Chicago University Press: 23-34.
- Hayek, F. 1976a. *Law, legislation and liberty*, II, London, Routledge.
- Hayek, F. 1976b. "Adam Smith's Message in Today's Language", *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago, Chicago University Press: 267-282.
- Hayek, F. 1976c. *Droit, législation et liberté*, II, Paris, Puf.
- Hayek, F. 1979a. *Law, legislation and liberty*, III, London, Routledge.
- Hayek, F. 1979b. *Droit, législation et liberté*, III, Paris, Puf.
- Hayek, F. 1988. *The Fatal Conceit*, Chicago, Chicago University Press.
- Heath, J. 2014. "Efficiency as the Implicit Morality of the Market", in *Morality, Competition, and the Firm: The Market Failures Approach to Business Ethics*, Oxford, Oxford University Press: 146-172.
- Hirschman, A.O. 1980. *Les passions et les intérêts*, Paris, Puf.
- Hirschman, A.O. 1991. *Trois siècles de rhétorique réactionnaire*, Paris, Fayard.

- Hodgson, G. 1991. "Hayek's theory of cultural evolution: an evaluation in the light of Vanberg's critique", *Economics and Philosophy*, 7: 67-82.
- Hodgson, G. 1993. *Economics and Evolution: Bringing Life Back into Economics*, Ann Arbor, Michigan University Press.
- Hodgson, G. 1994. "Hayek, evolution, and spontaneous order", in Mirowski, P. (ed.), *Natural Images in Economic Thought*, Cambridge, Cambridge University Press: 408-447.
- Holcombe, R. 2018. "Can Consent Limit Liberty?", in Boettke, P. et Stein, S. (eds), *Buchanan's Tensions*, George Mason, Mercatus Center, chap. 4.
- Holmes, O.W. 1881. *The Common Law*, Chicago, American Bar Association Publishing.
- Holmes, O.W. 1897. "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, 10: 457-477.
- Holmes, O.W. 1918. "Natural Law", *Harvard Law Review*, 32: 40-44.
- Horwitz, M. 1980. "Law and Economics: Science or Politics?", *Hofstra Law Review*, 8(4): 905-912.
- Horwitz, M. 1992. *The transformation of American Law, 1870–1960: The crisis of legal orthodoxy*, Oxford: Oxford University Press.
- Hutchison, T. 1981, *The Politics and Philosophy of Economics: Marxians, Keynesians and Austrians*, New York, New York University Press.
- Infante, G., Lecouteux, G. et Sugden, R. 2016. "Preference purification and the inner rational agent: A critique of the conventional wisdom of behavioral economics", *Journal of Economic Methodology*, 23(1): 1-25.
- Innset, O. 2020. *Reinventing Liberalism*, London, Springer.
- Jackson, B. 2012. "Freedom, The common Good and the rule of law: Lippmann and Hayek on economic planning", *Journal of the History of Ideas*, 73(1): 47-68.
- Jackson, B. et Stemplovská, Z. 2021. "'A Quite Similar Enterprise ... Interpreted Quite Differently'? James Buchanan, John Rawls and the Politics of the Social Contract", *Modern Intellectual History*, 18(4): 1010-1033.
- Jensen, J. 2020. "Public Goods and the Origins of Equilibrium Democracy", *Tocqueville Review*, 41(2): 65-86.
- Jobert, B. et Théret, B. 1994. *Le Tournant néolibéral en Europe*, Paris, L'Harmattan.
- Johnsen, B. 1986. "Wealth Is Value", *The Journal of Legal Studies*, 15(2): 263–288.
- Johnson, M. 2014. "James M. Buchanan, Chicago, and Post-Ward Public Finance", *Journal of the History of Economic Thought*, 36(4): 479-497.

- Kahneman, D. 2003. "Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics", *American Economic Review*, 93(5): 1449-1475.
- Kahneman, D. et Tversky, A. 1979. "Prospect theory: An analysis of decision under risk", *Econometrica*, 47: 263-291.
- Kennedy, E. 1999. "*Hostis, not Inimicus*. Toward a Theory of the Public in the Work of Carl C. Schmitt", in Mouffe, C. (ed.), *The Challenge of Carl C. Schmitt*, London, Verso: 92-108.
- Khalil, E. 1997. "Friedrich Hayek's Theory of Spontaneous Order: Two Problems", *Constitutional Political Economy*, 8: 301-317.
- Kilpatrick, H. 2001. "Complexity, Spontaneous Order, and Friedrich Hayek: Are Spontaneous Order and Complexity Essentially the Same Thing?", *Complexity*, 6(3): 16-20.
- Kirman A. 1992. "Whom or what does the representative individual represent?", *Journal of Economic Perspectives*, 6: 117–136.
- Knight, F. 1935. *The Ethics of Competition and Other Essays*, New York, Freeport.
- Knight, F. 1938. "Walter Lippmann's Good Society", *Journal of Political Economy*, 46(6): 864-872.
- Kogelmann, B. 2018. "Rawls, Buchanan and the search for a better social contract", in Aligica, P., Coyne, J. et Haeffele, S. (eds), *Exploring the Political Economy & Social Philosophy of James M. Buchanan*, Georges Mason University, Mercatus Center: 17-38.
- Kogelmann B. 2019. "The future of political philosophy: Non-ideal and west of babel", *The Review of Austrian Economics*, 33: 237-252.
- Kohler, E. et Kolev, S. 2011. "The conjoint quest for a liberal positive program: 'Old Chicago', Freiburg and Hayek", Document de travail.
- Köhler, E. et Nientiedt, D. 2021. "Was Walter Eucken a Proponent of Authoritarian Liberalism?", *Public Choice* (en ligne).
- Kolev, S. 2010. "F.A. Hayek as an Ordoliberal", Document de travail mis en ligne.
- Kolev S. 2018. "James Buchanan and the 'New Economics of Order' Research Program", in Wagner, R (ed.), *James M. Buchanan A Theorist of Political Economy and Social Philosophy*, London, Palgrave MacMillan: 85-108.
- Kolev, S. 2020. "Das Verhältnis von Staat und Ökonomie: Walter Euckens Ordoliberalismus im Angesicht der Schwächtung des nationalstaatlichen Regulierungsmonopols", *The European Journal of the History of Economic Thought*, 27(1): 260-262.
- Kolev, S. 2021. "When Liberty Presupposes Order: F.A. Hayek's Learning Ordoliberalism", document de travail.
- Kornhauser, L. 2010. *L'analyse économique du droit*, Paris, Michel Houdiard.

- Kornhauser, L. 2017. "The Economic Analysis of Law", in Zalta, E. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (en ligne).
- Kirzner, I. 1962. "Rational action and economic theory", *Journal of Political Economy*, 70(4), 380-385.
- Kirzner, I. 1973. *Competition and Entrepreneurship*, Chicago, Chicago University Press.
- Kirzner, I. 1988. "The Economic Calculation Debate: Lessons for the Austrians", *The Review of Austrian Economics*, 10(1): 1987-1997.
- Kirzner, I. 2002. *The meaning of the market process: Essays in the development of modern Austrian economics*, London, Routledge.
- Klein, N. 2008. *La stratégie du choc*, Paris, Actes sud.
- Krurup, T. 2019. "'Ordo' versus 'Ordnung': Catholic of Lutheran roots of German ordoliberal economic theory?", *International Review of Economics*, 66: 305-323.
- Kronman, A. 1980. "Wealth Maximization as a Normative Principle", *The Journal of Legal Studies*, 9(2): 227-242.
- Kukathas, C. 1990. *Hayek and Modern Liberalism*, Oxford, Clarendon Press.
- Kymlicka, W. 1999. *Les Théories de la justice : une introduction*, Paris, La Découverte.
- Lachmann, L. 1986. *The Market as a Process*, New York, Blackwell.
- Lakatos, I. 1970. "Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes", in Lakatos, I. et Musgrave, A. (eds), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press: 91-196.
- Landemore, H. 2012. *Democratic Reason*, Princeton, Princeton University Press.
- Landemore, H. 2020. *Open Democracy*, Princeton, Princeton University Press.
- Lange, O. 1936. "On the Economic Theory of Socialism: Part One", *The Review of Economic Studies*, 4(1): 53-71.
- Lange, O. 1937. "On the Economic Theory of Socialism: Part Two", *The Review of Economic Studies*, 4(2): 123-142.
- Lange, O. 1967. "The Computer and the Market" in Feinstein C. (ed.), *Socialism, Capitalism and Economic Growth: essays Presented to Maurice Dobb*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Lanneau, R. 2009. *Les fondements épistémologiques du mouvement Law et Economics*, Thèse de doctorat en Droit Public, Université Paris-Ouest Nanterre La Défense.

- Larmore, C. 1993. "Carl Schmitt et la critique de la démocratie libérale", in Larmore, C. (ed.), *Modernité et morale*, Paris, Puf : 207-220.
- Larmore, C. 2002. "Public Reason", in Freeman, S. (ed.), *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge, Cambridge University Press: 368-393.
- Larrère, C. 1992. *L'invention de l'économie au XVIIIème siècle*, Paris, Puf.
- Latour, B. 2008. Préface à *Le public fantôme*, Paris, Demopolis.
- Laurent, A. 2006, *Le Libéralisme américain : Histoire d'un détournement*, Paris, Les Belles-Lettres.
- Laval, C. 2007. *L'Homme économique*, Paris, Gallimard.
- Laval, C. 2018. *Foucault, Bourdieu et la question néolibérale*, Paris, La découverte.
- Lave R., Mirowski, P. et Randalls, S. 2010, "STS and neoliberal science", *Social studies of science*, 40(5): 659-675.
- Lavoie, D. 1981. "Introduction: An Economic Critique of Socialism", *Journal of Libertarian Studies*, 5(1): 1-5.
- Lebaron, F. 1998. "Genèses du néolibéralisme", Congrès Marx International II, Université Paris X Nanterre, document de travail.
- Le Jallé, E. 2003. "Hayek lecteur des philosophes de l'ordre spontané : Mandeville, Hume, Ferguson", *Astérian*, 1 (en ligne).
- Le Jallé, E. 2017. *Les Limites de la raison et les règles de justice*, Paris, Hermann.
- Lemke, T. 2001. "'The birth of biopolitics': Michel Foucault's lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality", *Economy and Society*, 30(2): 190-207.
- Lemke, T. 2004. "'Marx sans guillemets' : Foucault, la gouvernementalité et la critique du néolibéralisme", *Actuel Marx*, 2(2), 13-26.
- Lenfant, J-S. 2009. "Aux sources du néolibéralisme", *La vie des idées*.
- Leroux, A. 1997. "L'évolutionnisme de Friedrich Hayek", *Revue économique*, 48(4) : 751-761.
- Levy, D. et Duménil, G. 2013. *The Crisis of Neoliberalism*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Levy, D. et Duménil, G. 2014. *La Grande bifurcation*, Paris, La Découverte.
- Levy, D. et Peart, S. 2020. *Towards an Economics of Natural Equals*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Lewis, P. 2012. "Emergent Properties in the Work of Friedrich Hayek", *Journal of Economic Behavior and Organization*, 82(2): 368-378.
- Lewis, P. 2015. "Notions of Order and Process in Hayek: The Significance of Emergence", *Cambridge Journal of Economics*, 39(4): 1167-1190.
- Lewis, P. 2016a. "Systems, Levels of Organisation and Structural Properties: The Influence of Ludwig von Bertalanffy on the Development of F.A. Hayek's Work on Complexity", *Research in the History of Economic Thought and Methodology*, 34(A): 125-159.
- Lewis, P. 2016b. "The Emergence of 'Emergence' in the Work of F. A. Hayek", *History of Political Economy*, 48(1): 111-150.
- Lewis, P. 2017. "The Ostroms and Hayek as Theorists of Complex Systems: Commonality and Complementarity", *Advances in Austrian Economics*, 22: 35-66.
- Lewis, P. 2020. "Tensions and Ambiguities in Hayek's Social Theory", in Haeffele, S., Stein, S. et Storr, V. (eds), *Hayek's tensions*, George Mason, Mercatus Center: 85-114.
- Lewis P. et Dold M. 2020. "James Buchanan on the nature of choice: ontology, artifactual man and the constitutional moment in political economy", *Cambridge Journal of Economics*, 44(5): 1159-1179.
- Lindemans, J. 2012. "Methodological individualism and cultural evolution: Ontogenetic and Phylogenetic approaches to social order", *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, 15(3): 331-369.
- Linsbichler, A. 2019. "Austrian economics without extreme apriorism: construing the fundamental axiom of praxeology as analytic", *Synthese*, 198: 3359-3390.
- Lippmann, W. 1922. *Public Opinion*, London, Transaction Publishers.
- Lippmann, W. 1925a. *Phantom Public*, London, Transaction Publishers.
- Lippmann, W. 1925b. *Le Public Fantôme*, Paris, Démopolis.
- Lippmann, W. 1937a. *The Good Society*, Boston, Little, Brown and Company.
- Lippmann, W. 1937b. *La Cité libre*, Paris, Les Belles Lettres.
- List, C. 2018. "Democratic Deliberation and Social Choice: A Review", in Bächtiger, A., Dryzek, J., Mansbridge, J. et Warren, M. (eds), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*.
- List, C. 2019. *Why Free Will is Real*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- List, C., Luskin, R., Fishkin, J. et McLean, I. 2012. "Deliberation, Single-Peakedness, and the Possibility of Meaningful Democracy: Evidence from Deliberative Polls", *The Journal of Politics*, 75(1): 80-95.

- Luban, D. 1996. "What's Pragmatic about Legal Pragmatism?", *Cardozo Law Review*, 71: 43-74.
- Maackey, E. 1999. "History of Law and Economics", in Bouckaert, B. et De Geest, G. (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, Aldershot, Edgar Publishing: 65-117.
- MacLean, N. 2017. *Democracy in Chains*, London, Penguin's Books.
- Mäki, U (ed.). 2002. *Facts and Fictions in Economics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Mäki, U. 2009. "Unrealistic assumptions and unnecessary confusions: rereading and rewriting F53 as a realist statement", in Mäki, U. (ed.), *The Methodology of positive economics: Reflections on the Milton Friedman legacy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Malecka, M. 2020. "The normative decision theory in economics: a philosophy of science perspective. The case of the expected utility theory", *Journal of Economic Methodology*, 27(1): 35-50.
- Marciano, A. 2009. "Why Hayek is a Darwinian (after all)? Hayek and Darwin on social evolution", *Journal of Economic Behavior and Organization*, 71(1): 52-61.
- Marciano, A. 2010. "Calabresi, 'Law and Economics' and the Coase Theorem", Document de travail.
- Marciano, A. 2012. "Guido Calabresi's Economic Analysis of Law, Coase and the Coase Theorem", *International Review of Law and Economics*, 32(1): 110-118.
- Marciano, A. 2018. "Why is 'Stigler's Coase Theorem' Stiglerian? A Methodological Explanation", *Research in the History of Economic Thought and Methodology*, 36(A): 127-155.
- Marciano, A. et Ramello, B. 2014. "Forward: Law and Economics: The Legacy of Guido Calabresi", *Law and Contemporary Problems*, 77(2): i-viii.
- Mathis, K. 2009. *Efficiency instead of Justice?* London, Springer.
- McCloskey, D. 2006. *The Bourgeois Virtues*, Chicago, Chicago University Press.
- Medema, S. 1994. *Ronald H. Coase*, New York, St Martin's Press.
- Medema, S. 1999. "Legal Fiction: The Place of the Coase Theorem in Law and Economics", *Economics and Philosophy*, 15(2): 209-233.
- Medema, S. 2000. "Related Disciplines: The Professionalization of Public Choice", *History of Political Economy*, 32(sup.): 289-324.
- Medema, S. 2011. "A Case of Mistaken Identity: George Stigler, 'the Problem of Social Cost,' and the Coase Theorem", *European Journal of Law and Economics*, 31(1): 11-38.

- Medema, S. 2014. "Economics and Institutions: Lessons from the Coase Theorem", *Revue Economique*, 65(2): 243–261.
- Medema, S. 2020. "Embracing at arm's length: Ronald Coase's uneasy relationship with the Chicago", *Oxford Economic papers*, Document de travail.
- Medema, S. et Zerbe, R. 2000. "The Coase Theorem", in Bouckaert, B et De Geest, G. (eds), *The Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar: 836–892.
- Melenovsky, C.M. 2019. "The Status Quo in Buchanan's Constitutional Contractarianism", *Homo Economics: Journal of Behavioral and Institutional Economics*, 36(1): 87-109.
- Melkevik, A. 2020. *If You're a Classical Liberal, How Come You're Also an Egalitarian?* London, Palgrave MacMillan.
- Melkevik, A. 2022. "The Provinces of Efficiency Redefined" (à paraître).
- Mercuro, N. et Medema, S. 1997[2006]. *Economics and the Law, From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press.
- Michelman, F. 1980. "Constitution, Statutes, and the Theory of Efficient Adjudication", *Journal of Legal Studies*, 9: 431-461.
- Milanèse, A. 2020a. *Walter Lippmann, d'un néolibéralisme à l'autre*, Paris, Classiques Garnier.
- Milanèse, A. 2020b. "Les sources lippmanniennes du problème néolibéral de la démocratie : la démocratie 'reconstruite' de 34", *Consecutio Rerum*, 5(9) : 47-68.
- Miller, D. 1989. "The Fatalistic Conceit", *Critical Review*, 3: 310–323.
- Mirowski, P. 2007. "Naturalizing the market on the road to revisionism: Bruce Caldwell's Hayek's challenge and the challenge of Hayek interpretation", *Journal of Institutional Economics*, 3(3): 351–372.
- Mirowski, P. 2009. "Why There Is (As Yet) No Such Thing as an Economics of Knowledge", in Ross, D. et Kincaid, H. (eds), *The Oxford handbook of philosophy of economics*, Oxford, Oxford University Press: 99-159.
- Mirowski, P. 2013. *Never Let a Serious Crisis Go to Waste: How Neoliberalism Survived the Financial Meltdown*, London, Verso.
- Mirowski, P. 2014. "The Political Movement That Dared Not to Speak Its Own Name", Document de travail mis en ligne.
- Mirowski, P. 2018. "Polanyi vs Hayek ?", *Globalizations*, 5(1) : 894-910.
- Mirowski, P. 2020. "The Neoliberal Ersatz Nobel Prize", in Plewhe, D., Slobodian, Q. et Mirowski, P. (eds), *The Nine Lives of Neoliberalism*, London, Verso: 219-254.

- Mirowski, P. et Plewhe, D. 2009. *The Road from Mont-Pélerin*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Mirowski, P. et Nik-Khah, E. 2016. *The Knowledge We Have Lost in Information*, Oxford, Oxford University Press.
- Mises, L. 1920. "The Wirtschaftrrechnung in Sozialistischen Gemeiwesen", *Archiv fur Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, 47(1): 86-121.
- Mises, L. 1922. *Le Socialisme*, Paris, Librairie de Médicis.
- Mises, L. 1927. *Le Libéralisme*, Paris, Institut Charles Coquelin.
- Mises, L. 1949. *Human Action*, New Heaven, Yale University Press.
- Montagné, L. 1999. "Law and Economics in France", in Bouckaert, B. et De Geest, G. (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, Aldershot, Edgar Publishing: 150-159.
- Moon, D. 2015. "Cohen vs. Rawls on justice and equality", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 18(1): 40-56.
- Mougeot, C. 2009. "Théorie autrichienne du cycle et théorie des cycles d'équilibre", *Revue française d'économie*, 24(4) : 67-92.
- Mudge, S. 2008. "What is Neo-liberalism?", *Socio-Economic Review*, 6(4): 703-731.
- Munger M. 2018. "Starting From Where We Are...", in Wagner, R. (ed.), *James M. Buchanan A Theorist of Political Economy and Social Philosophy*, London, Palgrave-Macmillan: 39-65.
- Nadeau, R. 2016. "Cultural Evolution, Group Selection and Methodological Individualism: A Plea for Hayek", *Cosmos + Taxis*, 3(2-3): 9-22.
- Nagel, T. 1986. *The View from Nowhere*, Oxford, Oxford University Press.
- Nemo, P. 1988. *La société de droit selon F.A. Hayek*, Paris, Puf.
- Nemo, P. 2013. "Locke. La doctrine de la *rule of law*", in *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, Paris, Puf : 305-335.
- Nientiedt, D. 2019. "Metaphysical Justification for an Economic Constitution?", *Constitutional Political Economy*, 30: 114-129.
- Nientiedt, D. 2021. "Hayek's treatment of legal positivism", *European Journal of Law and Economics*, 51: 563-576.
- Nörr, W. 1996. "On the Concept of the 'Economic Constitution' and the Importance of Franz Böhm from the Viewpoint of Legal History", *European Journal of Law and Economics*, 3: 345-356.

- Novakovic A. 2011. "The Clash of Irreconcilable Worlds: A Critique of V.J. Vanberg's Thesis on the Complementarity of Liberalism and Democracy", *Serbian Political Thought*, 4(2): 63-79.
- Nozick, R. 1974. *Anarchy, State, Utopia*, New York, Basic Books.
- Nurock, V. 2008. *Rawls. Pour une démocratie juste*, Paris, Michalon.
- Nussbaum, M. 1995. "Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics", *The University of Chicago Law Review*, 64: 1997-1214.
- Oguz, F. 2010. "Hayek on Tacit Knowledge", *Journal of Institutional Economics*, 6(2): 145-166.
- Okasha, S. 2006. *Evolution and the Levels of Selection*, Oxford, Oxford University Press.
- Ollman, B. (ed.). 1998. *Market Socialism: The Debate Among Socialists*, London, Routledge.
- Olsen, N. 2018. *The Sovereign Consumer: A New Intellectual History of Neoliberalism*, London, Palgrave MacMillan.
- O'Neill, M. et Williamson, T. (eds). 2012. *Property-Owning Democracy: Rawls and Beyond*, Hoboken NJ, Wiley-Blackwell.
- Orléan, A. 2013. "Le néolibéralisme entre théorie et pratique. Entretien avec André Orléan", *Cahiers philosophiques*, 133(2) : 9-20.
- Ostrom, E. 1990. *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Ostry, J., Loungany, P. et Furceri, D. 2016. "Neoliberalism: Oversold?", *Finance & Development*, 53(2): 38-41.
- Paltrinieri, L. et Nicoli, M. 2017. "Du management de soi à l'investissement sur soi", *Terrains/Théories*, 6 (en ligne).
- Pareto, V. 1906. *Manuel d'économie politique*, Paris, Marcel Giard.
- Parfit, D. 1984. *Reasons and Persons*, Oxford, Oxford University Press.
- Parfit, D. 1997. "Equality or Priority?", *Ratio*, 10(3): 202-221.
- Parisi, F. 2005. "Methodological Debates in Law and Economics: The Changing Contours of a Discipline", in Parisi, F. et Rowley, C. (eds), *The Origins of Law and Economics*, Cheltenham, Elgar: 33-52.
- Peart, S. et Levy, D. 2008a. *The Streetporter and the Philosopher : Conversations on Analytical Economics*, Ann Arbor, University of Michigan Press.
- Peart, S. et Levy, D. 2008b. "Discussion, Construction and Evolution: Mill, Buchanan and Hayek on the Constitutional Order", *Constitutional Political Economy*, 19: 3-18.

- Peck, J. 2008. "Remaking Laissez-Faire", *Progress in Human Geography*, 32(1): 3-43.
- Peck, J. 2010. *The Construction of Neoliberal Reason*, Oxford, Oxford University Press.
- Pettit, P. 2006. "Preference, deliberation and satisfaction", *Royal Institute of Philosophy*, 59(sup.): 131-153.
- Pitkin, H. et Shumer, S. 1982. "On Participation", *Democracy*, 2: 43-54.
- Plant, R. 2010. *The Neoliberal State*, Oxford, Oxford University Press.
- Plehwe, D. Walpen, B. et Neunhöffer, G. 2006. *Neoliberal Hegemony – A Global Critique*, London, Routledge.
- Plewhe, D., Slobodian, Q. et Mirowski, P. (eds). 2020. *The Nine Lives of Neoliberalism*, London, Verso.
- Polanyi, K. 1944. *La Grande transformation*, Paris, Gallimard.
- Polanyi, M. 1951. *The Logic of Liberty*, London, Routledge.
- Posner, R. 1973. *Economic Analysis of Law*, Chicago, Chicago University Press.
- Posner, R. 1975. "The Economic Approach to Law", *Texas Law Review*, 53: 757-782.
- Posner, R. 1979a. "Utilitarianism, Economics and Legal Theory", *The Journal of Legal Studies*, 8(1): 103-140.
- Posner, R. 1979b. "Some Uses and Abuses of Economics in Law", *The University of Chicago Law Review*, 46(2): 281-305.
- Posner, R. 1980a. "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", *Hostra Law Review*, 8: 487-507.
- Posner, R. 1980b. "The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman", *The Journal of Legal Studies*, 9(2): 243-253.
- Posner, R. 1981. *The Economics of Justice*, Cambridge MA, Harvard University Press
- Posner, R. 1985. "Wealth Maximization Revisited", *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2(8): 85-105.
- Posner, R. 1990. *The Problem of Jurisprudence*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Posner, R. 1993. "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", *Supreme Court Economic Review*, 3: 1-41.
- Posner, R. 1995. *Overcoming Law*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Posner, R. 1996. "Pragmatic Adjudication", *Cardozo Law Review*, 18: 1-20.

- Posner, R. 2003a. *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Posner, R. 2003b. "Kelsen versus Hayek: Pragmatism, economics and democracy", in *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Posner, R. 2004. "Legal Pragmatism Defended", *University of Chicago Law Review*, 71: 683-690.
- Posner, R. 2005. "Hayek, Law and Cognition", *NYU Journal of Law and Liberty*, 1: 147– 65.
- Posner, R. 2007. "Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication", *NYU Survey of American Law*, 63: 9-14.
- Posner, R. 2009. *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Pound, R. 1921. *The Spirit of the Common Law*, Francetown, Marshall Jones Company.
- Putnam, H. 2005. *The Fact/Value Dichotomy and other essays*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Quiquerez, G. 2000. "La tension entre subjectivisme et libéralisme dans l'ontologie sociale hayékienne", *Cahiers d'économie politique*, 36 : 99-115.
- Quong, J. 2010. *Liberalism Without Perfection*, Oxford, OUP Oxford.
- Rakowski, E. 1990. "Posner's Pragmatism", *Harvard Law Review*, 104(7): 1681-1704.
- Rawls, J. 1971. *Théorie de la justice*, Paris, Puf.
- Rawls J. 1974. "Some Reasons for the Maximin Criterion", *The American Economic Review*, 64(2): 141-146.
- Rawls, J. 1993. *Libéralisme politique*, Paris, Puf.
- Rawls, J. 1999. "Preface for the Revised Edition", in *Theory of Justice, The Revised Edition*, Cambridge MA, Harvard University Press: xi-xvi.
- Rawls, J. 2001. *La Justice comme équité*, Paris, Seuil.
- Renault, M. 2021. "Le tournant libéral en France ou la liquidation du modèle planiste-keynésien", Document de travail.
- Riccio, B. 1994. *Walter Lippmann – Odyssey of a liberal*, London, Transaction Publishers.
- Richard, A. 1999. "Hayek et l'équilibre économique : une autre interprétation", *Revue d'économie politique*, 109(6) : 847-858.
- Richard, S. 2020. "Democratic equilibria: Albert Hirschman and workplace democracy", *Review of Social Economy*, 78(3): 286-306.

- Riker, W. 1982. *Liberalism Against Populism: A Confrontation Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, San Francisco, Freeman & Co.
- Rioufreyt, T. 2016. *Les socialistes français face à la troisième voie britannique : vers un social-libéralisme à la française (1997-2015)*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble.
- Rioufreyt, T. 2020. "Destituer les citoyens, contraindre les individus. Le néo-libéralisme contre la démocratie", *Consecutio Rerum*, 5(9) : 133-160.
- Rizzo, M. 1979. *Time, Uncertainty and Disequilibrium*, Lexington MA, Lexington Books.
- Rizzo, M. et Dold, M. 2020. "Can a contractarian be a paternalist? The logic of James M. Buchanan system", *Public Choice*, 183(3-4): 495-507.
- Rizzo, M. 1980. "The Mirage of Efficiency", *Hostra Law Review*, 8(3): 641-658.
- Rodgers, D. 2018. "The Uses and Abuses of 'Neoliberalism'", *Dissent*.
- Rorty, R. 1984. "The Historiography of Philosophy: Four Genres", in Rorty, R., Scheenwind, J. et Skinner, Q. (eds), *Philosophy in History*, Cambridge, Cambridge University Press: 49-76.
- Rorty, R. 2007. "Dewey and Posner on Pragmatism and Moral Progress", *The University of Chicago Law Review*, 74(3): 915-927.
- Rosen, J. 1995. "Overcoming Posner", *The Yale Law Journal*, 105: 581-611.
- Rosenberg, A. 2014. "From Rational Choice to Reflexivity: Learning from Sen, Keynes, Hayek, Soros, and most of all, from Darwin", *Economic Thought*, 3(1).
- Rosenberg, A. 2017. "Why social science is biological science", *Journal for General Philosophy of Science*, 48: 341-369.
- Rosenberg, A. et McShea, D. 2008. *Philosophy of Biology*, London, Routledge.
- Röpke, W. 1942. *La crise de notre temps*, Neuchâtel, La Baconnière.
- Röpke, W. 1944. *Civitas Humana*, Paris, Librairie de Médicis.
- Rougier, L. 1938. *Les mystiques économiques : Comment l'on passe des démocraties libérales aux États totalitaires*, Paris, Librairie de Médicis.
- Ryan, A. 1993. "Liberalism", in Goodin, R. et Pettit, P. (eds), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Blackwell: 291-311.
- Ryerson, J. 2000. "The Outrageous Pragmatism of Judge Richard Posner", *Lingua Franca*, 10(4).
- Saad-Filho, A. et Johnston, D. 2005. *Neoliberalism – A Critical Reader*, London, Pluto Press.
- Salin, P. 2002. "Le néolibéralisme, ça n'existe pas", disponible sur Catallaxia.

- Samuels, W. J. 1974. "The coase theorem and the study of law and economics", *Natural Resources Journal*, 14(1): 1-34.
- Samuels, W. J. 1981. "Maximization of wealth as justice: An essay on posnerian law and economics as policy analysis", *Texas Law Review*, 60(1): 147-174.
- Samuels, W. et Schmid, A. 1981. *Law and Economics, an Institutional Perspective*, Boston, Kluwer-Nijhoff Publishing.
- Sandel, M. 1982. *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Sartenaer, O. 2018. *Qu'est-ce que l'émergence ?* Paris, Vrin.
- Sawyer, S. et Steinmetz-Jenkins, D. 2019. *Foucault, Neoliberalism and Beyond*, London, Rowman & Littlefield.
- Scanlon, T. 1998. *What We Owe to Each Other*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Schakle, G. 1969. *Decision Order and Time in Human Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Scheall, S. 2015. "Hayek the apriorist?", *Journal of the History of Economic Thought*, 37(1): 87-110.
- Scheall, S. 2020. *F.A Hayek and the Epistemology of Politics*, London, Routledge.
- Scheurman, W. 1997. "The Unholy Alliance of Carl Schmitt and Friedrich A. Hayek", *Constellations*, 4(2): 172-188.
- Schmid, A. 1976. "The Economics of Property Rights: A Review Article", in Samuels, W. (ed.), *The Chicago School of Political Economy*, East Lansing, Michigan State University: 469-479.
- Schmidtz, D. 2016. "A realistic political ideal", *Social Philosophy & Policy*, 33(1-2): 1-10.
- Schotter, A. 1981. *The Economic Theory of Social Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Schulak, E. et Unterköfler, H. 2011. *The Austrian School of Economics: A History of Its Ideas, Ambassadors, and Institutions*, Auburn, AL, Mises Institute.
- Schulz-Forberg, H. 2020. "Embedded Early Neoliberalism: Transnational Origins of the Agenda of Liberalism Reconsidered", in Plewhe, D., Slobodian, Q. et Mirowski, P. (eds), *The Nine Lives of Neoliberalism*, London, Verso: 169-196.
- Sen, A. 2009. *The Idea of Justice*, Cambridge MA, Harvard University Press.

- Sergi, F. 2017. *De la révolution lucasienne aux modèles DSGE : réflexions sur les développements récents de la modélisation macroéconomique*, Thèse de doctorat en Sciences Économiques, Université Paris I.
- Servant, R. 2010. "La recherche de bonnes règles sociales : objet de science et de choix démocratique ? Le cas de Friedrich Hayek", *Economie et Société*, 44(12) : 1955-1996.
- Shaefer, A. 2021. *Coping With Complexity: Essays on Evolution and Institutions*, Thèse de Doctorat en Philosophie, Université d'Arizona State.
- Shane, S. et Venkataraman, S. 2000. "The promise of entrepreneurship as a field of research", *Academy of management review*, 25(1), 217-226.
- Shearmur, J. 1996. *Hayek and after*, London, Routledge.
- Skyrms, B. 1996. *Evolution of the Social Contract*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Slobodian, Q. 2018. *Globalists*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Spitz, J-F. 2008. *Abolir le hasard ? Responsabilité individuelle et justice sociale*, Paris, Vrin.
- Simonin, L. 2003. "Le choix des règles constitutionnelles de la concurrence : ordolibéralisme et théorie contractualiste de l'Etat", in Commun, P. (ed.), *L'ordolibéralisme allemand : Aux sources de l'Économie sociale de marché*, Cergy-Pontoise, IFAEE : 67-76.
- Simons, H. 1934. *A Positive Program for Laissez-Faire*, Chicago, Chicago University Press.
- Simons, H. 1936a. "The requisite of free competition", *American Economic Review*, 26(1): 68-76.
- Simons, H. 1936b. "Rules Versus Authorities in Monetary Policy", *Journal of Political Economy*, 44(1): 1-30.
- Skinner, Q. 1966. "The limits of historical explanations", *The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, XLI(157) : 199-215.
- Skinner, Q. 1969. "Meaning and understanding in the History of Ideas", *History and Theory*, 8(1) : 3-53.
- Solchany, J. 2015. *Wilhelm Röpke, l'autre Hayek : aux origines du néolibéralisme*, Paris, Publications de la Sorbonne.
- Solchany, J. 2016. "Le problème plus que la solution : la démocratie dans la vision du monde néolibérale", *Revue de philosophie économique*, 17(1) : 135-169.
- Stanley, W. "Social studies and the social order: Transmission of transformation?", in *Social studies today*, London, Routledge: 27-34.
- Stedman-Jones, D. 2012. *Masters of the Universe*, Princeton, Princeton University Press.

- Steel, R. 1980. *Walter Lippmann and the American Century*, London, Transaction Publishers.
- Steele, D. 1987. "Hayek's theory of cultural group selection", *The Journal of Libertarian Studies*, 8: 171-195.
- Steiner, Y. 2011. *Réunir, puis réduire le néolibéralisme : La Société du Mont Pèlerin et ses sociabilités savante et patronale*, Thèse de doctorat en Histoire de la pensée économique, Université de Lausanne.
- Steinmetz-Jenkins, D. et Brookes, K. 2018. "The Many Liberalisms of Serge Audier", *Journal of the History of Ideas*, 79(1): 45-63.
- Stiegler, B. 2016. *Le retard de l'espèce humaine, les sources évolutionnistes du néolibéralisme*, Thèse d'HDR en Philosophie, Université Bordeaux-Montaigne.
- Stiegler, B. 2019. *Il faut s'adapter*, Paris, Gallimard.
- Stigler, G. 1966. *The Theory of Price*, New York, MacMillan.
- Stiglitz, J. 2002. *La Grande désillusion*, Paris, Fayard.
- Sugden, R. 1986. *The Economics of Rights, Cooperation and Welfare*, London, Palgrave MacMillan.
- Sugden, R. 1989. "Spontaneous Order", *Journal of Economic Perspectives*, 3: 85–97.
- Sugden, R. 1993. "Normative judgments and spontaneous order: the contractarian element in Hayek's thought", *Constitutional Political Economy*, 4(3): 393–424.
- Sugden, R. 2018. *The Community of Advantage*, Oxford, Oxford University Press.
- Sullivan, M. et Solove, D. 2003. "Can Pragmatism Be Radical - Richard Posner and Legal Pragmatism", *Yale Law Journal*, 113(3): 687-742.
- Sumner, W. 1914. *The Challenge of Facts and other Essays*, New Heaven, Yale University Press.
- Sunstein, C. 1987. "Lochner's Legacy", *Columbia Law Review*, 87(5): 873-919.
- Sunstein, C. 1997. *Free Markets and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press.
- Sunstein, C. 2002. "The Law of Group Polarization", *Journal of Political Philosophy*, 10(2): 175-195.
- Sunstein, C. 2020. "Hayekian Behavioral Economics", Document de travail.
- Talisse, R. 2004. *Democracy after Liberalism*, London, Routledge.
- Talisse, R. 2005. "Deliberative Democracy Defended: A Response to Posner's Political Realism", *Res Publica*, 11: 185-199.

- Talisse, R. 2019. *Overdoing Democracy*, Oxford, Oxford University Press.
- Teles, S. 2007. *The Rise of the Conservative Legal Movement*, Princeton, Princeton University Press.
- Texeira Dos Reis, A. 2015. *La Justice humaine chez Thomas d'Aquin*, Thèse de doctorat en Philosophie, EHESS.
- Thaler, R. et Sunstein, C. 2008. *Nudge*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Thorsen, D. 2009. "What is neoliberalism?", Document de travail.
- Tomasi, J. 2012. *Free Market Fairness*, Princeton, Princeton University Press.
- Tort, P. 1996. *Spencer et l'évolutionnisme philosophique*, Paris, Puf.
- Touraine, A. 2001. *Beyond Neoliberalism*, Cambridge, Polity.
- Tourneux, O. 2019. *La Souveraineté à l'ère du néolibéralisme*, Thèse de doctorat en Philosophie, ENS de Lyon.
- Tourneux, O. 2020. "Deux conceptions néolibérales de la souveraineté et de la démocratie : aux origines de la gouvernance européenne", *Consecutio Rerum*, 5(9) : 25-45.
- Tourneux, O. 2022. *La souveraineté à l'ère du néolibéralisme*, Paris, Classiques Garnier.
- Tuchscherer, E. 2003. "Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre", *Mots, les langages du politique*, 73 : 25-42.
- Tullock G. 1974. *The Social Dilemma: The Economics of War and Revolution*, Blacksburg, Virginia University press.
- Tully, J. 1989. *Meaning and Context : Quentin Skinner and His Critics*, Princeton, Princeton University Press.
- Tversky, A. et Kahneman, D. 1977. "Causal thinking in judgment under uncertainty", in Butts, R. et Hintikka, J. (eds), *Basic problems in methodology and linguistics*, Dordrecht, Reidel Publishing Company: 167-190.
- Valentini, L. 2012. "Ideal vs. Non-Ideal Theory: A Conceptual Map", *Philosophy Compass*, 7(9): 654-664.
- Valentini, L. et List, C. 2019. "What Normative Facts Should Political Theory Be About? Philosophy of Science Meets Political Liberalism", in Sobel, D. et Vallentyne, P. (eds), *Oxford Studies in Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press: 185-220.
- Vallier, K. 2021. "Neoliberalism", in Zalta, E. (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (en ligne).

- Vanberg, V. 1986. "Spontaneous Market Order and Social Rules: A Critical Examination of F. A. Hayek's Theory of Cultural Evolution", *Economics and Philosophy*, 2: 75-100.
- Vanberg, V. 2004a. "The Status Quo in Contractarian-Constitutionalist Perspective", *Constitutional Political Economy*, 15(2): 153-170.
- Vanberg, V. 2004b. "The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism", *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, Document de travail.
- Vanberg V. 2008. "On the complementarity of liberalism and democracy – a reading of F.A. Hayek and J.M. Buchanan", *Journal of Institutional Economics*, 4(2): 139-161.
- Vanberg, V. 2011. "Liberal constitutionalism, constitutional liberalism and democracy", *Constitutional Political Economy*, 22(1): 1–20.
- Vanderborght, Y. et Van Parijs, P. 2017. *Basic Income, a Radical Proposal for a Free and a Sane Economy*, Cambridge MA, Harvard University Press.
- Van Horn, R. 2007. *The Origins of the Chicago School of Law and Economics*, Thèse de doctorat en Sciences Économiques, université de Notre-Dame, Etats-Unis.
- Van Horn, R. 2018. "Corporations and the Rise of Chicago Law and Economics", *Economy and Society*, 47(3): 1-23.
- Van Horn, R. et Mirowski, P. 2009. "The rise of the Chicago School of economics and the birth of neoliberalism", in Plewhe, D. et P. Mirowski (eds), *The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Cambridge MA, Harvard University Press: 149-163.
- Van Horn, R., Mirowski, P. et Stapleford, T. (eds). 2011. *Building Chicago economics: New perspectives on the history of America's most powerful economics program*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Van Parijs, P. 1991. "Why Surfers Should be Fed: The Liberal Case for an Unconditional Basic Income", *Philosophy & Public Affairs*, 20(1): 101-131.
- Van Parijs, P. 2001. "Difference Principles", in Freeman, S. (ed.), *Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge, Cambridge University Press: 200-240.
- Van Zjip, R. 1990. "Why Lucas is not Hayekian", *Research Memorandum Series*, 33, Tinbergen Institute.
- Vaughn, K. 1999. "Hayek's Theory of the Market Order as an Instance of the Theory of Complex, Adaptive Systems", *Journal des économistes et des études humaines*, 9(2 – 3): 241–256.
- Veljanovski, C. 1981. "Wealth maximization, law and ethics – On the limits of economic efficiency", *International Review of Law and Economics*, 1(1): 5-28.

- Valjanovski, C. 1982. "The Coase Theorems and the Economic Theory of Markets and Law", *Kyklos*, 35(1): 53-74.
- Venugopal, R. 2015. "Neoliberalism as Concept", *Economy and Society*, 44(2): 165–187.
- Vergniolle de Chantal, F. 2005. "Carl Schmitt et la 'révolution conservatrice' américaine", *Raisons Politiques*, 19(3) : 211-229.
- Verlengia, C. 2019. "Les origines d'un projet critique et la question du néolibéralisme : Foucault, une philosophie aux frontières", *Astérion*, 20 (en ligne).
- Vivès, X. 2008, *Information and learning in markets*, Princeton: Princeton University Press.
- Vives, X. 2014. "On the Possibility of Informationally Efficient Markets", *Journal of the European Economic Association*, 12(5): 1200-1239.
- Voigt, S. 1992. "On the Internal Inconsistency of Hayek's Evolutionary Oriented Constitutional Economics – some General Remarks", *Journal des économistes et des études humaines*, 3(4): 461-476.
- Von Wright, G. 1971. *Explanation and understanding*, Cornell, Cornell University Press.
- Wacquant, L. 2010. "La Fabrique de l'État néolibéral", *Civilisations*, 59(1) :151-174.
- Wagner R. (2017), *James M. Buchanan and Liberal Political Economy*, London, Lexington Books.
- Wasserman, J. 2019. *The marginal revolutionaries: How Austrian economists fought the war of ideas*, New Heaven, Yale University Press.
- Weintraub, R. 1983. "On the existence of a competitive equilibrium: 1930-1954", *Journal of Economic Literature*, 21(2): 1-39.
- Weintraub, R. 1985. *General Equilibrium Analysis: Studies in Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Westmoreland, R. 1998. "Hayek: The Rule of Law or the Law of Rules", *Law and Philosophy*, 17(1): 77-109.
- Whitman, D. 1998. "Hayek contra Pangloss on Evolutionary Systems", *Constitutional Political Economy*, 9: 45– 66.
- Whitman, D. 2004. "Group selection and methodological individualism: Compatible and complementary", *Advances of Austrian economics*, 7: 221-249.
- Wiedemann, E. 2020. "La réalisation optimale de l'idéal démocratique par l'extension du marché selon Milton Friedman", *Consecutio Rerum*, 5(9) : 69-95.
- Wilson, D. 2020. "Updating Hayek on Cultural Multilevel Selection", in Haeffele, S., Stein, S. et Storr, V. (eds), *Hayek's tensions*, George Mason, Mercatus Center: 151-172.

Wolgemuth, M. 2013. "The Freiburg School and the Hayekian Challenge", *The Review of Austrian Economics*, 29: 140-179.

Whyte, J. 2019. *The Morals of the Market*, London, Verso.

Wörsdörfer, M. 2013. "Von Hayek and Ordoliberalism on Justice", *Journal of the History of Economic Thought*, 35(3): 291-317.

Wörsdörfer, M. 2014. "The 'Societal Crisis of the Present' as a Neoliberal Leitmotiv", *History of Economic Thought and Policy*, 3(2): 77-109.

Yeager, L. 1989. "Reason and cultural evolution", *Critical Review*, 3(2): 324–335.

Zamora, D. 2014. *Critiquer Foucault : les années 1980 et la tentation néolibérale*, Bruxelles, Éditions Aden.

Zamora, D. 2020. "How Neoliberalism Reinvented Democracy", *The Tocqueville Review*, 41(2): 7-17.

Annexe 1 : Le *Statement of Aims* de la Société du Mont-Pèlerin en 1947.

STATEMENT OF AIMS

A group of economists, historians, philosophers and other students of public affairs from Europe and the United States met at Mont Pelerin, Switzerland, from April 1st to 10th, 1947, to discuss the crisis of our times. This group, being desirous of perpetuating its existence for promoting further intercourse and for inviting the collaboration of other like-minded persons, has agreed upon the following statement of aims.

The central values of civilisation are in danger. Over large stretches of the earth's surface the essential conditions of human dignity and freedom have already disappeared. In others they are under constant menace from the development of current tendencies of policy. The position of the individual and the voluntary group are progressively undermined by extensions of arbitrary power. Even that most precious possession of Western Man, freedom of thought and expression, is threatened by the spread of creeds which, claiming the privilege of tolerance when in the position of a minority, seek only to establish a position of power in which they can suppress and obliterate all views but their own.

The group holds that these developments have been fostered by the growth of a view of history which denies all absolute moral standards and by the growth of theories which question the desirability of the rule of law. It holds further that they have been fostered by a decline of belief in private property and the competitive market; for without the diffused power and initiative associated with these institutions it is difficult to imagine a society in which freedom may be effectively preserved.

Believing that what is essentially an ideological movement must be met by intellectual argument and the reassertion of valid ideals, the group, having made a preliminary exploration of the ground, is of the opinion that further study is desirable *inter alia* in regard to the following matters:

(1) The analysis and explanation of the nature of the present crisis so as to bring home to others its essential moral and economic origins.

(2) The redefinition of the functions of the state so as to distinguish more clearly between the totalitarian and the liberal order.

(3) Methods of re-establishing the rule of law and of assuring its development in such manner that individuals and groups are not in a position to encroach upon the freedom of others and private rights are not allowed to become a basis of predatory power.

(4) The possibility of establishing minimum standards by means not inimical to initiative and the functioning of the market.

(5) Methods of combating the misuse of history for the furtherance of creeds hostile to liberty.

(6) The problem of the creation of an international order conducive to the safeguarding of peace and liberty and permitting the establishment of harmonious international economic relations.

The group does not aspire to conduct propaganda. It seeks to establish no meticulous and hampering orthodoxy. It aligns itself with no particular party. Its object is solely, by facilitating the exchange of views among minds inspired by certain ideals and broad conceptions held in common, to contribute to the preservation and improvement of the free society.

Mont Pelerin (Vaud), Switzerland, April 8, 1947.