

L'Etat
Apogée du contrat ou fin du contrat

Jean-Pierre Cléro

Philopsis : Revue numérique
<https://philopsis.fr>

Les articles publiés sur Philopsis sont protégés par le droit d'auteur. Toute reproduction intégrale ou partielle doit faire l'objet d'une demande d'autorisation auprès des éditeurs et des auteurs. Vous pouvez citer librement cet article en mentionnant l'auteur et la provenance.

Ceci est un extrait, retrouvez nos documents complets sur philopsis.fr

Il y a maintenant une trentaine d'années, J. Rawls remettait au premier plan de la réflexion politique, de la façon qu'il voulait la plus efficace possible, l'idée de *contrat* pour représenter les liens du citoyen avec l'Etat. Cette démarche était singulière dans la mesure où le contractualisme paraissait encore à l'époque à la fois périmé et radicalement réfuté sous les coups que lui avaient, naguère, portés Hume, puis les utilitaristes qui, pendant deux siècles, ne lui avaient pas ménagé les leurs. Or, sans récuser tout à fait l'utilitarisme, sans abolir -loin de là- toute justification de l'unification de la société par l'intérêt, Rawls retravaillait, dans la *Théorie de la justice* (1971), la notion de *contrat* dont on avait tout lieu de croire qu'elle avait épuisé logiquement, sinon réellement avec l'écriture concrète de systèmes politiques par Hobbes, Locke, Grotius, Pufendorf, Rousseau -pour ne citer que quelques grandes figures de penseurs contractualistes-, toutes ses possibilités de fondement.

On peut dire, à présent, que, loin d'être une excentricité sans lendemain, la reprise de la réflexion sur le contrat domine désormais la philosophie politique. David Gauthier, dans la dernière décennie, a même soutenu l'idée, qui aurait paru incongrue, il y a encore vingt ans, que la notion de *contrat* est l'idéologie dominante de nos sociétés depuis le XVII^{ème} siècle au moins, qu'elle est un élément non négligeable de cohésion, non seulement de la façon dont ces sociétés se réfléchissent elles-mêmes, mais de ces sociétés mêmes ; et que, en dépit des apparences,

Hume et les utilitaristes, comme Bentham, ne l'avaient jamais sérieusement ébranlée ; à telle enseigne que D. Gauthier se fait fort de montrer que Hume accepte l'essentiel du contractualisme. Les choses sont sans doute moins simples et il se pourrait bien que l'utilitarisme continuât d'être un frère rival du contractualisme au sein de la famille des idéologies issues du libéralisme. Mais il est incontestable que la problématique du contrat s'est profondément modifiée sous l'effet de toute la sophistication du débat qui a permis à l'utilitarisme, depuis le milieu du XX^{ème} siècle, avec le développement des probabilités bayésiennes, de la théorie des jeux et de la théorie de la décision, de prendre la forme moderne que nous lui connaissons. Toutes les techniques du *bargaining*, qui ont fait le succès de l'utilitarisme, ont pu être versées au compte du contractualisme, en faisant exploser sa notion traditionnelle.

En outre, on aurait tort de limiter cette surrection du contractualisme à une affaire exclusivement idéologique ; c'est sous la pression des faits que cette inflexion a eu lieu, renversant radicalement les termes de la position classique du problème et même ceux de la position que D. Gauthier adoptait encore en 1990, lorsqu'il écrivait *Moral dealing*. Certes, il voyait bien monter la marée du contractualisme, mais ce qu'il craignait alors, c'était que la société ne s'orientât vers une souveraineté du style de celle que Hobbes décrit dans son *Léviathan* : or, c'est tout le contraire qui se produit sous nos yeux. L'éclatement des contrats qui retentit sur toutes les sphères de la société en une multitude inimaginable de figures ne paraît pas s'orienter vers un contrat des contrats qui serait celui de la souveraineté même ; mais tout au contraire vers sa décomposition, vers une sorte de fractalisation de la loi et du droit qui en rendent l'unification et la systématisation impossibles.

Là où l'on serait en droit d'attendre que l'Etat rende cohérents les contrats, les protège contre toute équivoque et finalement les garantisse, un certain nombre de juristes -de plus en plus grand si l'on se réfère aux articles qui s'écrivent sur ce thème depuis une dizaine d'années- redoutent un possible, voire un déjà réel affaiblissement de la loi en tant qu'elle définit la règle commune de conduite pour les citoyens d'un Etat ; et cela par la propre faute de ceux qui ont en charge cet Etat puisqu'ils imaginent, au comble de l'inversion par rapport au contractualisme classique, que l'Etat n'a rien de mieux à faire que de déléguer son pouvoir de faire les lois auprès de ses membres mêmes qui, liés de toute sorte de façons par les hasards et les nécessités de la société civile, se trouvent, dans de nombreuses circonstances, sommés de prendre l'initiative de la tâche législative. La négociation serait en passe de détruire la loi commune.

Certes ce n'est pas la première fois que le contractualisme se voit accuser de favoriser l'anarchie : cette accusation ne constitue-t-elle pas l'essentiel du grief des utilitaristes classiques qui, à la différence de B. Constant par exemple, voyaient le principal inconvénient du contrat en ce qu'il permettait de mesurer la réalité des décisions politiques à l'aune de chimères morales ? Mais il s'agirait maintenant d'une difficulté plus grave : l'Etat se trouve contraint de se laisser déposséder par la société civile de sa prérogative de faire les lois, pris au piège de la conception contractualiste, qu'il a lui-même promue, de ses rapports avec les citoyens et des citoyens entre eux. La particularité des contrats serait ainsi venue à bout, par un grignotement fractal, du contrat général par lequel une majorité de citoyens et, parmi eux, au premier rang, ceux qui, à des titres divers, le dirigent ou l'administrent, aiment à penser l'Etat.

Dès lors, dans la tension permanente qui existe entre le contrat et la loi, entre les contrats dans leur diversité proliférante et la souveraineté, ne sommes-nous pas parvenus à une crise décisive telle que le contractualisme pratique et idéologique serait en passe de faire éclater la loi, alors qu'il se posait -au moins théoriquement- comme ce qui devait la garantir, au moins dans sa légitimité ? Au terme de sa revendication abstraite, le contractualisme ne se trouve-t-il pas devant le contraire de ce qu'il préconisait, je veux dire devant le désordre d'une espèce de *common law*, voire aux prises avec le retour à une sorte de féodalisme ? Ou alors le moment n'est-il pas venu de prendre conscience que, l'Etat n'ayant jamais joué le rôle que le contractualisme classique a prétendu lui faire jouer, il faut dès lors refuser de mesurer la

situation à l'aune d'un fantasme, et que -sans vouloir minimiser le danger dénoncé- un certain nombre de ceux qui la dénoncent nous offrent la perspective de restaurations pires que les notions qu'ils fustigent. La situation dans laquelle nous nous trouvons, et qui a souvent été décrite avec précision par les juristes les plus divers, est intéressante, peut-être nouvelle ; nous n'avons certes pas la prétention de dire aux juristes comment elle doit être appréhendée, mais il n'est peut-être pas vain de mettre en garde contre le retour à certaines illusions et faussetés qui sont, entre autres, à l'origine de cette situation.

I. La thématique traditionnelle du contrat.

Pour prendre la mesure de la situation actuelle du contractualisme dans sa réalité et dans ses aspects idéologiques, il faut faire ressortir quelques caractéristiques du contrat dans ses acceptions traditionnelles. Afin de ne pas surcharger notre propos, nous nous en tiendrons à quelques remarques sur Hobbes et sur Rousseau en insistant davantage sur ce qui les rapproche que sur ce qui les oppose.

1. Le contrat est généralement considéré par ses partisans -comme par ses détracteurs du reste- comme une fiction destinée à mettre fin à une situation intolérable, ou devenue telle, que les auteurs des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles appelaient l'*état de nature*. Voyant que leurs intérêts, dont celui de leur simple survie, ne pouvaient être assurés individuellement, les hommes ont décidé d'un système par lequel, poursuivant ces mêmes intérêts, ils s'engageaient à préserver, voire à promouvoir, les intérêts des autres. Le moment du contrat est à la fois celui de la compréhension, par chacun, que la défense et la promotion de son intérêt passe par la défense et la promotion de l'intérêt des autres, quand bien même personne n'y serait poussé par bienveillance ; et celui d'une prise de décision en conséquence.

2. A partir de là, les constructions se diversifient à l'extrême, mais elles reviennent toutes à accepter un sacrifice, ou une transformation plus ou moins partielle, voire totale, par chacun, de sa liberté naturelle, pourvu que, à égalité, les autres acceptent, au même prix et pour le même avantage, le même sacrifice ou la même transformation de liberté. Le contrat est toujours un mixte complexe de liberté et d'égalité, consenti sous la pression de l'intérêt. L'histoire de l'idée de *contrat* est celle des modifications systématiques d'une structure à trois termes -liberté, égalité, intérêt- qui met nécessairement en présence des êtres individualisés par une conscience et par une volonté mue rationnellement. L'histoire a probablement permis d'écrire réellement tous les systèmes possibles de cette structure qui s'est toujours présentée comme étant en quête de ses propres limites.

3. C'est ainsi que Hobbes voit la constitution du contrat comme le produit de la décision prise par chacun de déléguer son pouvoir de décider à un Souverain (monarque ou assemblée) qui prendra désormais toutes les mesures nécessaires pour assurer la paix civile, condition de la satisfaction des intérêts de chacun. Bien entendu, une fois le pacte passé, il n'est plus question pour les individus de rester juges de ce qui est, à leur avis, bon pour la communauté ; c'est le Souverain qui en décide et qui pose ce qui est réellement bon pour eux en tant que citoyens

Ceci est un extrait, retrouvez nos documents complets sur philopsis.fr

