Les limites du droit de contracter

Emmanuel Bernard Picavet, Caroline Guibet Lafaye

▶ **To cite this version:**

Emmanuel Bernard Picavet, Caroline Guibet Lafaye. Les limites du droit de contracter. Mikhail Xifaras et Gregory Lewkowicz. Repenser le contrat : Droit et philosophie face aux nouvelles pratiques contractuelles, Dalloz, p. 135-145, 2009, Méthodes du droit. hal-00376558

HAL Id: hal-00376558
https://hal.science/hal-00376558

Submitted on 15 May 2009

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.

Les limites du droit de contracter

Emmanuel Picavet (Université Panthéon-Sorbonne, Paris) et **Caroline Guibet Lafaye** (Centre Maurice Halbwachs, Paris)[1]

Introduction

Face à l'élaboration de nouveaux contrats, dans le domaine du travail par exemple, ou de contrats concernant des objets jusqu'alors tenus hors de la sphère des échanges (comme certaines parties du corps humain), un défi important est d'essayer de cerner *ce qu'il peut y avoir de rationnel dans le renoncement individuel à des facultés de contracter*.

En effet, si l'on estime qu'il y a des raisons collectives de prévoir des restrictions sur l'usage des facultés de contracter, la question se pose de l'acceptabilité de telles contraintes pour les individus – ces individus qui sont, a priori, des bénéficiaires de leurs transactions potentielles avec les autres. C'est là un thème *important en pratique*. En effet, certains soutiennent qu'il est en fait néfaste aux individus (ou à certains individus) :

- d'avoir le choix de mettre en œuvre ou non une norme sociale comme la rémunération du transfert de sang ;

- ou d'avoir le choix de signer ou non avec un employeur un nouveau type de contrat de travail, du type CNE (Contrat Nouvelles Embauches) ou CPE (Contrat Premières Embauches)[2].

[1] Ce travail s'inscrit dans le cadre des projets DELICOM (JC-JC 05) et 3LB (NT-05) de l'Agence Nationale de la Recherche, pour les parties conduites au sein de notre équipe « Philosophie contemporaines », EA 3562 (groupe « Normes, Sociétés, Philosophies »), Université Panthéon-Sorbonne, Paris, France. Nous remercions l'ANR pour son soutien financier. Nous remercions Mikhaïl Xifaras, Emmanuel Dockès et Judith Rochfeld pour d'utiles questions et remarques.

[2] Le contrat nouvelles embauches s'adresse uniquement aux entreprises de 20 salariés au plus. Comme le CPE, la période d'essai est de deux ans et l'entreprise peut y mettre fin à n'importe quel moment, sans justification. La période de préavis est fonction de l'ancienneté du salarié.

- ou d'avoir le choix de s'engager dans un nouveau type d'activité, correspondant à ce que Peter Hammond désigne sous l'expression de « *victimless crimes* », par exemple le trafic de drogue. Font également partie de ces contrats, dont on peut contester les avantages réels, l'implantation de nouvelles activités, mieux rémunérées et plus risquées, dans des pays en développement – par exemple des activités, pilotées depuis l'étranger, de terrassement. On peut songer aussi au fait de pouvoir avoir recours à des techniques utiles en un certain sens, comme certaines techniques de procréation médicalement assistées, ou encore à des pratiques sociales financièrement rentables, mais qui restent moralement contestées, comme c'est le cas parfois avec l'industrie pornographique. Au nombre de ces exemples, il faut aussi ajouter la possibilité d'être soi-même inséré, en tant que personne physique et même en tant que corps, dans un réseau de droits de propriété (contestés) qui offrent de plus grandes opportunités d'échange, tels les droits de propriété sur les parties du corps[3].

Ces exemples viennent rappeler que l'accroissement de la liberté de contracter ou d'échanger est une thématique dont l'actualité et l'importance pratique sont indéniables, mais ils soulignent aussi combien l'évaluation d'un tel accroissement est *énigmatique en théorie*. Cette difficulté se laisse déjà saisir dans des arguments classiques comme ceux de Hobbes. Dans une perspective hobbienne, on peut dire que la faculté de contracter s'exerce conformément aux buts visés par les individus – la liberté consistant justement à accomplir, sans rencontrer d'obstacle, ce que l'on veut. Pourquoi, dans ces conditions, faudrait-il que les individus acceptent de se priver de certaines facultés de contracter, pour d'autres raisons que la soumission à l'autorité ? S'il leur est possible d'améliorer leur situation par des contrats, selon des modalités qui ne peuvent être entièrement prévues d'avance, on aperçoit *a priori* assez mal les raisons qui pourraient soutenir le renoncement volontaire à des facultés de contracter, une fois la société civile établie.

Plus récemment, K. Arrow a bien exprimé le lien étroit entre droits de contracter et promotion unanime du bien-être, à partir des remarques suivantes : (1) les gens ne contractent que si c'est *avantageux pour chacun*, et (2) ils n'ont pas de raison d'arrêter de contracter tant que leur société n'a pas atteint un état Pareto-efficace. Arrow souligne également le caractère forcément « améliorant », au sens large pour le bien-être, de l'expansion du domaine de choix (dans sa polémique avec Richard Titmuss[4]). Pourtant, les contrats passés entre les

[3] Parmi ces exemples, nous verrons qu'il y a lieu de considérer dans leur spécificité ceux qui font apparaître l'accroissement des facultés d'échange comme solidaire d'un renforcement de la position de pouvoir d'un camp face à un autre. Ce n'est pas le cas dans des exemples comme le sang ou la FIV, mais c'est le cas pour le CNE ou le CPE, ou encore pour les « nouvelles activités » plus risquées.

[4] K. Arrow, in *The Collected Papers of Kenneth Arrow*, Cambridge (MA), Belknap Press, 1984.

individus affectent la condition des autres (comme l'a souligné Christian Seidl) et conditionnent pour tous la configuration des échanges qui demeurent possibles. Parmi ces effets, on peut identifier des mécanismes sociaux, engendrant des pressions sociales. A cause de ces dernières, les options ne s'étendent pas seulement : elles se modifient aussi. Ce constat révèle un aspect théorique important attaché au fait que ces pressions sociales sont souvent liées au contexte de choix[5]. Pourtant des arguments de composition sociale des actions permettent de dire que certains choix détériorent, pour l'avenir, la possibilité de faire de manière significative le même choix, comme dans le cas de la libre consommation de drogue ou pour la possibilité d'arrêter tôt ses études.

Or en théorie économique particulièrement ainsi qu'en philosophie morale et politique, il n'y a guère d'effort (ou du moins, d'effort ayant atteint la région de l'orthodoxie) pour incorporer dans la théorie de l'échange une analyse des conditions ou du contexte de l'échange[6]. C'est à cet objectif général que nous rapportons ce travail, en même temps qu'à l'objectif d'une meilleure compréhension des usages politiques et sociaux des arguments relatifs au libéralisme.

Notre démarche consistera à identifier les inconvénients de principe qui s'attachent potentiellement à l'expansion de la sphère des contrats. Pour ce faire, nous procèderons en premier lieu à une critique de la position libertarienne, tendant à défendre unanimement l'accroissement de la liberté de contracter, en soulignant l'incomplétude de cette orientation. A la suite de cette critique nous analyserons les effets de tierce partie, volontaires et involontaires, corrélatifs de l'existence et de la conclusion de certains contrats. Nous esquisserons enfin une typologie des types de raisons qui interviennent en faveur de limitations des droits de contracter ou en faveur de la limitation d'évolutions sociales ou juridiques permettant d'accroître les opportunités d'échange.

1. Incomplétude du point de vue libertarien.

1.1 Liaison de la liberté et de la contrainte.

[5] Si on veut prendre au sérieux cet aspect des choses, la question de savoir si l'on n'est pas obligé de tenir compte de la dépendance des préférences par rapport aux *contextes de choix* se pose.

[6] On citerait néanmoins quelques exceptions, telles que la tradition marxiste face à l'exploitation ou les efforts de caractérisation de l'exploitation menés par J. Roemer ou N. Gravel.

Pour des raisons qui relèvent alternativement de la recherche de l'efficacité (comme dans l'argument d'Arrow qui a été rappelé) ou de l'attachement intrinsèque aux libres choix non contraints (ou aussi peu contraints que possible) des individus, certains auteurs – ceux que nous appellerons ici, pour simplifier, les « libertariens » – défendent un point de vue favorable à :

- une extension toujours plus grande des facultés de contracter, faisant l'objet de garanties spécifiques ou d'une institutionnalisation appropriée, et
- un allègement des limites légales explicites sur les contrats possibles.

Ce type de point de vue, par exemple, conduit à juger favorablement à la fois la création de nouveaux types de contrats de travail et la suppression de certaines barrières opposables à l'établissement de contrats d'un type donné.

Nous cherchons ici à établir la thèse suivante : on ne peut pas rattacher unilatéralement les facultés de contracter (ni d'autres dispositifs sociaux) à une exigence de « liberté » qui serait absolument antagonique de toute idée de contrainte. Et cela, parce que la liberté a à voir avec les configurations de la contrainte dans un contexte social.

Les argumentaires libertariens en faveur de l'accroissement des facultés de contracter attirent sélectivement l'attention sur certaines dimensions de l'échange, mais non toutes. Or, il faut précisément s'intéresser aux autres dimensions de l'échange si l'on veut récapituler les critiques possibles des accroissements ou des resserrements des facultés de contracter.

Dans une perspective libertarienne, on fait valoir la liaison étroite qui existe entre la faculté de contracter et l'aptitude à promouvoir l'émergence des résultats qu'un agent peut souhaiter. Le souci de l'émergence de tels résultats (et non d'autres possibles) n'oriente pas forcément vers une compréhension seulement instrumentale de la liberté. En effet – comme cela apparaissait déjà dans la clarification du concept de liberté proposée par Hobbes –, il est crédible de présenter comme partie intégrante du concept même de liberté, la faculté d'agir dans un sens spécifique, c'est-à-dire en faveur de l'obtention des résultats souhaités et non de n'importe quelle sorte de résultats.

Acceptons, dans la lignée de Hobbes, le postulat suivant : les obstacles qui importent du point de vue de l'extension de la liberté sont les obstacles qui compromettent la faculté de l'agent de faire émerger des résultats souhaités (ou plus souhaités que d'autres). Alors il est très naturel d'admettre que le souci des garanties relatives aux actions est partie intégrante de l'exigence même de liberté et, par là, de la signification de tous les principes par lesquels on s'attache à la liberté en tant que telle.

L'aptitude à obtenir ou à se garantir les résultats que l'on souhaite est évidemment une aptitude sociale, puisque l'action des autres importe pour la détermination des résultats de ma propre action. C'est l'indice de la limitation des argumentaires simplement fondés sur la liberté individuelle : dans la mesure où les individus s'intéressent à la garantie de certains résultats de leurs actions, ils ne peuvent se désintéresser des contraintes placées sur les facultés d'agir des uns et des autres. Pour ces raisons, la faculté de contracter n'est manifestement pas seulement du côté de la liberté comme pure absence (ou suppression) d'obstacle : elle intervient, dès qu'elle s'exerce, dans le réaménagement ou la réallocation des obstacles qui enserrent les actions individuelles.

1.2 Tout accroissement de la faculté de contracter ne signifie pas un accroissement de la liberté de choix.

Contracter, c'est se priver de facultés d'action. Par le contrat, il s'agit avant tout de réaménager, pour les uns et les autres, les contraintes qui pèsent sur l'action. Dans cette perspective, *la liberté de contracter apparaît liée à la contrainte*. On peut admettre en effet que passer des contrats à partir d'un état de nature (comme dans la théorie de Hobbes) revient à acquérir des garanties au prix d'une perte de marges de manœuvre dans l'action et contracter, dans une société politique déjà constituée, revient à réaménager les contraintes qui pèsent sur l'accomplissement des actions, en particulier à l'occasion d'échanges libres.

Limitons-nous, dans la continuité de la contribution d'A. Gibbard, au cas particulier dans lequel les droits de propriété ont été acquis par transfert de droits. Nous exceptons alors les cas où le transfert de droits ne se fait pas sur une base volontaire, c'est-à-dire les situations où existeraient des droits inaliénables fondés en nature, qui seraient attribués comme tels à un moment de l'histoire à un groupe par suite de la « reconnaissance » de ce type de cause par une autorité politique, au prix du dessaisissement (une expropriation) des autres de certains de leurs biens, ainsi que les cas de restitutions de biens volés. Dans cette dernière situation, les personnes qui possèdent les biens jadis volés peuvent vouloir ou ne pas vouloir céder les droits de propriété qui leur étaient antérieurement reconnus (avant que l'Etat, par exemple, ne décide de corriger les torts commis dans le passé). Néanmoins, si le transfert est décidé, on revient à une situation où il y a bien transfert.

Cette détermination du droit de propriété est telle que la propriété privée inclut des droits extensifs sur l'usage de ce qui est possédé. Lorsque un contrat est conclu, il a alors la double fonction de :

- préciser les transfert, i.e. d'être le support ou le moyen des transferts ;
- stipuler des altérations concernant l'usage que les autres peuvent faire de leur liberté.
- Les contrats ont également pour fonction de préciser les conditions limitant les transferts possibles : lorsque j'achète un bien, il devient impossible pour le vendeur de le vendre à quelqu'un d'autre.

Ce double rôle rend manifeste le fait que les contrats sont une source de restriction sur le droit de contracter. Certes, il existe aujourd'hui une « tradition libertarienne » du libre échange des droits ou, pour le dire autrement, une approche de la justice fondée sur la cession et la constitution volontaires des droits par des échanges de droits. Mais le renoncement à des configurations de droits, au profit d'autres systèmes de droits, peut, d'une manière générale, être conçu dans la forme du *contrat* entre des individus. En somme, on ne peut si simplement opposer d'un côté le droit de contracter et, de l'autre, des limites purement imposées de l'extérieur, puisque les contrats par lesquels on échange comportent eux-mêmes des limitations sur les échanges. Ainsi l'exercice de notre droit de contracter consiste en une réallocation des droits d'usage des choses quoique l'on se représente bien souvent ce type de réallocation comme un simple accroissement de liberté. Or cette réallocation des droits d'usage des choses peut donner lieu, pour certaines des parties contractantes, à une aggravation des contraintes pesant sur elles. En ce sens, et si l'on entend « liberté de choix» de manière impersonnelle, on ne peut pas validement affirmer qu'un accroissement de la faculté de contracter correspond toujours à un accroissement de la liberté de choix.

Les théories de l'appropriation montrent que les raisons de défendre la liberté de contracter se formulent soit en terme de *bien-être* soit en terme de *liberté*. En effet, dès lors que l'on se débarrasse d'une forme de fétichisme nous poussant à croire en l'existence d'un « mien » ou d'un « tien » primitif (et il faut en effet s'en débarrasser, en songeant au caractère culturellement et socialement construit des droits de propriété), alors on ne trouve plus d'argument de type intuitionniste en faveur du libre échange ou des droits de propriété mais seulement des arguments de type pragmatique (comme c'est le cas dans la théorie rawlsienne)[7].

Dès lors que l'on a écarté le fétichisme qui voudrait que la loi pose un « mien » et un « tien » originaire – ou subsistant dans la nature des choses –, on se trouve forcé de reconnaître le caractère pragmatique du contrat et contraint d'argumenter en référence à la

[7] A. Gibbard écrit : « to the extent that any good arguments speak specifically for free exchange, rather than for a price system in general, their grounds are ultimately pragmatic » (A. Gibbard, « What's morally special about free exchange ? », in E.F. Paul, F.D. Miller et J. Paul (éd.), *Ethics and Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1985).

liberté pour le défendre, sans rien pouvoir intuitionner d'évident quant à la structure de la propriété[8]. Pourtant, comme le souligne Gibbard, l'appel à la liberté ne peut pas être direct. En effet, comme nous l'avons rappelé, le contrat pose des restrictions à la liberté : autrui ne peut faire tout ce qu'il veut avec les choses qui sont miennes ; et réciproquement, je ne pourrai pas faire tout ce que je veux avec les choses à propos desquelles j'établis des contrats, etc.

Il y aurait, avec le contrat, une promotion instrumentale de la liberté à partir d'arrangements normatifs (i.e. un dispositif de libre échange), ce qui correspondrait à la promotion d'une forme de liberté, ne coïncidant pas exactement avec les arrangements normatifs eux-mêmes. Si la structure normative des contrats ou des échanges est utile à la liberté, alors cette structure normative doit faire une différence du point de vue de la promotion de la liberté comprise de manière *indépendante* (i.e. d'une manière qui ne se ramène pas purement et simplement à l'existence de tel ou tel système normatif précis concernant la propriété et les échanges). Le problème central est alors de trouver un système de propriété qui puisse à la fois contribuer à la liberté et au bien-être. Se pose également la question de savoir pourquoi interdire un échange de droits de propriété qui serait mutuellement avantageux. Serait-ce que l'on espère trouver une forme d'échange qui soit globalement meilleure ?

Dans la mesure où la dimension de la contrainte est constitutive du contrat, les contraintes sur les facultés d'échanger peuvent être identifiées à des propriétés (satisfaites ou non dans les systèmes normatifs existants) relatives à la structure des usages possibles de la liberté chez les uns et les autres. En d'autres termes, on peut identifier ces contraintes à des propriétés qui retracent la capacité des agents à faire advenir de manière garantie (usuellement par des contrats) certaines conséquences.

En ce sens, les restrictions courantes sur la liberté, dans le cadre d'échanges et de contrats, sont quelque chose de plus complexe que ne le sont de simples « restrictions sur la liberté » car elles imposent des restrictions, émanant de la part d'autrui, sur l'usage libre (sur la libre disposition) des ressources, et sur la liberté des mouvements corporels. Il ne s'agit alors pas de restrictions visant seulement l'agent, car ce sont aussi des restrictions sur des capacités de contraindre autrui. Par conséquent, quand on « contraint » de la sorte, on n'est pas

[8] Voir A. Gibbard, « What's morally special about free exchange ? », p. 25.

unilatéralement ou univoquement dans une démarche de restriction de la liberté. On restreint en fait l'aptitude à placer des contraintes sur la liberté[9].

Convenons avec A. Gibbard qu'il n'y a pas d'argument évident en faveur des systèmes extrêmes de libre échange, une fois que nous sommes débarrassés de tout fétichisme des droits. Par ailleurs, d'autres discussions philosophiques ont révélé les limites des thèses visant à présenter comme « moralement non problématique » le fonctionnement d'une institution telle que le marché de concurrence pure et parfaite[10].

Or lorsque l'on s'en remet à des arguments pragmatiques pour la liberté de contracter, on risque de ne rencontrer que des solutions mitigées. On pourra admettre avec A. Gibbard que l'étendue de la liberté est liée, en particulier, à la disponibilité d'un éventail suffisant d'alternatives raisonnablement attractives, ce qui peut être mieux assuré (d'une manière plus approfondie ou pour le plus grand nombre) dans un système social soumis à des contraintes, par comparaison avec un système libre de contraintes.

Qu'en est-il à présent des arguments pragmatiques visant à défendre la liberté de contracter en s'appuyant sur une référence au *bien-être* ? L'argument majeur s'articule en référence à l'optimalité parétienne. Les raisons d'approuver des améliorations parétiennes (i.e. les améliorations du sort des uns sans détérioration du sort des autres) semblent être en même temps des raisons d'approuver des actes individuels par lesquels les individus acceptent de contracter. S'il est organisé de telle sorte qu'il ne mène qu'à des améliorations parétiennes, le système de libre échange a, en effet, la vertu de permettre une forme unique d'internalisation des coûts et des bénéfices des actions et, en ce sens, il y a identité entre le bilan coût-bénéfice tel qu'il apparaît à l'agent et tel qu'il est pour la société dans son ensemble. David Gauthier, dans *Morals by Agreement* (1986), a tiré parti de remarques de ce type pour accréditer la thèse d'après laquelle les échanges de marché sont impartiaux, chacun ne recevant que ce qu'il compare favorablement à ce qu'il apporte (nul n'étant lésé, donc).

Néanmoins, et c'est là une difficulté majeure, ces actes individuels ne donnent lieu de manière immanquable à des améliorations parétiennes que si les biens sont décomposables, ou redéfinis de manière à être décomposables, au sens où leur usage ne causerait aucune externalité. En revanche, cette amélioration est plus problématique dès lors qu'existent des

[9] A. Gibbard écrit en ce sens : « They are restrictions on our legal powers to alter the restrictions on liberty that constitute a system of property rights […] », « […] restrictions on powers to alter restrictions on action » (« What's morally special about free exchange ? », p. 25).

[10] Voir en particulier la discussion critique, par Daniel Hausman, des thèses de David Gauthier à ce sujet, qui procèdent d'hypothèses sur la relation spéciale entre cette forme de marché et des valeurs telles que la liberté (entendue comme absence de contrainte), l'impartialité (impliquant l'absence de redistribution arbitraire) et l'optimalité (entendue au sens du principe de Pareto). D. Hausman, « Are Markets Morally Free Zones ? ».

externalités négatives. En effet, on ne peut supposer que parce qu'on laisse les gens échanger comme ils l'entendent, on aura nécessairement une série vertueuse d'améliorations parétiennes[11]. La prise en compte de ces externalités ne se borne pas seulement à la situation des parties contractantes car même si les contractants trouvent avantage à leur contrat, une tierce partie peut être affectée et voir sa situation se détériorer.

Il existe par ailleurs d'autres arguments pragmatiques, relatifs à la préservation d'un éventail de choix futurs suffisant : ces arguments s'avèrent pertinents, notamment, pour la discussion d'éventuelles justifications « paternalistes » de la limitation de la liberté d'échanger concernant les produits qui engendrent des addictions. En raison des effets d'addiction induits par la consommation de certains produits, les personnes concernées, suite à des choix délibérés, connaissent des situations où leurs choix sont très restreints et s'avèrent très peu attractifs, au sens où ils n'auraient aucune chance d'être choisis par des individus qui ne se seraient pas tout d'abord engagés dans le processus de choix libre menant, par l'entremise de contrats successifs, à l'addiction. Le choix initial de la consommation de ces produits ne permet pas, à terme, de préserver un système de choix suffisamment attractifs et diversifiés.

Par l'expression « un système de choix suffisamment attractifs et diversifiés », il est assez plausible de se référer, d'abord, à la satisfaction d'un ensemble de besoins (une satisfaction qui joue le rôle de prérequis pour un grand nombre d'activités que l'agent peut trouver ou pourra trouver significatives). Et d'autre part, on se référera typiquement aussi à l'exercice, par l'agent, de capacités d'action significatives, lui permettant de poursuivre selon ses vœux différentes finalités possibles. On essaiera de traduire par là une capacité de l'agent à organiser sa vie comme il l'entend et selon les directions qu'il juge préférables, pour des préférences qui peuvent prendre diverses formes et qui peuvent évoluer.

De ce point de vue, quelque chose semble altéré, et de manière sans doute regrettable, si la structure même des actions de l'agent (sa manière d'agir, les liens qui ne nouent entre ses désirs, ses croyances et ses actions) ne lui permet plus de réaménager selon son propre vœu les finalités effectivement poursuivies dans l'action. Par exemple, une personne victime d'accoutumance aiguë voit ses actions contraintes de manière très forte parce qu'un changement éventuel dans ses aspirations, dans ses croyances ou dans les circonstances ne pourrait rien contre l'existence d'un « coût de sortie » très élevé, en cas de rupture par rapport

[11] Voir, pour une analyse économique : Peter J. Hammond, « Rights, Free Exchange and Widespread Externalities » in Laslier (J.-F.), Fleurbaey (M.), Gravel (N.), Trannoy (A.), *Freedom in Economics. New Perspectives in Normative Analysis*, Londres et New York, Routledge, 1998.

à la structure actuelle de l'action. Il y a là une sorte de déficience dans la structure de l'action, par l'effet de contraintes d'un niveau exceptionnel pesant sur l'action elle-même. Dans ces circonstances, on peut admettre qu'en effet, la limitation des droits d'échanger ou de contracter peut servir à préserver une aptitude raisonnable à tirer parti du libre usage de telles facultés.

Que dire, dans cette perspective, du renoncement à l'exercice des droits conformément à ses propres préférences – par exemple, du renoncement à la toxicomanie pour quelqu'un qui aurait ce penchant, dans un pays où la chose serait légale ? On peut dire qu'un tel renoncement aurait quelque chose de compréhensible, en lien avec la pondération de différentes raisons par l'agent et, surtout, avec la préservation de la capacité de refléter, dans l'action, l'évolution de la pondération des raisons. Les raisons associées à la satisfaction des préférences personnelles n'ont pas de raison d'être, à coup sûr, des raisons décisives en dernière analyse. Il y a seulement des domaines dans lesquels elles valent comme « décisives *prima facie* » au sens de Davidson[12].

La question importante est alors : les individus ont-ils (ou gardent-ils) la capacité de conditionner l'exercice de leurs facultés d'une manière qui reflète bien leur disposition à pondérer les raisons en présence les unes face aux autres de telle ou telle manière ? C'est précisément cette capacité qui est remise en cause par des choix personnels qui affectent la structure même de l'action à des dates ultérieures. Un exemple privilégié est évidemment fourni par les addictions mais on pourrait éventuellement rapporter à cette classe de problèmes la question des choix de vie qui, pour des raisons substantielles ou tenant aux conventions sociales, sont de nature à compromettre la *confiance en soi* ou le *respect de soi*.

Par exemple, dans le cas des positions sociales relevant de ce qu'on décrit souvent comme « l'esclavage moderne » (typiquement, des fonctions domestiques assorties d'une soumission complète aux ordres de « maîtres »), il est possible qu'il en aille initialement d'un choix délibéré (pour échapper à la misère) mais que ce choix compromette ensuite non seulement les possibilités objectives de modifier son sort *dans les circonstances* existantes, mais aussi les aptitudes personnelles permettant de faire des choix significatifs *dans des circonstances plus favorables* (à travers l'altération de la confiance en soi ou du respect de soi-même). Dans cet exemple, les jugements semblent pouvoir reposer sur le constat de conditions de vie réellement désastreuses et de l'altération objective du respect des personnes dans les rapports interpersonnels (et secondairement dans les états de conscience personnels).

[12] D. Davidson, « Comment la faiblesse de la volonté est-elle possible ? », in *Essais sur les actions et les événements* [Essays on Actions and Events], trad. fr. Pascal Engel, Paris, PUF, 1993.

Dans d'autres cas, la frontière est quelque peu ténue, qui sépare le caractère objectivement mauvais des situations et les représentations sociales à ce sujet. Cette problématique affleure dans certaines discussions relatives aux « crimes sans victime » mentionnés par Peter Hammond : par exemple, est-ce que les personnes prostituées, souffrant éventuellement d'un manque de considération sociale, peuvent voir leur confiance en elles-mêmes altérée du fait de préjugés sociaux ?[13]. Il y a une spécificité de ce type de situation, qui est que l'argumentation en termes de promotion des opportunités maintenues dans la vie apparaît dépendante du fait que l'on table sur la permanence de certaines attitudes ou croyances, dans la société, qui pourraient elles-mêmes être mises en question moralement. Par exemple, des attitudes négatives à l'encontre de personnes jugées « asociales » ou peu fréquentables. Lorsqu'il n'y a pas d'attitude morale ou de trait psychologique partagé, soutenant un consensus hostile à une certaine activité (par ailleurs socialement déconsidérée), alors le conseil de ne pas se livrer à cette activité, comme la décision éventuelle de l'interdire ou de la limiter, n'apparaît pas indépendante de la référence « opaque » à des attitudes sociales. On juge en s'appuyant sur ces attitudes sociales, mais rien ne dit, au moment où l'on parvient à un jugement, que l'on endosse soi-même ces attitudes sociales. Pour cette raison, le jugement auquel on parvient présente une certaine fragilité : la question se pose inévitablement de savoir s'il faut se prononcer sur la base des attitudes sociales telles qu'elles sont, ou bien arbitrer en faveur d'initiatives susceptibles de faire évoluer ces attitudes, si elles apparaissent elles-mêmes inappropriées (ou insuffisamment justifiées au regard des torts qu'elles engendrent pour les personnes).

Cette problématique est centrale dans le cas des choix de vie « déviants », par exemple de femmes refusant le mariage précoce (ou le mariage en général) dans des sociétés patriarcales traditionnelles, jusque dans des cas où le mariage est, assez paradoxalement, confié à la libre initiative des contractants. Certains aspects de la condition de ces femmes, résultant de l'exercice d'une faculté de ne pas contracter, peuvent être décrits en termes objectifs comme très mauvais du point de vue de leur aptitude objective à exercer des choix significatifs ; mais certains aspects de leurs difficultés peuvent transiter par un affaissement de la confiance en soi, corrélé avec le manque d'égards de la société. Et c'est bien le manque d'égards de la société qui est critiquable en dernière analyse !

[13] Peter J. Hammond, « Rights, Free Exchange and Widespread Externalities », in J.-F. Laslier, M. Fleurbaey, N. Gravel et A. Trannoy, *Freedom in Economics. New Perspectives in Normative Analysis*, Londres & New York, Routledge, 1997, p. 153.

1.3 Le rôle des pressions sociales.

Une autre manière de montrer l'incomplétude d'un point de vue libertarien sur les facultés de contracter consiste à souligner que *les pressions sociales auxquelles les individus s'exposent dans l'usage de leur faculté de choix sont constitutives des états sociaux qui sont les enjeux de leurs choix*. Revenons d'abord brièvement sur les manières les plus typiques d'aborder le rôle des pressions sociales dans les problèmes de ce type.

Selon une approche sociologique qui demeure courante, les normes sociales subsistent par elles-mêmes et sont ensuite plus ou moins intériorisées par les individus, d'une manière qui les dispose à agir de telle ou telle façon. Dans cette perspective, par exemple, l'acceptation d'un travail plus risqué et mieux rémunéré sera le fruit de la plus ou moins grande intériorisation d'une norme sociale du groupe et, bien sûr, de la teneur même de cette norme sociale. Les pressions sociales interviennent alors seulement à la manière d'une force qui pèse sur les actions des individus, ou qui les oriente, sans lien clair avec les états de la personne et du monde (ce que nous appelons les « états sociaux ») qui sont issus des actions.

Selon une approche qui relève au contraire d'une méthodologie individualiste de type « choix rationnel », les individus sont supposés tenir compte de leur propre évaluation des résultats. Dans cette perspective, la prise en compte des pressions sociales peut intervenir à deux niveaux, d'une manière qui appelle une distinction.

D'un côté, on peut considérer que les pressions sociales (ou l'« action de la société sur l'individu ») se remarquent dans la manière dont l'individu soupèse les avantages et les inconvénients de ses actions alternatives possibles. Dans de nombreux cas, cela revient à pondérer le crédit accordé à différents critères pertinents ou à différentes propriétés importantes des états sociaux : par exemple, la rémunération et le risque (dans le cas du jugement individuel sur l'opportunité de conclure ou non un contrat de travail comportant un risque dans les tâches prévues).

Mais d'un autre côté, une approche de type « choix rationnel » peut très bien incorporer des déterminantes de la conduite qui consistent en sanctions ou récompenses (autrement dit, en un « schème incitatif » au sens de Marschak et Radner). On considère d'habitude que les sanctions et les récompenses sont des facteurs qui influencent la définition des résultats. Qu'en est-il alors des sanctions informelles associées aux pressions sociales, en particulier les reproches ou les louanges, souvent appuyés sur des normes culturelles ?

Selon l'approche défendue par le juriste Kelsen puis par le sociologue Coleman, les sanctions informelles associées à des normes morales ou sociales non juridiques relèvent bien

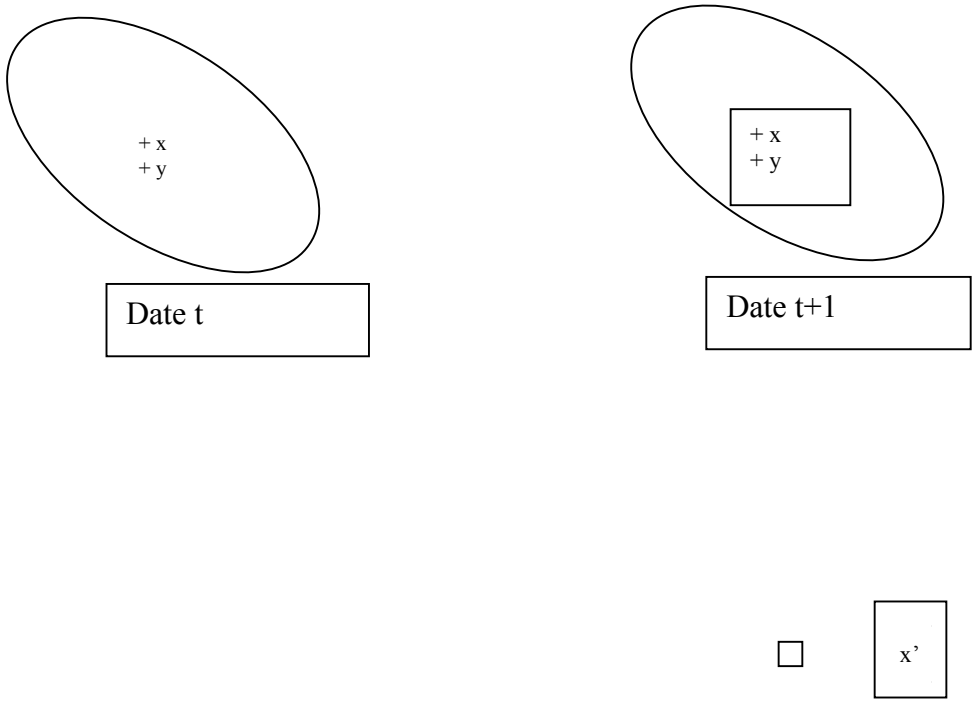
du domaine de la sanction : il s'agit de caractéristiques désagréables des états sociaux, qui résultent d'un rapport défini à des normes (violation, non-satisfaction de faits-conditions…) qui interviennent dans les états mentaux des agents (d'où l'expression de « sanction interne » chez Coleman), comparables en cela aux sanctions prévues par des normes juridiques. Si l'on choisit alors de se placer dans une perspective de choix rationnel, il est tout à fait clair que le caractère « informel » des sanctions non juridiques n'interdit en rien leur anticipation par les agents. Tout individu peut en principe associer à certains de ses choix possibles des effets négatifs dont il sait qu'ils peuvent résulter de l'attitude des autres. C'est en particulier le cas pour des effets de réputation adverse (qui ne présupposent pas l'importance intrinsèque du jugement des autres pour l'agent, ce jugement pouvant ne l'intéresser que par son effet sur la conduite des autres) ; ou également pour des blâmes auxquels il se trouve que les individus accordent une importance intrinsèque (des blâmes dont ils souffrent, donc, en raison de leur existence même et non pas seulement en raison de la liaison entre ces blâmes et les conduites des autres dont ils sont affectés)[14].

Lorsque l'effet des pressions sociales ou des sanctions informelles est pris en compte, il faut convenir que la description linguistique des options accessibles et la description des situations possibles en fin de compte (les états sociaux ou alternatives possibles) cessent de se superposer. Supposons, par exemple, qu'une personne ait la possibilité, à la date t, de travailler dans l'agriculture ou dans la pêche et, à la date t+1 (suite à l'installation d'une multinationale dans sa région), la possibilité de travailler dans l'agriculture, dans la pêche ou dans une mine. Peut-on dire que sa situation s'améliore ? Si l'on en reste à la description linguistique qui vient d'être donnée, cette conclusion paraît s'imposer : soit l'option nouvelle est jugée meilleure que les deux autres (et alors elle est choisie), soit non, et dans ce cas l'individu a toujours la possibilité de faire l'un des deux autres choix (ou d'adopter le nouveau choix possible s'il y a indifférence entre ce nouveau choix et le meilleur choix antérieur), la situation de l'agent ne pouvant dès lors se détériorer. Et pourtant, cette analyse est insatisfaisante car une description des situations sociales possibles devrait incorporer la mention d'éventuelles pressions sociales ou sanctions informelles.

Si, par exemple, refuser de travailler à la mine donne lieu à des reproches (comme celui de ne pas prendre ses responsabilités pour le bien de sa famille), il est parfaitement possible que

[14] Cf. Allan Gibbard, *Wise Choices, Apt Freelings* (1990), trad. fr. S. Laugier, *Sagesse des choix, justesse des sentiments*, Paris, PUF, 1996), sur les sanctions informelles et leur rôle dans l'apprentissage de la coordination par des règles. V. aussi, du même auteur : « Normative Inquiry and Its Evolution », in *Philosophie des Rechts, der Politik und der Gesellschaft*, O. Weinberger, P. Koller et A. Schramm (dir.), Vienne, Hölder-Pichler-Tempsky, 1988.

le retour à la situation antérieure ne soit plus ouvert à l'agent, ce que masque la description superficielle mentionnée antérieurement.



Il s'agit d'un argument d'incommensurabilité : les situations aux deux dates ne sont pas directement comparables du point de vue du bien-être de l'agent. De plus, l'argument ne se laisse pas réduire à un argument de la famille de ceux qui conduisent à contester les bienfaits de l'accroissement de la liberté de choix en s'appuyant sur la capacité de restrictions sur cette liberté à exprimer ou refléter des caractéristiques jugées souhaitables de la société dans son ensemble (par exemple, des solidarités réelles inscrites dans les relations sociales ou la culture). Les arguments de cette dernière catégorie sont clairement holistes en ce sens qu'ils ne permettent pas de remonter jusqu'au niveau des évaluations personnelles. Par contraste, l'argument présenté ici repose sur des évaluations personnelles, même si celles-ci ont pour

objet des alternatives sociales partiellement constituées par des pressions sociales ou des sanctions elles-mêmes appuyées sur des normes sociales ou culturelles.

Y a-t-il des conséquences politiques à tirer de ce type d'argumentaire ? Par exemple, certains arguments hostiles à la mondialisation des échanges ou des implantations industrielles peuvent-ils s'appuyer sur des raisonnements de ce genre ? Il est de fait que l'argument présenté peut servir à identifier des problèmes qui risquent de demeurer inaperçus si la description des enjeux est inadéquate. Il peut aussi contribuer à l'identification de raisonnements hâtifs favorables à l'extension de la sphère des contrats possibles. Par ces deux voies, l'argument contribue à l'identification des bonnes raisons disponibles pour ou contre l'accroissement du domaine des échanges ou des contrats. Cela étant, l'impossibilité de conclure à l'accroissement de bien-être à partir du simple fait de l'existence de nouveaux choix ne signifie pas qu'il n'y ait pas, en fait, accroissement de bien-être. Un tel accroissement pourrait, le cas échéant, être caractérisé en faisant intervenir des critères supplémentaires. Par exemple, il pourrait être montré dans certains cas que le « déplacement » des options initialement présentes est insignifiant, alors que l'option nouvelle que l'on considère comporte des bénéfices nouveaux et décisifs.

2. Les effets de tierce partie.

La question des droits accordés aux individus, de leurs limites et des conditions de leur échangeabilité, doit être discutée en rapport avec les *conséquences* de ces dispositions dans l'existence des individus. En effet, la référence aux conséquences des actions est essentielle. Elle permet de relativiser l'idée que le respect de la *liberté des échanges*, visée comme unique principe de transfert compatible avec le libre consentement des personnes, est le fondement exclusif de l'évaluation de l'accroissement du pouvoir de contracter.

L'attribution des droits aux individus pose en effet des problèmes fondamentaux relatifs aux conséquences sociales de leur exercice, et ces problèmes ne sont pas toujours résolus en pratique. Ces problèmes sont essentiellement liés à des phénomènes divers auxquels renvoie un concept commun : celui d'externalité ou « effet externe ». Certaines recherches, comme celles de P. Hammond, montrent que l'échange des droits à créer des externalités (aspects des droits de propriété ou droits d'un genre spécial, selon la conception retenue de la propriété) ne résolvent pas de manière systématique les problèmes d'inefficacité liés à l'existence d'externalités : certaines externalités « profondes » ne disparaissent pas. De même, l'échange

volontaire de droits entre des individus A et B peut impliquer, corrélativement, une modification *involontaire* des droits d'un autre individu C. Or une telle modification involontaire et défavorable de la situation des individus n'est ni souhaitable ni équitable.

Or ces externalités traduisent en fait une dissymétrie dans la situation des agents d'une interaction : certaines décisions sont le fait d'individus qui, objectivement, ne sont pas les seules parties intéressées à l'échange. Il y a un déséquilibre qui tient au pouvoir que certains ont sur d'autres, en sorte que la satisfaction de leurs propres préférences dans l'échange n'incorpore pas nécessairement le coût que les conséquences de cet échange occasionnent pour d'autres. Cet argument se justifie dans la mesure où l'on tient compte d'une situation possible d'égalité dans le système global de l'échange social, – situation dans laquelle nul n'aurait le pouvoir de détériorer la situation des autres à travers l'exploitation de ses propres occasions de mieux-être. L'échange est inégal car l'une des parties tire parti d'une position en elle-même plus avantageuse. La liberté de contracter est ici problématique car elle accentue l'inégalité entre les personnes du point de vue de l'aptitude à bénéficier des échanges. La liberté des échanges peut créer de l'inégalité dans l'échange (entendue non pas au sens de l'échange de valeurs inégales, mais au sens de l'inégalité dans l'accès à des échanges mutuellement avantageux)[15].

(diapos 2-3)

De même, l'élargissement de la sphère des droits échangeables peut, en elle-même, provoquer la détérioration de la situation de certains acteurs :

- dans le cas d'un élargissement de marchés de biens, une modification des prix relatifs peut se produire, et donc une détérioration consécutive de la situation de certains consommateurs (comme le montre par exemple les analyses économiques en équilibre général) ;
- dans le cas de la légalisation d'activités antérieurement illicites, il peut y avoir :
    (a) un accroissement d'activités violentes liées non pas à l'échange de marché lui-même, mais à la mise sur le marché (cette dernière étant devenue plus intéressante pour de nouvelles catégories d'acteurs ou de plus nombreux acteurs par suite de la légalisation). C'est le cas avec la drogue, le proxénétisme[16], le transfert d'organes, les mères porteuses, le trafic d'enfants : la légalisation peut accroître l'offre et les activités

[15] Cette inégalité s'ajoute à une inégalité de situation qui concernerait un différentiel d'information ou de dotation initiale, un différentiel d'opportunités initiales.

[16] Voir D. Satz, (1995), « Markets in Women's Sexual Labor », *Ethics*, vol. 106, p. 63-85.

coercitives pour constituer celle-ci ; donc la violence et les coûts associés pour les victimes ou les riverains. Dans ce cas, l'accroissement de la liberté d'échanger peut augmenter les occasions pour des activités criminelles ou peu scrupuleuses[17]. Ou bien :

(b) un accroissement (avéré ou probable) d'activités violentes rendues possibles par l'usage des biens échangés – en particulier, dans le cas de la libre commercialisation des armes. On peut penser au sort des enfants victimes du libre commerce des mines antipersonnel, par exemple.

Dans ces cas, il est difficile de mettre en balance des « gains » ou des « bénéfices » quelconques face aux coûts suscités par les activités précédemment mentionnées, directement ou indirectement[18].

Il peut aussi y avoir un préjudice lié au fait même de faire entrer certaines entités dans la sphère des objets sur lesquels il existe des droits légalement spécifiables et échangeables. Ainsi, dans le cas de la réification des embryons humains et de la constitution d'un système d'échanges en vue de leur mise à disposition pour l'expérimentation ou l'industrie, il y a un préjudice subi par les individus qui refusent le sort réservé à ces entités, ou qui refusent ce que cela représente pour l'ensemble du genre humain (la perte d'un statut d'inviolabilité simplement lié à l'appartenance à l'espèce). La même remarque peut s'appliquer aux animaux de laboratoire, en songeant à la désapprobation que leur commerce suscite chez les défenseurs des animaux.

Il existe d'autres exemples de coûts liés à l'augmentation de la liberté d'échanger certains biens et services :

> "Par exemple, échapper aux impôts en participant à l'économie souterraine, c'est, d'une manière assez évidente, promouvoir le libre échange, mais au prix d'un affaiblissement de la capacité de la société à fournir des biens publics qui profitent à tous, y compris ceux qui pratiquent l'évasion fiscale.
>
> Certaines activités illégales similaires, telles que la contrebande ou la corruption de fonctionnaires et de politiciens sont souvent pires encore que l'évasion fiscale en raison des externalités négatives qu'elles provoquent »[19].

[17] Voir Peter J. Hammond, « Rights, Free Exchange and Widespread Externalities », p. 154 : « The reported development of an unofficial market in India for human kidneys destined for use in transplant surgery has led not only to some poor people selling one of their kidneys voluntarily, especially when they need to repay a burdensome debt. There have also been reports of people being kidnapped and waking up to find that one of their kidneys has been removed against their will. Similar outrages have been linked to the international traffic that supplies babies born in poor countries for adoption by people in rich countries. »

[18] P. Hammond montre par exemple que « gains from exchanging rights between members of a finite coalition can only occur when rights to create externalities are rationed in some way, other than through a 'Pigou' price mechanism » (« Rights, Free Exchange and Widespread Externalities », p. 153).

[19] P. Hammond, « Rights, Free Exchange and Widespread Externalities », p. 153.

Enfin, on peut montrer, dans le cadre de la théorie des choix collectifs (C. Seidl) que la renégociation des droits par libre échange entre les individus pose un problème, du point de vue dynamique, que l'on pourrait nommer le « privilège des premiers arrivés ». En effet, si des coalitions se forment – et le pacte social peut être conçu comme un arrangement parmi les membres d'une coalition initiale – les nouveaux venus, extérieurs aux coalitions déjà formées, peuvent se retrouver dans une position défavorable du point de vue de l'aptitude à contracter avec autrui. Il y a des opportunités perdues, pour les échanges futurs, à cause des échanges entre les autres agents dans le passé ; on retrouve ici le problème de l'altération des opportunités d'échange du fait de l'exercice des facultés d'échange. La liberté de contracter accentue alors l'inégalité entre les personnes quant à l'aptitude à bénéficier des échanges. La liberté des échanges crée ici de l'inégalité dans l'échange (entendue non pas au sens de l'échange de valeurs inégales, mais au sens de *l'inégalité dans l'accès à des échanges mutuellement avantageux*).

3. Essai de typologie des critiques possibles de l'accroissement (ou dans certains cas, du maintien) des facultés de contracter.

3.1 Les raisons de la critique

Considérons un certain nombre de raisons de critiquer l'accroissement des facultés de choix, qui paraissent illustrer les arguments rencontrés dans la section précédente :

- 1. l'altération éventuelle, par la teneur spécifique des nouveaux choix offerts, des positions de négociation des agents dans leurs choix ultérieurs ;

  C'était le cas par exemple avec la contestation du « Contrat Première Embauche » (due notamment à la perception d'un affaiblissement de la position des salariés par rapport aux employeurs) ; pour la lutte contre le proxénétisme ; la lutte contre l'entrée dans des filières d'immigration[20] favorisant l'exploitation (le maintien, à travers les relations de travail, dans des positions très subordonnées).

  Dans le cas du CPE, ou des contrats de travail sur de nouveaux objets (plus risqués que les activités traditionnelles), on rencontre une limitation de l'éventail des opportunités qui est liée à un déséquilibre (ou à un déplacement) de la balance des pouvoirs,

[20] Pour des discussions récentes sur les coûts économiques et les bénéfices des migrations internationales, voir notamment Brecher and Choudhri (1990), Freeman (1993), Kemp (1993), Wildasin (1994), and also Hammond and Sempere (1996). [Références chez P. Hammond.]

éventuellement renforcé par des normes sociales poussant à l'acceptation de ces contrats (avant, les patrons ou les firmes multinationales n'étaient pas en position de proposer telle chose et de la faire accepter, puis ils se trouvent en position de le faire).

A l'arrière-plan de ces différents exemples, on trouve une dissymétrie des positions des contractants dans les activités mises en cause, au moment du contrat ou ultérieurement[21].

- 2. l'altération éventuelle, par les choix effectués, des facultés de choix personnelles futures (si du moins on insiste sur le caractère satisfaisant des conditions du choix).

(C'est le cas par exemple de l'addiction par la drogue ou du choix de fermer les yeux sur l'immigration illégale qui favorise les filières de travail clandestin qui proposent des contrats léonins).

On doit observer que dans le cas de la drogue ou des contrats de travail risqués : la décroissance des opportunités dans la vie (celle qui motive les « restrictions paternalistes ») est fondée dans la nature des choses ; elle ne transite pas par des attitudes ou représentations des autres.

Les raisons 1. et 2. peuvent être regroupées au titre suivant : elles concernent l'une et l'autre une limitation, habituellement jugée regrettable, de la faculté de l'agent d'influer à l'avenir par ses actions sur sa propre situation. Dans le second cas, l'accent est mis sur les limites que l'agent s'impose à lui-même par ses choix présents ; dans le premier cas, l'accent porte plutôt sur les limitations qui tiennent à des rapports de force ou des rapports d'influence avec d'autres agents.

- 3. L'accroissement concomitant de pressions sociales reliées aux termes du choix, d'une manière qui peut conduire à des détériorations de la situation pour certains agents. Ce cas peut être illustré par le choix de vendre contractuellement des parties ou des produits de son corps.

- 4. Il y a enfin les externalités, qui consistent en effets adverses sur des êtres qui ne sont pas les contractants.

On peut songer aux effets adverses sur la sécurité des automobilistes de la vente libre de drogues diverses ; ou bien aux problèmes pour la sécurité des personnes qui dus à la vente

[21] Cela recoupe un argument classique des théories de l'autonomie : le choix retenu n'est pas sélectionné de manière autonome s'il est trop dépendant de rapports de force ou de rapports d'influence, ou encore, s'il est trop « contraint » du fait du caractère manifestement très mauvais des autres choix possibles.

libre des armes ; ou encore à la destruction d'animaux de laboratoire ou d'embryons humains dans des activités régies par des contrats, par exemple entre un hôpital et un laboratoire.

Dans des cas comme ceux des destructions d'animaux de laboratoires ou d'embryons, la reconnaissance d'un préjudice est rarement unanime. Néanmoins on peut dire que selon certaines manières de voir au moins, qui sont de fait représentées dans la société, le caractère volontaire des transactions entre les parties contractantes ne peut masquer l'existence d'un préjudice supporté par certains êtres susceptibles de préjudice, dans les activités soutenues par les échanges contractuels. On peut ajouter, secondairement, que l'existence même des activités controversées représente un certain « tort » subi par ceux qui s'opposent, d'un point de vue moral ou simplement émotionnel, à ces activités.

3.2 Les types de dommages potentiellement liés à l'accroissement des facultés de contracter

A l'arrière-plan (dans le choix des intitulés des lignes du tableau infra) : il y a une typologie plus élémentaire encore des effets négatifs possibles des contrats, eux-mêmes répartis, comme cela est habituel, en effets sur les parties prenantes (même si elles consentent aux contrats concernés) et effets sur les tierces parties.

Ce qui fait l'objet des critiques considérées, c'est l'accroissement d'ensembles des choix possibles d'un agent. Quel peut être l'effet de la disponibilité de l'ensemble formé par certains choix, eux-mêmes identifiés aux termes de différents contrats ?

La typologie retenue concerne les différents étages de l'insertion des contrats dans les pratiques :

(i) Effets liés aux actes prévus [concernant le fait que les contrats prévoient des choses relativement aux actes – ils « distribuent (ou réaménagent) des capacités d'action »].

(ii) Effets liés à l'insertion du choix de certains contrats (choisis, retenus) dans les capacités de choix [concernant le fait que les contrats prévoient des choses relativement aux autres contrats possibles : cf. les exemples de Christian Seidl].

(iii) Effets liés à l'insertion de la disponibilité de certains contrats dans les capacités de choix.

A ce niveau de généralité, cette énumération paraît complète.

Par « insertion dans les capacités de choix », nous voulons dire (conformément à ce que nous tirons des analyses d'A. Gibbard et de C. Seidl) que le fait de s'engager sur les termes d'un

contrat modifie la structure des opportunités en fait d'engagements possibles par ailleurs. C'est évidemment le lieu d'effets négatifs possibles.

Par « insertion de la disponibilité de certains contrats dans les capacités de choix », nous voulons dire que la présence même des alternatives sociales fixées par les contrats disponibles (abstraction faite des décisions individuelles de s'engager ou pas sur leurs termes) peut affecter les individus, et en particulier leur aptitude à tirer parti de leurs choix dans la vie sociale.

3.3 Un essai de typologie

Dans le tableau récapitulatif proposé, un même contrat peut engendrer des inconvénients se répartissant dans plusieurs catégories d'inconvénients possibles répertoriés. Nous ne prétendons pas que tous les arguments des types mentionnés soient décisifs (i.e. capables de contrebalancer d'autres arguments poussant dans une direction opposée) ni même automatiquement pertinents dans tous les cas mais nous tentons d'identifier les types d'arguments impliqués dans les critiques courantes, visant les accroissements des facultés de contracter.

Nous nous intéressons à des accroissements de facultés de choix contractuel qui peuvent provenir de réaménagements (juridiques en particulier) des formes possibles de contrats, sous l'angle des modifications induites dans les termes des choix réellement proposés aux acteurs sociaux. Nous voulons classer les arguments critiques qui peuvent être proposés alors même que les termes du choix deviennent plus nombreux tandis que les choix initialement possibles restent possibles, à un certain niveau de description au moins. On se situe donc dans les conditions où la critique est *a priori* la plus difficile.

Dans les débats concrets, pourraient intervenir, en théorie, des considérations relatives à la disponibilité de certaines formes nouvelles de contrats, dans le cas même où ces possibilités formelles nouvelles ne s'accompagnent pas de modifications dans les ensembles de choix auxquels font face réellement certains agents que l'on considère. Dans ce cas, des opportunités déjà présentes et accessibles antérieurement à ces agents leur sont simplement présentées d'une autre façon et assorties de conditions modifiées. Par exemple, une personne peut (1) se voir offrir la possibilité de signer un contrat X ou un contrat Y, (2) choisir le contrat X comme elle le faisait antérieurement, (3) considérer qu'elle n'a aucune chance de souhaiter conclure le contrat Y plutôt que le contrat X, et pourtant (4) se trouver mieux du fait que la possibilité formelle de conclure Y lui est ouverte (par exemple parce qu'une

discrimination arbitraire à l'encontre des personnes partageant avec elle une certaine caractéristique a disparu. A titre d'illustration : si une personne profondément anti-militariste se voit offrir la possibilité d'entrer dans l'armée à la suite de la disparition de mesures discriminatoires à l'encontre des femmes, on peut certainement considérer que, d'une certaine façon, sa situation s'améliore.

Les arguments à considérer dans le cadre de notre enquête pourraient alors être rapportés à des enjeux purement symboliques ; il est possible que de nouveaux contrats, qui n'altèrent pas réellement les opportunités des agents, comportent toutefois des réaménagements formels ou des conditions qui sont perçus négativement par les agents. L'exemple précédent comportait une amélioration de la situation mais, dans d'autres cas, il pourrait y avoir détérioration. Par exemple, si un nouveau contrat de travail vient à l'existence, qui est jugé insultant par une partie des salariés (disons, un contrat prévoyant la possibilité de travailler 20 heures par jour), dans le cas même où il n'y aurait ni contrat proposé ni pression sociale poussant à la conclusion de tels contrats – dans le cas, donc, où les états sociaux concrètement accessibles ne se modifient pas –,on peut certainement dire que la situation des salariés qui désapprouvent le nouveau contrat se détériore, pour des raisons symboliques qui concernent le respect et la dignité dans le traitement qui leur est réservé en tant que personnes et en tant que travailleurs.

Dans les débats concrets, interviennent des scénarios plus ou moins crédibles sur l'effet présumé de nouvelles possibilités de contracter sur des modifications réelles induites dans les ensembles d'opportunités des agents. Nous ne cherchons pas ici à contribuer à l'évaluation de la crédibilité de ces scénarios mais plutôt à cerner la nature des arguments fournis sur la base des hypothèses qu'ils incorporent.

Nous ne nous intéressons pas ici aux inconvénients des contrats qui se présentent de toute façon mais à ceux qui sont liés à l'accroissement des opportunités de contracter. Plus précisément, nous retenons l'hypothèse d'après laquelle les agents accomplissent le choix qui leur paraît le meilleur, et nous nous intéressons à l'éventuel accroissement des inconvénients (ou à la détérioration du bilan des avantages et des inconvénients) dans le cas du choix de la meilleure option disponible par chaque agent.

Nature des torts **B** / ***Engen-drement des torts*** **A**	Torts qui ne sont pas constitués par la référence à des normes du jugement (« torts liés à la nature même des choses »)	Torts « conventionnels » directs	Torts « conventionnels » indirects
Torts causés aux parties (volontairement) liées par contrat (à	- altérations des facultés de choix futures, de la santé… (ex. achat de	- désagréments subis dans l'accomplissement des contrats, liés	Actes prévus par de contrats de travail « à mauvaise réputation »

soi-même ou à autrui selon le point de vue retenu) par les actes autorisés ou prévus par les contrats.	drogue) - acceptation de travaux risqués - insatisfactions globales finalement engendrées par des contrats assurant des satisfactions partielles Dans ces différents cas de figure, des options nouvelles peuvent être attrayantes mais être associées à des regrets éprouvés *ex post*.	aux actes prévus, et liés à l'intériorisation de normes sociales conventionnelles qualifiant négativement ces actes. - inconvénients durables du point de vue de l'estime de soi ou de la confiance en soi.	(mais pas aux yeux de ceux qui les pratiquent), donnant lieu à discriminations, difficultés d'insertion diverses, etc. (ou même simplement à un défaut d'estime sociale dans les cas les plus clairement conventionnels).
Torts causés aux parties liées par contrat par l'altération des capacités sociales de choix du fait du contrat lui-même.	Acceptation de contrats de travail offrant peu de garanties (type CPE) ou comportant de la soumission à l'arbitraire (proxénétisme, filières de travail clandestines, … pouvant mener à des configurations de danger physique, de violence) et/ou exposant à l'exercice d'une contrainte étatique.	Perte de l'estime de soi ou de la confiance en soi provenant du fait d'être engagé dans une condition sociale jugée anormale ou indigne.	Appauvrissement de la vie sociale du fait d'effets de mauvaise réputation liés à une fonction, à l'accomplissement du contrat.
Torts causés aux parties liées par contrat du fait de l'altération des capacités sociales de choix à cause de la disponibilité de certains contrats.	Rien de plus qu'en A2-B1 : le tort éventuel vient du fait qu'un contrat est accepté, sans implication supplémentaire de l'éventail même des contrats possibles)	Rien de plus qu'en A2-B2 : le tort éventuel vient du fait qu'un contrat est accepté, sans implication supplémentaire de l'éventail même des contrats possibles).	Effets de mauvaise réputation liés à l'attitude face à l'éventail des choix (en particulier dans le cas d'une attitude négative ou velléitaire).
Torts causés à une tierce partie par les actes autorisés ou prévus par les contrats.	- Ex. (torts physiques) tabagisme passif, accidents de la circulation liés à des contrats de vente de drogue. - Ex. (torts liés à l'envie ou à la jalousie) : sentiments adverses éprouvés par le jaloux devant la jouissance liée pour autrui à l'obtention d'un certain bien (par contrat) et des actes que cela rend possible.	- mal-être éprouvé devant les raisons pour lesquelles on est né (dans le cas d'arrangements contractuels que l'on désapprouverait) - sentiments de mal-être éprouvés par les opposants aux pratiques contractualisées	- sentiments de culpabilisation éprouvés, en raison de leurs opinions, par les opposants aux pratiques contractualisées (phénomène de « politiquement correct ») ; - chute de la valeur de ses biens immobiliers à cause de la vente légale de stupéfiants dans les parages.
Torts causés à une tierce partie par l'altération des capacités sociales de choix du fait du contrat lui-même	- Ex. handicaps (qui affectent les capacités de choix) causés à la victime d'un accident de la route lié à la consommation de drogue. - Ex. (torts liés au dépit d'être exclu de certaines possibilités du fait de l'existence du contrat) : dépit de ne pas pouvoir se procurer le bien acheté par autrui (et non proposé à la revente).	Perte de confiance en soi du fait d'être isolé dans sa communauté du fait des choix de travail de la majorité des membres de la communauté.	Effets de réputation adverses liés au fait d'être isolé dans sa communauté du fait des choix de travail de la majorité des membres de la communauté.
Torts causés à une tierce partie par l'altération des capacités sociales de choix à cause de la disponibilité de certains contrats	- Ex. disponibilité de nouveaux contrats de travail (moins favorables). - Ex. sentiments de frustration liés à l'apparition de nouveaux produits que l'on n'a pas les moyens de se procurer.	Altération des termes du choix du fait de l'anticipation de sentiments de honte, culpabilité ou regret. Exemple : pour des personnes qui ne peuvent, faute de moyens, conclure des contrats ou réaliser des achats nécessaires pour se conformer à une certaine norme sociale (qu'elles estiment justifiée) ou pour atteindre un certain niveau de prestige social (dont elles estiment bien fondées les conditions d'attribution).	Altération des termes du choix du fait de l'anticipation d'effets adverses de réputation. Exemple : pour des personnes qui ne peuvent, faute de moyens, conclure des contrats ou réaliser des achats nécessaires pour se conformer à une certaine norme sociale (qu'elles n'estiment pas forcément justifiées mais dont la violation a des conséquences adverses pour elles) ou pour atteindre un certain niveau de prestige social (dont elles n'estiment pas forcément bien fondées les conditions d'attribution mais qu'elles désirent pourtant).

Les capacités sociales de choix, ici, incluent ce qui transite par l'évolution des capacités de négociation. Les « torts conventionnels directement subis » ont les caractéristiques suivantes : (1) ce sont des torts qui sont liés à des choix conventionnels (sociaux) concernant les activités ou des choix de vie convenables ou non convenables.

(2) les individus concernés endossent eux-mêmes les normes sociales qui les pénalisent (en lien avec leurs activités contractuelles passées), ce qui peut donner lieu à de la honte, à des regrets, à une mise en question de l'estime de soi ou de la confiance en soi …

Les « torts conventionnels indirects » ont les caractéristiques suivantes :

(1) ils sont « nichés » dans des effets de réputation, de ségrégation, etc., qui occasionnent des torts pour les individus mais sans que ces individus éprouvent eux-mêmes de la honte ou du regret en liaison avec les activités contractuelles visées.

(2) ce sont des torts qui sont liés à des choix conventionnels (sociaux) concernant les activités ou des choix de vie convenables ou non convenables.

En A1-B2 et A1-B3, les torts conventionnels sont liés à la nature même des activités autorisées ou prévues par les contrats considérés. Si ces contrats sont conclus, c'est qu'ils représentent *ex ante* la meilleure option pour les agents ; néanmoins, il se peut que du fait de pressions sociales ou du souci personnel de se conformer à des normes, la situation se détériore du fait de l'apparition de nouvelles opportunités de contrat.

En parlant de torts conventionnels, on ne veut pas dire qu'il n'y ait pas *aussi*, dans le cas d'espèce, des dommages objectifs. Il peut y avoir des dommages objectifs et, par ailleurs, un élément conventionnel dans la manière de les pondérer face à des avantages et face à d'autres dommages, moins objectifs. En isolant dans la première colonne les arguments reposant sur des dommages objectifs, on veut rappeler que, dans certains cas, seuls des dommages de ce genre interviennent dans l'argumentation, ce qui est habituellement lié à une plus grande force des arguments présentés, sauf si ces dommages apparaissent liés à la présence chez l'agent de sentiments spécifiques et jugés peu appropriés. Il peut en aller ainsi, dans de nombreux cas, pour l'envie et la jalousie. Les inconvénients résultant de ces sentiments sont aussi assez largement des inconvénients des formes sociales d'échange, et donc des contrats. En ce qui les concerne, l'intérêt de la classification est précisément d'opérer ce rapprochement et d'en décrire les principales modalités. En les envisageant de cette manière, on voit que les arguments de cette sorte concernent bien d'éventuels inconvénient de l'accroissement du droit de contracter (ou du domaine des contrats possibles) et non pas simplement la manière dont l'envie et la jalousie trouvent un aliment dans tels ou tels développements de la vie sociale (par exemple, la vie « moderne », la vie citadine, les commodités apportées par la civilisation ou les échanges internationaux, etc.).

La différence essentielle qui motive un traitement isolé des cas comportant des dommages objectifs est la suivante : dans de tels cas, si l'argumentation reposant sur les dommages est

jugée convaincante, on est certain que cette argumentation sera en partie indépendante des jugements sur l'opportunité ou non d'accepter les jugements présents dans la société.
Dans les autres cas, au contraire, on peut être amené à se laisser convaincre sur la base de l'identification de certains torts, alors même que ces torts n'existent réellement que du fait de l'endossement, par les uns ou les autres, de principes de jugement qui restent par ailleurs contestables. Il y a alors un enchâssement des jugements normatifs, ceux que l'on prononce présupposant d'autres jugements (que l'on n'approuve pas forcément par ailleurs).
Les « insatisfactions globales engendrées par des contrats assurant des satisfactions partielles » renvoient à (1) ce qui est lié à la dépréciation de l'avenir (les contrats peuvent reposer sur des préférences pondérant trop certaines périodes de la vie au détriment des autres), (2) ce qui est lié à l'attrait psychologique prédominant de satisfactions selon certaines directions seulement (par ex. dans les termes de Marshall : ce qui contribue au plaisir, qui n'est qu'une dimension du bien-être). Il peut y avoir une insatisfaction globale associée *ex post* à un choix qui semblait bon : il y a alors *regret*. Nous incorporons dans la classification le cas d'une aggravation de l'insatisfaction globale du fait de la disponibilité de nouvelles options.

Faisons encore les observations ponctuelles suivantes à propos de la typologie proposée. En A1-B1, nous soulignons le problème suivant : même en présence de dommage objectif, il peut y avoir un élément conventionnel (ou anthropologique ?) dans la manière de pondérer ce dommage par rapport à d'autres considérations, comme l'autorité du libre choix ou la souveraineté du consommateur. En A2-B1, les torts sont objectifs mais engendrés par des altérations des positions dans l'interaction sociale. On rencontre dans la ligne A3 des altérations qui concernent en particulier les termes du choix pour les agents, en lien avec des anticipations adverses contrefactuelles (dans l'hypothèse de tel choix) concernant des effets de réputation, et/ou en lien avec des sentiments de honte, culpabilité, etc.

En A1 B2 : les individus, qui endossent des normes sociales jugeant de manière négative les actes prévus par les contrats (et qui en souffrent ponctuellement ou durablement), peuvent néanmoins accepter les contrats qui sont en cause parce que, tout bien pesé, ces contrats présentent plus d'avantages que d'inconvénients dans les circonstances. Or, notamment du fait du rapport aux normes sociales en question, il est possible que l'accroissement des facultés de contracter s'accompagne d'un accroissement des inconvénients, même dans le cas où l'agent choisit toujours ce qui est le mieux pour lui.

A propos de A1 B3, on peut se poser la question suivante : y a-t-il un « entre-deux » de contrats qui peuvent être acceptés volontairement et institutionnalisés et qui suscitent des

réticences de fond chez certaines personnes, donc de la mésestime (ex. mères porteuses, prostitution, vente légale de stupéfiants, etc.) ? Quelle est la frontière, dans les opinions ou attitudes négatives qui se manifestent, entre les conventions culturelles et les constantes anthropologiques ou psychologiques ?

Les cases A4-B1, A5-B1 et A6-B1 regroupent notamment différents cas de figure associés à des phénomènes d'envie ou de jalousie réellement éprouvés par l'agent. Par exemple, on peut répartir dans ces cases différents effets décrits par Rousseau, concernant les inconvénients éprouvés par certains devant la jouissance de certains biens par d'autres, ou devant les prérogatives dont jouissent les autres et dont on est exclu du fait de la forme des contrats signés (ainsi, il peut m'être impossible d'acheter un bien immobilier que je convoite, parce que quelqu'un d'autre l'a déjà acheté et n'entend pas le revendre). Ou encore, les inconvénients ressentis du fait que des contrats disponibles existent, que l'on n'a pas les moyens de conclure, cette impossibilité suscitant une frustration spécifique.

Conclusion

Notre propos a consisté à dégager et à classer les raisons de principe pour lesquelles *tout* accroissement de la liberté d'échange ou de contracter n'apparaît pas bénéfique. Une position strictement libertarienne en matière de défense de la liberté d'échange n'est pas tenable, dans la mesure où elle tend à ignorer que la liberté de contracter s'accomplit dans un contrat où s'opère, de façon immanente et inévitable, un réaménagement de la contrainte mais aussi un réaménagement des opportunités qui s'offrent à la liberté de choix des agents concernés par le contrat comme à celles qui s'offrent à des tierces parties. La défense sans nuance du libre échange tend enfin à minimiser le rôle et l'influence des pressions sociales auxquelles les individus s'exposent, lorsqu'ils font usage de leur faculté de choix. Ce sont là à la fois des arguments qui peuvent convaincre d'un point de vue normatif, et des arguments qui structurent les débats et la délibération.

Il ne s'est pas agi de récuser les aspects avantageux du libre échange et de l'accroissement des possibilités d'échange, mais seulement d'identifier et de classer les raisons pour lesquelles on pense pour de bonnes raisons, dans certains cas au moins, que l'accroissement de la liberté d'échange n'est pas souhaitable. La liberté de contracter est *souvent* bénéfique ou positive mais il a fallu mettre en question, et rejeter, l'argument qui fait de la liberté des échanges une valeur en soi. L'accroissement de la liberté a, dans certains cas, un coût et souvent, dans ces

cas, un coût non négligeable. C'est l'ensemble de ces propriétés que nous avons voulu systématiquement répertorier : effets directs et indirects des contrats et de leur disponibilité, effets « objectifs » ou liés à des torts conventionnels sur les parties concernées par le contrat ou bien sur des tierces parties, altération des positions de négociation des agents dans leurs choix ultérieurs, altération par les choix effectués des facultés de choix personnelles futures, altération des capacités sociales de choix du fait du contrat lui-même, du fait des actes autorisés ou prévus par le contrat ou du fait de sa disponibilité même. A ce stade du travail engagé, telle est notre contribution à la réflexion sur les raisons qui sous-tendent l'usage politique et social des normes de libre échange contractuel.