

*REVUE
INTERDISCIPLINAIRE
D'ETUDES
JURIDIQUES*

1987.19

SOMMAIRE DU NUMERO 1987.19

S. JACKSON,	<i>Rationalité consciente et inconsciente dans la théorie du droit et la science juridique</i>	1
J. ROUSSEAU,	<i>Les droits de l'homme de la troisième génération ...</i>	19
Ph.J. SALAZAR,	<i>De la terreur banale et générale</i>	33
N. INTZESSIOGLOU,	<i>Essai d'élaboration d'un programme de recherche scientifique interdisciplinaire pour l'étude du phénomène juridique</i>	43
F. TANGHE,	<i>Au-delà ou en deçà de l'utopie libérale ?</i>	83
COMPTES RENDUS,		
- F. OST et M. van de KERCHOVE,	<i>Jalons pour une théorie critique du droit (P. BOITTE)</i>	113
- A propos du livre "Jalons pour une théorie critique du droit". La rationalité et la souveraineté du législateur face au jugement de constitutionnalité (M.Fr. RIGAUX).....		125
- M. van de KERCHOVE, <i>Le droit sans peines</i> (Br. DAYEZ).....		135
- J. RAWLS, <i>Une théorie de la justice pour notre temps</i> (F. OST)		141
- <i>Droit, nature, histoire</i> (L. WINTGENS)		145
- <i>L'analyse économique du droit, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1987.2</i> (A. STROWEL)		151

L'analyse économique du droit,

*Revue de la recherche juridique,
Droit prospectif*, 1987-2, pp. 409-785.

Il s'agit, à ma connaissance, du premier recueil d'articles publié en langue française et consacré à l'analyse économique du droit.

La bibliographie qui se trouve à la fin du volume - et dont l'intérêt est accru par un classement assez affiné des titres en fonction de divers thèmes - atteste d'ailleurs à suffisance l'absence d'ouvrages francophones dans le domaine, si l'on excepte cependant les contributions de H. Lepage (1).

C'est dire qu'il faut, comme pour toute naissance, se réjouir. Ce qui n'empêche pas de s'interroger, toute naissance apportant son lot d'incertitudes et de problèmes.

1. A commencer sur *l'avenir*, si pas la viabilité, *de ce mouvement d'analyse du droit en France*, qui y est, contrairement au cas de l'Allemagne et bien entendu des pays anglo-saxons, encore très embryonnaire. C'est d'ailleurs sur cette question que s'ouvre le volume.

1.1. Dans son éditorial, C. Atias souligne, à juste titre, qu'en matière d'A.E.D. (2), il est question de prospective juridique et il cite pêle-mêle plusieurs obstacles au succès de l'analyse économique du droit en France : les spécialisations disciplinaires, l'utilisation par les auteurs d'un langage souvent mathématique (et graphique), l'emploi généralisé de l'anglais dans les écrits scientifiques, l'application de l'analyse à des institutions étrangères à la tradition du droit civil...

(1) Il s'agit de *Demain, le Capitalisme*, Hachette, 1978, voir le chap. IV et *Pourquoi la propriété ?*, Hachette, 1985. En dehors de cela, il n'existe que quelques rares articles plus ou moins disséminés à travers les revues. Outre ceux que nous citerons ci-après, notons les articles déjà publiés dans la R.I.E.J. : L. d'Ursel, *L'analyse économique du droit des contrats*, in R.I.E.J., 1985, 14, pp. 45-87; B. Bouckaert, *L'analyse économique du droit : vers un renouveau de la science juridique ?*, in R.I.E.J., 1987, 18, pp. 47-61 et A. Strowel, *Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et Posner*, in R.I.E.J., 1987, 18, pp. 1-45.

(2) Ces trois lettres me servent à désigner l'approche économique du droit.

1.2. E. Mackaay, qui a par ailleurs brossé un remarquable panorama du mouvement de l'A.E.D. (3), reprend ici la question de la réception dans les pays francophones de ce courant qu'on appelle aussi "law and economics". Il rappelle d'abord que l'histoire de l'A.E.D. peut se découper en trois épisodes. Le premier, qui couvre les années 1957 à 1972, est une phase d'exploration menée par des économistes. En 1972, avec la parution du livre de Posner, *Economic Analysis of Law*, le mouvement essaim et gagne les juristes : c'est la mise en place d'un nouveau paradigme. Depuis 1980, apparaissent de profondes dissensions dans le mouvement : c'est la période de l'éclatement du consensus scientifique. A côté de la conception posnérienne, rivalisent désormais une conception contractualiste (J.M. Buchanan, G. Tullock), une conception libertarienne (R. Nozick, P. Lemieux) et une conception autrichienne du droit (son origine se trouve chez C. Menger, L. von Mises et F.A. Hayek et ses partisans sont I. Kirzner, M. Rizzo). Le numéro de la revue, dont il est ici question montre à merveille qu'il n'existe plus aujourd'hui une seule analyse économique du droit mais des approches économiques du droit. En effet, à sa lecture, on perçoit nettement, d'une part, l'alignement assez marqué des contributions françaises sur les thèses autrichiennes et néo-libérales, d'autre part, l'inscription des études signées par des auteurs originaires d'outre-Atlantique dans le paradigme dominant de l'A.E.D., même s'ils en contestent parfois la rigidité et l'assortissent de réserves. Davantage : on assiste à une tentative de C. Atias, C. Mouly, J.Y. Cherot, J.-P. Centi et J. Garelo pour désenclaver l'approche économique du droit de sa gangue néo-classique, pour substituer, comme chef de file, Hayek à Posner, bref pour revenir de l'école de Chicago à celle de Vienne. Ce déplacement facilitera-t-il pour autant la pénétration dans le monde francophone de l'analyse économique du droit ?

La question est importante. Elle reste ouverte.

Si, comme l'a souligné E. Mackaay (p. 422), l'embourbement de l'A.E.D. dans le débat politique et idéologique est un obstacle décisif à sa percée dans le monde scientifique, on peut craindre que l'approche autrichienne plus marquée idéologiquement que l'approche néo-classique, ne facilite pas la réception de l'analyse économique dans les facultés de droit. Et E. Mackaay recommande dès lors de

(3) E. MACKAAY, *La règle juridique observée par le prisme de l'économie - une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit*, in *Revue internationale de droit économique*, 1986, t. 1, pp. 43-88.

perfectionner l'A.E.D., avant de s'attacher à des exercices de politique législative.

Plus pratiquement, il importe à des juristes plutôt qu'à des économistes de multiplier les ouvrages d'introduction à la méthode d'analyse économique et de faire le lien avec les oeuvres de doctrine, telles celles de Ripert, Carbonnier, Tunc. Ces initiatives, combinées à l'organisation de nombreux séminaires de formation, devraient, aux yeux de E. Mackaay, permettre d'atteindre "la masse critique" nécessaire à l'apparition d'un véritable débat en France et dans les pays francophones.

2. On peut ensuite s'interroger avec B. Ackerman, professeur à New-York, sur *les différentes sortes de recherches en "droit et économie"*. B. Ackerman en distingue deux : d'une part, celle menée par l'économiste du droit qui, en tant qu'observateur neutre du système juridique, contribue à la "méta-conversation concernant la vérité du droit", d'autre part, celle du juriste-économiste qui, en tant que personnage engagé, participe au "dialogue primaire des décideurs juridiques" en vue de les convaincre à prendre des décisions dans un sens plutôt que dans un autre (p. 433). C'est donc, me semble-il, l'appartenance à ce qu'on pourrait appeler un "jeu de langage" différent qui fonde cette dichotomie relevée par B. Ackerman.

A propos des économistes du droit, il ajoute qu'ils ne peuvent, dans leur contribution indéniable à l'intelligence académique du droit, faire l'économie des approches sociologiques, psychologiques et anthropologiques, même si elles "apportent des considérations particulières inconciliables avec la pensée néo-classique" (p. 432).

Quant aux juristes-économistes, il y a les durs, ceux qui sont imprégnés par l'école de Chicago et "pensent que la seule forme d'argument juridique approprié est celle qui est acceptable aux yeux des économistes" (p. 433) et les souples, ceux qui se rattachent à l'école de Yale et soutiennent une conception plus complexe des discours juridiques primaires. C'est dans cette catégorie que B. Ackerman se range.

Pour terminer, il formule les questions de savoir si l'intégration de l'analyse économique du droit dans le répertoire dialogique des arguments admis dans une culture juridique changera les solutions juridiques et si cette reconstruction de la culture juridique est une bonne chose (p. 438). Il n'y répond pas directement. Tout au plus, souligne-t-il, sans être très clair sur ce point, le fait qu'il faudra transcender les deux formes de recherche en "droit et économie" présentées ci-dessus

et amender le modèle néo-classique, qui entretient une vision très réductionniste de la culture en général et du dialogue en particulier (p. 439). Seule une approche interdisciplinaire qui tienne compte de la dimension symbolique semble à même d'y contribuer (pp. 439-441).

3. Les trois contributions qui suivent s'attachent à tracer *les limites de l'approche économique dans sa présentation posnérienne*.

3.1. J.-Y. Cherot distingue trois thèses au coeur de la synthèse posnérienne (4). La première porte sur le comportement (rationnel) de l'homme et conduit à appliquer l'individualisme méthodologique à l'étude du rôle de la règle de droit. La seconde, c'est la conception instrumentale de la règle de droit selon laquelle la règle de droit est adoptée pour produire certains effets. Celle-ci est rejetée par J.Y. Cherot au motif qu'"elle transforme tout le droit en technique d'intervention" (p. 455). Pour lui, il faut au contraire, à la suite de Hayek, considérer le droit comme un système de règles abstraites, dépourvues d'objectif. La troisième thèse, la plus centrale, "consiste à édicter des critères de décision pour l'Etat dans la détermination du contenu de la règle de droit" (p. 446). Le critère avancé par l'A.E.D., celui de la maximisation de la richesse, se ramène, en définitive, au critère parétien d'efficience selon lequel aucune amélioration ne peut être apportée à la situation d'un individu sans diminuer celle d'un autre. En tant que tel, ce critère est redevable des mêmes critiques que la théorie normative du bien-être; il se heurte notamment au problème de la détermination des préférences des individus et de leur appréciation de la valeur des biens (p. 449).

3.2. J.-P. Centi reprend, en l'approfondissant, cette critique de la troisième thèse et en vient à proposer un critère d'efficience "plus conforme au contenu de l'individualisme méthodologique" (p. 465).

L'efficience est, en ce sens, celle avec laquelle un "système permet aux membres individuels qui le composent d'atteindre leurs divers buts" (p. 466 qui reprend la définition donnée par I. Kirzner). C'est par son caractère subjectif que ce critère se distingue du critère objectiviste de Pareto. Subjectif, il l'est en ce que l'efficience s'apprécie exclusivement par rapport aux buts individuels, eux-mêmes dérivés de

(4) Il serait intéressant de comparer cet article avec celui de L.A. Kornhauser qui distingue, lui, quatre thèses centrales dans l'A.E.D. (voir *Revue de Synthèse*, n° 118-119, avril-septembre 1985, pp. 313-329).

préférences subjectives. En définitive, est efficace le système qui laisse la plus grande marge de liberté, c'est-à-dire, dans tous les cas, le système de marché. Encore faut-il que les droits de propriété, premier pilier de l'analyse économique selon J.-P. Centi, soient attribués de façon à constituer des structures d'incitation (p. 467). Autrement dit, dans cette version de l'A.E.D., l'attribution originaire des droits de propriété est décisive et évaluée par rapport au concept de liberté (p. 468), alors que, selon la version posnérienne qui s'appuie sur le théorème d'invariance de Coase, il n'est (en cas d'absence de coûts de transaction) pas important de savoir comment les droits de propriété privée sont définis car le résultat des transactions sera toujours Pareto-optimal. Tandis que la séquence analytique de Posner se ramène au duo efficacité-droits de propriété (une solution efficace pouvant, sous réserve de coûts de transaction, résulter de n'importe quelle répartition des droits et toute attribution de droits pouvant être expliquée par le critère d'efficacité), J.-P. Centi met en place une séquence analytique du type efficacité-droit de propriété-liberté qui évite le reproche de circularité adressé à l'analyse posnérienne (notamment par R. Dworkin).

3.3. C. Atias aborde, lui, une autre critique qui a été faite à l'A.E.D. et qui découle aussi de l'utilisation comme critère d'efficacité du critère de maximisation de la richesse : en effet, l'opérationnalité de ce critère exige la traductibilité en termes monétaires de toutes les préférences et valeurs.

Quid, dès lors, de la distinction juridique du patrimonial et de l'extra-patrimonial, qui sépare ce qui a principalement une valeur pécuniaire et ce qui n'est pas susceptible d'une telle évaluation ? L'A.E.D. qui, logiquement, dépend pour son application pratique de l'existence de prix, fussent-ils implicites, peut-elle tenir compte, voire rendre compte, de cette frontière au risque, sinon, de se heurter ouvertement aux juristes, généralement déjà soucieux de dénoncer la patrimonialisation croissante de la personne humaine ? La question est centrale (5).

C. Atias est confiant et estime que la distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial permet de tester la possibilité et la fécondité d'une collaboration entre juristes et économistes. Un premier prérequis

(5) Notons déjà que le prochain numéro de la *R.I.E.J.* publiera une étude de K. Raes qui traite ce problème critique et ce, à travers l'analyse économique du droit de la responsabilité.

consiste à s'accorder sur les fonctions à remplir par les règles de droit. Hayek offre précisément "une bonne base pour un accord minimum" (p. 483) lorsqu'il avance que la règle de droit "sert... un ordre qui s'est formé de lui-même" et que "le but des règles doit être de faciliter l'ajustement et le repérage commun des anticipations qui conditionnent la bonne fin des projets des intéressés" (6). Ensuite, il faut mesurer, comprendre, pour finalement réduire l'écart entre la position du juriste, selon laquelle l'ajustement des anticipations mettant en cause la personne, l'extra-patrimonial, ne peut être réalisé par les mêmes règles que celui des anticipations relatives aux choses, et la critique de cette idée par l'économiste. Pour ce faire, d'une part, C. Atias décrit le phénomène de patrimonialisation du droit (français) qui, en soulignant le déplacement de la frontière entre le patrimonial et l'extra-patrimonial, contraint le juriste à relativiser cette distinction et à repenser les justifications sur lesquelles elle repose; d'autre part, et à l'inverse, il souligne la spécificité du concept de propriété dans la tradition du droit civil qui exclut son application à la personne humaine.

Si elle méconnaît la précision d'une notion comme la propriété civile, l'analyse économique risque de disqualifier sa position aux yeux du juriste; il importe, dès lors, que l'approche économique intègre les particularités d'une culture juridique pour pouvoir ensuite s'y intégrer. Telle est, selon C. Atias, une condition de réception de l'A.E.D. dans le monde juridique francophone. Et C. Atias de plaider, en conséquence, pour une forme d'interdisciplinarité qui permette d'éviter à la fois le constructivisme résultant du remplacement de la culture juridique par une culture économique et le repli sur soi des juristes qui laisseraient "se développer en dehors d'eux une A.E.D." (p. 494) ?

4. Parmi les rapports d'application qui font suite aux rapports que je viens de présenter, celui de S. Rose-Ackerman mérite d'être mentionné ici dans la mesure où il prolonge l'exposé de C. Atias par une longue et pénétrante analyse de la notion d'inaliénabilité, caractéristique du domaine extra-patrimonial.

On a là, bien évidemment, une notion qui résiste à l'analyse économique et qui a été, de façon un peu rapide, condamnée par les économistes comme inefficace. Néanmoins, et c'est ici qu'apparaît l'équilibre délicat de la thèse de S. Rose-Ackerman, son utilisation peut être légitimée et clarifiée par une "analyse économique" - l'efficacité

(6) *Droit, législation et liberté*, vol. 1, Règles et ordre, P.U.F., 1973, pp. 142 et 117.

pouvant exiger des restrictions à la propriété - conjuguée avec la prise en considération d'objectifs de justice distributive et de nécessités découlant du fonctionnement responsable d'un Etat démocratique (p. 535).

D'autres rapports d'application font, eux, preuve de moins de nuances dans leur analyse économique des clauses de prix imposées en cas de distribution sélective (H. Lepage) ou des indemnités de licenciement (B. Lemmennicier). Il faut encore mentionner les diverses contributions qui abordent la question de la déréglementation qui sont regroupées dans la deuxième partie du volume à titre "d'illustration particulière de l'application de concepts économiques à l'étude des règles de droit" (p. 641).

5. Pour conclure.

"L'analyse économique du droit, écrit C. Atias dans son éditorial au volume, a déjà fait ses preuves. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer son utilité" (p. 409) (je souligne). N'est-ce pas là une pétition de principe aux relents tautologiques ? le point de départ d'une réflexion qui marque d'entrée de jeu un point d'arrêt de la pensée ? l'ouverture d'une piste scientifique déjà refermée sur l'affirmation d'un prétendu succès ? Ecueils à éviter si l'on veut comprendre sans refuser de juger l'A.E.D., son intérêt, sa fécondité éventuelle.

Pour mieux appréhender l'approche économique et pouvoir éventuellement saisir son apport par rapport à d'autres approches du droit, il convient de tracer des distinctions entre les variantes de l'A.E.D. C'est sur le constat de l'éclatement de l'A.E.D., et sur ce point seulement, que je reviens ici; j'y vois un préalable indispensable à toute évaluation de l'approche économique.

Qu'est-ce qui différencie les deux versions majeures de l'A.E.D., l'approche néo-classique et l'approche autrichienne ? Plusieurs points techniques sans doute, comme l'avait déjà souligné E. Mackaay (7). Il me semble qu'un bon procédé de mise en contraste consiste à situer ces deux versions sur une échelle de variation allant du kantisme à l'utilitarisme, chaque déplacement le long de cette échelle apportant une inflexion différente, un accent spécifique. C'est à un exercice de modulation semblable que F. Ost (8) s'est adonné à propos de Rawls.

(7) E. MACKAAY, *op. cit.*, pp. 74 et sv.

(8) F. OST, *Théorie de la justice et droit à l'aide sociale. Logique du droit ou logique de l'intérêt ?*, à paraître.

F. Ost a ainsi très bien montré que la théorie de Rawls évolue entre la justice et le bonheur, entre l'affirmation de la liberté et les exigences de l'égalité, entre la question de la moralité et celle de l'utilité. Et le pari de Rawls, c'est de réaliser la réconciliation de Kant et de Bentham. C'est là sans doute un pari qui ne peut être vraiment tenu; et F. Ost de souligner les tensions qui parcourent l'oeuvre de Rawls, la persistance d'un tiraillement, générateur d'ambiguïté, entre l'a priori kantien et le calcul utilitariste.

Qu'en est-il de l'A.E.D., dans sa version posnérienne tout d'abord ?

Selon J.-P. Centi (p. 459), Posner recherche un compromis entre l'utilitarisme et la philosophie kantienne. Posner lui-même, après avoir critiqué la philosophie de Rawls dans laquelle il discerne une "tendance du kantisme à se fondre dans l'utilitarisme" (9), prétend, avec l'analyse économique, proposer "un système moral alternatif tant par rapport à l'utilitarisme qu'au kantisme" (10). Il développe l'idée que le principe de maximisation de la richesse fait de l'approche économique un "utilitarisme sous contrainte" en ce qu'il admet des éléments kantien (le concept d'autonomie ou de consentement) à côté de la composante utilitariste.

Alors que ce principe mixte permet, selon Posner, d'éviter, d'une part, les dangers résultant du "formalisme" kantien et de "l'excès de scrupules moraux", d'autre part, les monstruosité justifiées par l'utilité, comme, par exemple, l'esclavage, le principe bâtard de la maximisation de la richesse combine, d'après A. Kronman, "les vices des deux approches et les vertus d'aucune" (11). Pour A. Kronman ainsi que pour R. Dworkin (12), l'approche posnérienne échoue dans sa tentative d'imposer des limites à l'utilitarisme par le respect d'un a priori de type kantien. Il serait intéressant de reprendre ailleurs cette discussion en détail. Ce qui m'intéresse ici : montrer que, si l'entreprise posnérienne se solde par un échec, elle n'en témoigne pas moins du souci d'accommoder kantisme et utilitarisme.

(9) R. POSNER, *Utilitarianism, economics and legal theory*, in *Journal of Legal Studies*, 8, 1979, p. 118.

(10) *Ibidem*, p. 119.

(11) A. KRONMAN, *Wealth maximisation as a normative principle*, in *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, p. 228.

(12) R. DWORKIN, *Is wealth a value ?*, in *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 237.

L'approche autrichienne, relayée par le groupe de juristes et économistes de l'université d'Aix-Marseille, va d'emblée plus loin : elle rejette de façon radicale toute considération utilitariste tout en repoussant, de façon moins définitive, l'approche kantienne.

C. Atias, convaincu que "la doctrine kantienne du droit ne peut ... aider à comprendre le phénomène juridique" (p. 481), rejette, à la suite de M. Villey, la théorie subjectiviste de Kant, sa théorie du droit naturel des êtres humains. Par contre, il lui semble que l'A.E.D. et le droit naturel classique soient conciliables (p. 482). Si l'on retourne à la théorie hayékienne du droit, dont s'inspire C. Atias & Cie, on voit cependant qu'elle cadre partiellement, comme le dit lui-même Hayek, avec le système kantien du droit dans lequel les lois juridiques, devant faire abstraction de nos objectifs, ne font que borner notre exercice de la liberté (13).

De l'autre côté, l'éradication de la dimension utilitariste se fait au nom d'une défense dogmatique - selon l'expression de Hayek - de la liberté. La liberté ne pouvant jamais devenir un instrument de bien-être, l'approche autrichienne fait l'apologie inconditionnelle du (libre) marché. En cela, elle s'oppose à "la défense instrumentaliste du marché", dont un exemple réside dans la position posnérienne selon laquelle le marché, s'il est, en général, le meilleur moyen d'assurer l'allocation efficace des ressources, n'en reste pas moins subordonné aux exigences de l'efficacité générale, ou du bien-être. Si l'optique de Posner maintient la question des fins collectives, même si les fins se réduisent à l'efficacité interprétée étroitement comme maximisation de la richesse, le point de vue autrichien met en avant un critère d'efficience - permettre à chacun d'atteindre au mieux ses propres buts - qui "ne porte pas sur les fins, mais seulement sur les moyens adoptés pour atteindre ces fins" (p. 466). Comme le souligne B. Manin (14), l'approche autrichienne, radicalement libérale, élimine toute problématique et toute discussion des fins et, par là même, la tradition classique et aristotélicienne qui s'efforçait de penser la politique et le droit à partir des idées de bien et de "bien-vivre".

La présentation de l'A.E.D. réalisée dans la revue de recherche juridique pose donc beaucoup de questions qui constituent autant de pistes pour de futures recherches.

(13) Voir F.-A. HAYEK, *op. cit.*, t. 2, pp. 51 et 196 note.

(14) B. MANIN, *F.-A. Hayek et la question du libéralisme*, in *Revue française de science politique*, 1983, n° 1, pp. 60 et sv.

Il faudrait, dans une perspective plus pratique, montrer comment les diverses positions des partisans d'une A.E.D. par rapport à l'axe kantisme-utilitarisme engagent leur réponse au problème urgent et actuel des crises conjuguées de l'Etat de droit et de l'Etat-Providence. Il faudrait, en outre, retracer en détail une généalogie entre le droit naturel classique, la théorie hayekienne du droit et la mise en place d'une nouvelle version de l'approche économique du droit. On pourrait également s'attacher à mieux dégager la lame de fond qui porte cette nouvelle vague dans la théorie du droit - n'y trouverait - ou pas un économisme bien campé et son corrélat (15), à savoir un relativisme profond à l'égard des valeurs, chacun poursuivant une fin purement privée à l'abri d'une reconnaissance absolue de la liberté individuelle ?

Comme on le voit, le nouveau-né en théorie du droit a-t-il à peine commencé à parler que les questions affluent.

A. STROWEL

(15) Voir à ce sujet L. PERRY et A. RENAUT, *Philosophie politique*, t. 3, Des droits de l'homme à l'idée républicaine, Paris, P.U.F., 1985, pp. 152 et sv.