

*REVUE  
INTERDISCIPLINAIRE  
D'ETUDES  
JURIDIQUES*

*1987.18*



**Utilitarisme  
et  
approche économique  
dans la théorie du droit**

*Autour de Bentham et de Posner*

Alain STROWEL  
Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles

Si l'on se rapporte à quelques-uns des plus importants ouvrages de théorie du droit parus dans les années 1970, il semble que l'utilitarisme constitue un point de référence privilégié, voire obligé, pour toute entreprise en tout cas anglo-saxonne dans ce domaine (1).

Rawls écrivait ainsi en 1971 dans *A theory of Justice* : "Mon objectif est d'élaborer une théorie de la justice qui constitue une alternative à la pensée utilitariste" (2).

De même, Hayek notait en 1973 dans *Law, Legislation and Liberty* : "J'ai été effectivement amené à la conviction que les plus importantes divergences de notre temps... proviennent initialement de certaines différences philosophiques entre deux écoles de pensée, dont on peut démontrer que l'une - à savoir le constructivisme - est dans l'erreur". Et, ajoute Hayek, "l'interprétation constructiviste des règles de conduite est généralement connue sous le nom d'utilitarisme" (3).

Plus près de nous encore, en 1977 plus précisément, Dworkin débutait son ouvrage, *Taking Rights Seriously*, en précisant que sa

---

(1) La même remarque vaut pour la théorie politique anglo-saxonne dont le domaine recoupe d'ailleurs en partie celui de la théorie juridique. Voir à ce propos, Ph. VAN PARIJS, *La nouvelle philosophie politique anglo-saxonne. Panorama bibliographique*, in *Revue philosophique de Louvain*, 1982, vol. 80, p. 620 et sv.

(2) J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford-London-New-York, 1971, p. 22 et préface, p. VIII.

(3) F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I : Rules and Order et vol. II : The Mirage of Social Justice, London and Henley, 1973 et 1976. Nous renvoyons à la traduction française : *Droit, législation et liberté*, vol. I et vol. II, Paris, 1980 et 1981, p. 6 et 20.

"théorie libérale du droit" était "sévèrement critique" à l'égard de la "théorie dominante du droit" dont le versant normatif est la "théorie de l'utilitarisme qui soutient que le droit et ses institutions devraient servir au bien-être général, et à rien d'autre" (4).

L'approche économique du droit, qui a pris son véritable essor dans les années 70 (5), particulièrement après la parution en 1972 de l'ouvrage capital de Posner, *Economic Analysis of Law* (6), ne fait pas exception à cette habitude qui veut que l'on règle son compte avec l'utilitarisme ou que l'on prenne en tout cas position par rapport à lui.

Pour n'avoir pas dès le départ éclairci le rapport que l'approche économique du droit peut avoir avec l'utilitarisme, Posner s'est vu critiquer sur les mêmes bases que l'ont été les auteurs utilitaristes et a été ainsi conduit à distinguer approche économique et utilitarisme (7).

Néanmoins, et ce contrairement aux rapports "clairs" qu'entretiennent le contractualisme de Rawls, l'évolutionnisme de Hayek et la théorie "naturaliste" de Dworkin avec l'utilitarisme - le divorce est dans chacun de ces cas à ce point consommé qu'on n' imagine pas qu'un rapport de parenté puisse exister -, la relation de l'approche économique avec l'utilitarisme est beaucoup plus trouble.

Plusieurs auteurs, et non des moindres, soulignent même le lien étroit qui existerait entre utilitarisme et approche économique du droit.

Ainsi, Hart : "L'utilitarisme est très explicitement reconnu comme la source d'inspiration de l'école contemporaine née à Chicago, de l'analyse économique du droit" (8).

Dworkin est tout aussi explicite : la théorie normative dominante, à savoir la théorie de l'utilitarisme "dérive de la philosophie de Jeremy Bentham... la partie normative de la théorie de Bentham a été fortement

---

(4) R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1977, p. VII, Introduction.

(5) Voir pour une histoire du mouvement de l'analyse économique du droit : E. MACKAAY, *La règle juridique observée par le prisme de l'économie*, in *Revue internationale de droit économique*, 1986, O, pp. 42 et sv.

(6) Pour la suite des notes, nous renvoyons à la 2e édition (Boston et Toronto, 1977) de l'ouvrage *Economic Analysis of Law* que nous abrégeons dorénavant en EAL.

(7) Voir R. POSNER, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, in *Journal of Legal Studies*, 8, 1979, pp. 103-140.

(8) H.L.A. HART, *American Jurisprudence through English Eyes : the Nightmare and the Noble Dream*, in *Georgia Law Review*, t. 11, 1977, n°5, p. 987.

raffinée par l'usage de l'analyse économique dans la théorie juridique" (9).

En présence de cet écheveau de relations que certains auteurs tissent entre l'approche économique et l'utilitarisme et que Posner s'efforce de défaire, nous voudrions démêler quelques fils qui nouent de réels héritages et montrer que certaines filiations ne peuvent être reconnues.

En particulier, nous rapprocherons le père de l'utilitarisme, J. Bentham, dont l'oeuvre constitue selon la plupart des auteurs (10) l'embryon de la théorie économique du droit, et R. Posner qui est incontestablement le chef de file de l'analyse économique du droit. Pour ce faire, nous concentrerons notre étude autour de trois thèmes majeurs : la méthode et ses postulats, le critère d'évaluation des normes, le droit de la *common law*.

Nous concluons en faisant apparaître les trois thèses de l'A.E.D. (11) qui découlent de l'analyse des thèmes précités et qui sous-tendent cette "école de pensée".

Est-il, par conséquent, nécessaire d'ajouter que le présent article néglige, comme on l'aura déjà compris, les analyses très spécifiques que les auteurs relevant du courant de l'AED consacrent au droit des contrats, de la propriété, de la responsabilité..., et donc en fait la plus grande partie de la littérature dans ce domaine (12).

## I. La méthode : du calcul rationnel à l'intérêt économique

Ce qui caractérise la nouvelle analyse économique, dont relève l'AED, c'est sa prétention à s'appliquer à l'ensemble des activités et conduites. Comme l'a souligné G. Becker, un des pionniers dans le mouvement de l'approche économique, "aujourd'hui, le champ de

(9) R. DWORKIN, *op.cit.*, p. VII et IX.

(10) Voir notamment A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, *Le droit économique*, Paris, 1970, p. 17 ; C.G. VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law : a critical Introduction*, in *British Journal of Law and Society*, 7, 1980, p. 160 ; R. DWORKIN, *op.cit.*, p. VII et IX.

(11) Dans la suite du texte, nous adoptons les initiales AED en lieu et place de "Approche Economique du Droit".

(12) Cette perspective est similaire à celle adoptée par L.A. KORNHAUSER dans son article, *L'analyse économique du droit*, in *Revue de Synthèse*, 118-119, avril-septembre 1985, p. 313 et sv.

l'analyse économique s'étend à l'ensemble des comportements humains et des décisions qui y sont associées" (13) peu importe que ces comportements impliquent "des prix monétaires ou des prix fictifs, qu'il s'agisse de décisions répétées ou peu fréquentes, majeures ou mineures, de fins émotionnelles ou mécaniques, de riches ou de pauvres, d'hommes ou de femmes, d'adultes ou d'enfants, de personnes brillantes ou stupides, de patients ou de thérapeutes, d'hommes d'affaires ou de politiciens, de professeurs ou d'élèves" (14) .

Trouve-t-on chez Bentham l'amorce d'une telle extension du champ de l'analyse dite économique, l'annonce d'un tel impérialisme (15) ? Autrement dit, Bentham avalise-t-il une approche basée sur l'idée que l'individu, poursuivant ses intérêts choisit entre différentes conduites après en avoir calculé les coûts et bénéfices ?

#### A. Bentham et le calcul de l'intérêt

L'apport de Bentham est précisément, selon Becker (16), d'avoir cru que le calcul peine-plaisir, donc l'analyse économique en termes de coûts-bénéfices, est applicable à tous les comportements humains. Et Becker de citer le passage sur lequel s'ouvre l'*Introduction aux Principes de la Morale et de la Législation* : "La nature a placé l'humanité sous le gouvernement de deux maîtres souverains, la peine et le plaisir... Ils nous gouvernent dans tout ce que nous faisons, dans

---

(13) G. BECKER, *The Economic Approach to Human Behaviour*, communication présentée au Séminaire international sur l'économie socio-biologique, Paris, 28-30 septembre 1977 (cité par H. LEPAGE, *Demain le capitalisme*, Paris, 1978, p. 25).

(14) G. BECKER, *The Economic Approach to Human Behaviour*, Chicago, 1976, p. 8.

(15) Voir pour une étude générale de ce phénomène d'impérialisme L. d'URSEL, *Impérialisme de la science économique et néolibéralisme*, in *Economies et sociétés*, 1984, t. XVIII, n° 10, pp. 33-59..

(16) G. BECKER, *op.cit.*, p. 8.

tout ce que nous disons, dans tout ce que nous pensons" (17). Posner, qui reprend le même passage, précise, en outre, que Bentham est le premier à avoir souligné que "les êtres humains agissent en tant que maximisateurs rationnels de leur satisfaction" (18). Et Posner reprend le passage suivant issu lui aussi de l'*Introduction aux Principes* : "Les hommes calculent, les uns avec moins d'exactitude, les autres avec plus d'exactitude : mais tous les hommes calculent. Je ne dirais même pas qu'un fou ne calcule pas" (19).

Admettons que, selon Bentham, tous les hommes calculent. Encore doit-on se demander si le comportement humain est, pour Bentham, toujours calculateur. Il semble qu'il faille répondre par l'affirmative : même "les actes de vertu les plus élevés peuvent, écrit Bentham, être facilement réduits à un calcul du bien et du mal" (20).

Si toutes les actions sont le résultat d'un calcul, il reste encore à savoir si ce calcul est toujours intéressé. Pour répondre, il faut d'abord distinguer deux versants dans l'approche benthamienne : un versant descriptif qui s'attache à décrire ou expliquer le comportement humain et un versant normatif qui s'efforce d'élaborer un système juridique susceptible de maximiser le bien-être collectif.

Du côté descriptif, "*l'observation*" enseigne à Bentham que "l'homme n'est jamais gouverné par autre chose que son intérêt" (21). Reste encore à s'entendre sur le sens du mot intérêt : "Cette observation est incontestablement vraie si le mot intérêt possède un sens large et extensif (comme comprenant toutes sortes de motifs) ; elle est incontestablement fausse lorsque le mot intérêt est utilisé dans un sens restreint" (22). Dans ce dernier cas, être gouverné par son intérêt signifie que l'on accorde préférence à soi-même par rapport aux autres.

---

(17) J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, éd. J.H. Burns et H.L.A. Hart, in *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Londres, 1970, p. 11.

(18) R. POSNER, *Blackstone and Bentham*, in *Journal of Law and Economics*, 1976, 19, p. 600.

(19) J. BENTHAM, *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, éd. W. Harrison, 1960, pp. 125, 298 (cité par R. POSNER, *op.cit.*, p. 600).

(20) J. BENTHAM, *An Introduction...*, *op.cit.*, p. 13.

(21) J. BENTHAM, *Of Laws in General*, éd. H.L.A. Hart, in *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Londres, 1970, p. 70 (note).

(22) *Ibidem*, p. 70 (note).

Autrement dit, si derrière toutes les actions se cache un intérêt, au sens d'un motif, ce motif n'est pas toujours purement intéressé au sens d'égoïste. Bentham n'accepte donc pas qu'un égoïsme absolu règne sur les actions humaines (23). Ainsi admet-il la possibilité d'un comportement philanthropique (24) : un tel comportement repose certes sur un "intérêt" mais cet intérêt n'est pas égoïste dans la mesure où il est basé sur le désir du bien-être d'autres personnes. D'un autre côté, un tel comportement n'est pas purement désintéressé : Bentham remarque, par exemple, que la pitié (la gentillesse...) qui motive certaines actions, n'implique pas pur désintéressement, vu que, dans une telle hypothèse, le bien-être de celui qui agit est une fonction croissante du bien-être de l'autre. Bentham admet aussi que la bienveillance puisse procurer des plaisirs et recense d'ailleurs, dans *l'Introduction aux Principes*, les plaisirs qui "découlent de la vue du plaisir que semblent avoir les êtres qui sont objets de bienveillance". Si Bentham laisse une place aux comportements partiellement intéressés que nous dirons en général motivés par une forme de *sympathie*, par contre il semble ne pas reconnaître des actes de véritable altruisme, que Sen (25) qualifie d'actes d'*engagement* (*commitment*) et qu'une personne choisit, même si elle croit qu'ils vont lui procurer un bien-être moins grand que d'autres actions alternatives.

Au niveau normatif, où la question est pour Bentham, non plus de décrire comment les hommes agissent, mais de dessiner des institutions qui préciseront ce que les hommes doivent faire, Bentham part de l'hypothèse que les hommes suivent toujours leur propre intérêt. Pourquoi ? Tout simplement parce que c'est le postulat le plus sûr à adopter si l'on veut bâtir des institutions qui fonctionnent bien : leur mesure, c'est l'homme ordinaire, l'homme normal et celui-ci est foncièrement intéressé (26). Lorsqu'il adopte une perspective pratique, Bentham ne part pas de l'homme "as he really is" mais plutôt d'une généralisation, elle-même fondée en partie sur un savoir du

(23) N. ROSENBLUM, *Bentham's Theory of the Modern State*, Cambridge et Londres, 1978, p. 34.

(24) R. HARRISON, *Bentham*, Londres, Boston, Melbourne et Henley, 1983, p. 143.

(25) A. SEN, *Rational Fools : a Critique of the Behavioral Foundation of Economic Theory*, in *Philosophy & Public Affairs*, 6, 1976-1977, pp. 326-327.

(26) R. HARRISON, *op.cit.*, p. 145.



comportement humain fourni par son approche descriptive : "Dans le cours général de la vie, l'intérêt tourné vers soi-même (self-regarding interest) est prédominant" (27).

Il faut donc répondre avec nuances à la question de savoir si le comportement humain est, aux yeux de Bentham, toujours intéressé : d'une part, la description des ressorts de l'action humaine laisse supposer la possibilité d'un comportement altruiste, certes très relatif puisque, se basant sur la sympathie, il est en même temps égoïste ; d'autre part, l'élaboration des institutions et donc tout le projet de réforme benthamien exige que l'on se base sur un principe universel de "self-interest". Autrement dit, pour l'utilitarisme benthamien, l'homme est un "égoïste impur" (ou un altruiste impur) mais doit être considéré comme un pur égoïste.

#### B. *L'approche économique (du droit) : postulat de rationalité et question de l'intérêt*

Dans l'approche économique, on ne se préoccupe plus de ce qu'est l'homme, on se contente de poser quelques hypothèses concernant son comportement, à commencer par le postulat selon lequel il est *rationnel*.

Avant de préciser le contenu de la notion de *rationalité*, montrons l'écart qui sépare la démarche de l'AED, reposant sur des *postulats*, de l'utilitarisme benthamien.

##### 1. La perspective épistémologique de l'AED

"L'utilitarisme est né d'une théorie psychologique distincte (28). C'est un fait étrange mais très frappant que, dans la forme que l'utilitarisme a pris plus récemment, en tant qu'il contribue à

---

(27) J. BENTHAM, *An Introduction...*, *op.cit.*, IX, 5 (cité par N. ROSENBLUM, *op.cit.*, p. 34).

(28) Nous renvoyons à ce propos à l'étude de J. FLORENCE, *Bentham psychologue*, in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, 1987, pp. 391 et sv. Voir aussi N. ROSENBLUM, *op.cit.*, p. 27 et sv ; D.G. LONG, *Bentham on Liberty*, Toronto et Buffalo, 1977, pp. 3 et 212.

la théorie économique, il a perdu ces connexions avec la réalité psychologique" (29).

Si Bentham pense que les hommes calculent effectivement les coûts et bénéfices de leurs actions, Posner, lui, "ne se préoccupe nullement de la psychologie de l'homme ou de son processus de prise de décision actuel" ; il "ne soutient pas que les individus calculent consciemment les coûts et bénéfices de toutes leurs actions, seulement que leur comportement peut être "expliqué" comme s'ils faisaient ainsi" (30).

En conséquence, le modèle de l'homme comme acteur rationnel qui sous-tend l'approche économique n'a pas une portée descriptive ou réaliste, c'est une "fiction". Cela n'invalide nullement la théorie, celle-ci devant témoigner non pas de son adéquation au réel mais de sa fécondité, qui constitue le critère de scientificité dans une perspective épistémologique moderne (31). Si l'intérêt et l'attrait du modèle économique découlent de sa capacité à prédire une large série de comportements à partir de quelques hypothèses seulement - d'où l'élégance théorique du modèle -, l'argument souvent entendu selon lequel l'approche économique est trop simpliste et ne saisit pas toute la complexité des phénomènes juridiques semble tomber quelque peu à faux : la réponse de l'économiste revient à dire que les modèles sont par nature "irréalistes" puisque ce sont des abstractions, non des descriptions de la réalité, et que ce sont les prédictions, non les

(29) A. SEN et B. WILLIAMS, *Utilitarianism and beyond*, Cambridge, Paris, 1982, p. 21.

(30) C.G. VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law : a critical Introduction*, in *British Journal of Law and Society*, 7, 1980, p. 163.

(31) Voir par exemple M. van de KERCHOVE et F. OST, *Possibilités et limites d'une science du droit*, in *R.I.E.J.*, 1978, n° 1, p. 8. Posner lui admet que "le test véritable d'une théorie se trouve dans son utilité en vue de prédire et d'expliquer la réalité". Et il ajoute : "qu'au vu de ce critère, la théorie économique, malgré... l'irréalisme de ses hypothèses, peut être considérée comme un succès" (EAL, p. 13).

présuppositions de la théorie, qui doivent être testées par l'expérience (32).

Prenons, par exemple, le cas de l'analyse économique du crime qui, soit dit en passant, dérive directement de l'approche benthamienne (33). La question est ici de savoir si les sanctions vont dissuader les criminels ; l'analyse fournit une réponse sous la forme de prédictions quant au comportement des criminels sans pour autant expliquer leur conduite.

Mais, dans d'autres cas, l'AED passe d'une approche prédictive à une approche descriptive (34) : elle ne s'intéresse plus aux seuls effets du droit mais s'efforce d'expliquer la structure du droit et le contenu des règles. Ainsi en est-il de l'analyse économique du droit de la *common law* (voir infra III.C.). Dans ce cas, on peut se demander si, compte tenu de son objectif, l'AED peut sans autre procès écarter l'objection d'irréalisme comme non pertinente.

Il semble qu'existe pour une "as if approach" une tentation constante - voire inévitable vu les usages des modèles - de passer insensiblement de la présupposition d'une rationalité du comportement, sur base de laquelle s'élaborent des prédictions, à la découverte d'une rationalité en oeuvre dans la conduite individuelle, de passer du

---

(32) Posner reprend le même argument lorsqu'il justifie sa méthode en se référant à Newton : "La loi de Newton sur la chute des corps est irréaliste dans son postulat de base que les corps tombent lorsqu'ils sont dans le vide mais c'est une théorie utile parce qu'elle prédit avec une précision suffisante, quoiqu'incomplète, le comportement d'une large variété de corps qui tombent dans le monde réel" (*EAL*, p. 13).

(33) Selon Becker, Bentham a fondé l'analyse économique moderne du crime et du châtiment en concevant la peine comme un moyen d'imposer des coûts à l'activité criminelle et de modifier par là les incitants à s'y engager. Il reprend à Bentham la formule selon laquelle "le mal de la peine doit être fixé de façon à excéder l'avantage de l'infraction" (G. BECKER, *Crime and Punishment : An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, mars/avril 1968, 76, n° 2, reproduit dans *The Economic Approach to Human Behavior*, *op.cit.*, pp. 32 et sv.). Dans cette mesure, le crime est, comme l'écrit J.P. Dupuy (*Ordres et désordres*, Paris, 1982, pp. 267-268), considéré comme "n'importe quelle marchandise".

(34) Voir C.G. VELJANOVSKI, *op.cit.*, pp. 181-182.

"comme si" à sa réalité (35). Or ce passage est problématique. Reprenons à ce propos ce qu'écrit J. Ladrière : "La démarche économique consiste à isoler, au sein du comportement, un domaine très particulier, celui de l'action rationnelle. Qu'un tel objet puisse être analysé au moyen d'un instrument formel, cela résulte de la nature même de cet objet, qui se réduit entièrement à des processus opératoires. Un problème de nature herméneutique apparaît cependant au moment où il s'agit de déterminer comment une théorie de l'action rationnelle est utilisable pour l'analyse des conduites humaines effectives. Décider de prendre une telle théorie comme fil conducteur de l'analyse, c'est présupposer que le comportement est entièrement intelligible en termes opératoires" (36). Mais, ajoute Ladrière, on se heurte ici à une objection de la psychologie qui nous montre que les motivations du comportement sont non-rationnelles et échappent souvent à une analyse de ce type.

Comme on le voit, la psychologie, évacuée par l'approche économique (37), n'en revient pas moins, avec des objections, lorsque l'économiste adopte une visée descriptive.

Confronté à cela, l'économiste doit, non pas abandonner cette visée ni le postulat de rationalité, même si celui-ci est violé dans certains cas, mais accepter de la mettre véritablement à l'épreuve du comportement analysé. En ce sens, le postulat de rationalité est un "principle of charity" similaire à celui utilisé dans l'interprétation des textes. On ne doit jamais prendre les contradictions d'un texte pour argent comptant, mais voir si le contexte ne peut fournir une clé permettant de conclure à une certaine cohérence. De la même façon, on doit toujours analyser de très près des comportements apparemment irrationnels pour vérifier si, en fin de compte, ils n'obéissent pas à un certain modèle. Il va sans dire que la *charity* ne doit pas être poussée trop loin, et il peut advenir un point où l'observateur doit admettre que le comportement, pour être compris au mieux, n'a pas de motif

(35) Ainsi, dans l'analyse de la *common law*, l'AED ne se contente plus de postuler la rationalité des comportements mais conclut à l'existence d'un processus (évolutionniste) réel à l'oeuvre dans la démarche des parties (voir infra III. C).

(36) J. LADRIERE, *Les sciences humaines et le problème du fondement*, in *Vie sociale et destinée*, Gembloux, 1973, pp. 206-207.

(37) A. Hirschman explique très bien que c'est le développement de la psychologie, plus particulièrement l'essor du non-rationnel en psychologie, qui a précipité l'évolution de l'économie vers le positivisme et le formalisme (*Vers une économie politique élargie*, Paris, 1986, pp. 24-25).

rationnel (38). Un reproche que l'on peut adresser à l'AED est qu'en introduisant systématiquement des coûts de transactions (voir III.C.) lorsque le comportement est, à première vue, non efficace, elle parvient à rationaliser n'importe quel comportement, tout en empêchant toute réfutation.

## 2. AED et poursuite rationnelle de l'intérêt

Le postulat central de l'approche économique est que l'homme se comporte de façon rationnelle. Encore faut-il préciser ce qu'on entend par rationnel. "Le concept de rationalité prévalant en économie identifie rationalité avec possibilité de justifier chaque acte en terme d'intérêt personnel (in terms of self-interest) : quand une action X est choisie par une personne i et que l'action Y est rejetée, cela implique que i suppose que ses propres intérêts sont mieux servis par le choix de X que de Y" (39).

C'est ce concept étroit qui est sous-jacent à l'approche économique. L'analyse des comportements altruistes réalisée par Becker (40) illustre particulièrement bien la tendance de l'économiste à ne voir partout qu'égoïsme. Becker prétend que les notions d'égoïsme et d'altruisme sont entremêlées contrairement à ce qu'on a coutume de penser. On lit, parmi les conclusions étonnantes de Becker, que l'altruiste "véritable" qui renonce à une part de ses revenus peut, en fait, se retrouver dans une meilleure position que l'égoïste, vu que "les effets bénéfiques indirects sur le comportement des autres peuvent dominer les "désavantages" directs, découlant du fait d'être altruiste" (41). L'altruiste authentique peut, en effet, conduire d'autres personnes à agir à son égard comme s'ils étaient aussi altruistes : le théorème du "gosse pourri" (the "rotten kid" theorem) soutient que les égoïstes doivent "simuler l'altruisme", lorsqu'ils bénéficient de l'altruisme de quelqu'un d'autre, puisque l'augmentation dans le revenu de l'altruiste va rejaillir sur celui des égoïstes. Autrement dit, qu'il soit simulé ou authentique, l'altruisme engendre toujours des

---

(38) J. ELSTER, *Ulysses and the Syrens*, Cambridge, Paris, 1970, pp. 116-117.

(39) A. SEN, *op.cit.*, p. 342.

(40) G. BECKER, *op.cit.*, p. 288.

(41) *Ibidem*, p. 287.

avantages personnels en termes de revenus. Becker en conclut que comportement altruiste et comportement égoïste se recoupent.

On peut, à la suite d'Elster, se demander d'abord si le véritable altruiste ne cessera pas d'être un altruiste lorsqu'il réalisera que les faux altruistes sont vraiment des égoïstes (42), ensuite plus fondamentalement pourquoi les économistes semblent prendre un certain plaisir à montrer qu'un comportement apparemment altruiste n'est en fait qu'une forme particulièrement subtile de "self-interest". "Pour une part, cette préférence pour la définition étroite de "self-interest" est purement méthodologique, c'est une préférence pour le simple sur le complexe. Pour une partie, cela semble aussi reposer sur une supposition essentielle concernant la nature humaine" (43) : l'*homo economicus* est toujours motivé par un étroit "self-interest".

Notons, en passant, que lorsque Becker prétend que l'intérêt pour soi (self-interest) domine tous les autres motifs, il se réfère, non à Bentham, mais à A. Smith : "Nous ne sommes pas enclins, écrit ce dernier, à suspecter une quelconque personne d'être en défaut en ce qui concerne l'égoïsme" (44). Et Becker d'ajouter le très célèbre passage de *La richesse des Nations* : "Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du brasseur ou du boulanger que nous attendons notre dîner, mais de la recherche de leur propre intérêt" (45). Ronald Coase, qui a véritablement fait démarrer le mouvement de l'analyse économique du droit avec son célèbre article de 1960, consacré au coût social (46), trouve lui aussi chez A. Smith un précurseur. Il soutient que A. Smith, notamment dans sa *Théorie des Sentiments moraux*, a esquissé une approche qui fait reposer l'organisation de la vie sociale et économique sur l'intérêt pour soi (47). Posner rejette lui aussi

---

(42) J. ELSTER, *op.cit.*, p. 144.

(43) J. ELSTER, *op.cit.*, p. 142.

(44) A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, ed. E.G. West, New Rochelle, New York, 1968, p. 446 (cité par G. BECKER, *op.cit.*, p. 282, note).

(45) A. SMITH, *The Wealth of Nations*, New York, 1937, p. 14 (cité par G. BECKER, *op.cit.*, p. 282, note).

(46) R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1 et sv.

(47) R. COASE, *Adam Smith's View of Man*, in *Journal of Law and Economics*, 19, 1976, p. 529 et sv.

l'altruisme au motif que "l'altruisme n'est pas un trait qui promeut la survivance dans un marché compétitif" (48).

Ces quelques remarques et citations montrent à suffisance que l'approche économique postule que les individus n'obéissent qu'à la loi de leur propre intérêt.

## II. Le critère d'évaluation des normes : du principe d'utilité à la maximisation de la richesse

Dans un article de 1979, Posner critique Hart pour lui avoir erronément attribué l'idée que l'utilitarisme serait la source d'inspiration de l'AED ; il excuse néanmoins Hart en reconnaissant n'avoir jusqu'alors pas suffisamment attiré l'attention sur la distinction entre ces deux systèmes de pensée (49).

Sa tentative de les distinguer systématiquement tourne autour de la différence entre le principe d'utilité et celui de la maximisation de la richesse. La question est centrale et la thèse de Posner, selon laquelle la norme économique, qu'il appelle "Wealth maximisation", fournit une base plus ferme pour une théorie normative du droit que ne le fait l'utilitarisme" (50), a été soumise à un feu nourri de critiques (51).

Commençons par présenter la notion d'utilité. Au fur et à mesure de cette section, nous essaierons de vérifier si l'apport de la théorie posnérienne remédie à deux lacunes principales qui, selon lui, affectent la théorie utilitariste : l'impossibilité de mesurer l'utilité et la monstrosité morale de l'utilitarisme.

---

(48) R. POSNER, *EAL*, p. 189.

(49) R. POSNER, *Utilitarianism, economics and legal theory*, op.cit., p. 104. Dans la première édition d'EAL (1972), Posner avait même soutenu l'idée que "l'utilitarisme de Bentham... est un autre nom pour la théorie économique" (p. 357).

(50) Outre les références citées par L. d'URSEL, (*L'analyse économique du droit des contrats*, in *R.I.E.J.*, 1985, 14, p. 53, note 13), on peut renvoyer aux articles du Symposium on Efficiency as a Legal Concern, 1980, publié dans la *Hofstra Law Review*, vol. 8, n° 3 et 4.

(51) R. POSNER, *Utilitarianism...*, op.cit., p. 103.

## A. L'utilité

L'utilitarisme, selon la définition de Posner (52), est une théorie qui soutient que la valeur morale d'une action (ou d'une pratique, institution, loi, etc.) doit être jugée *par son effet* en vue de promouvoir le *bonheur* agrégé de tous les membres d'une société.

Deux points méritent d'être soulignés.

Premièrement, l'utilitarisme est une théorie conséquentialiste. Le conséquentialisme est une théorie de l'action qui requiert que les actions soient choisies sur la base des états de choses qui sont leur conséquences (53).

Le terme d'instrumentalisme, que nous utiliserons dans la suite de cet article, désigne lui aussi cette première détermination de l'utilitarisme.

Si on définit l'utilitarisme par son aspect conséquentialiste, alors l'AED, qui partage ce même trait, ne se distingue pas de l'utilitarisme. Pour les différencier, il faut trouver une autre détermination.

Le second aspect de la définition ci-dessus qualifie la "conséquence" à maximiser comme étant le bonheur ou encore le surplus de plaisir par rapport à la peine. Même si, explicitement, il attaque l'utilitarisme en général, c'est à une définition de l'utilité en termes hédonistes et psychologiques, donc à un utilitarisme de type benthamien, que semble s'en prendre Posner.

Néanmoins, Posner reconnaît dans certains passages que la maximisation de l'utilité n'a rien à voir avec un "état psychologique particulier" mais renvoie à une situation où "les individus sont capables de satisfaire leurs préférences, de la façon la plus large possible, peu importe ce que ces préférences peuvent être" (54). Une profonde difficulté présente dans les critiques que Posner adresse à l'utilitarisme, provient de sa méconnaissance de la distinction de base entre l'utilité comme état d'esprit ou comme état du monde qui satisfait un désir (55). Dans le premier cas, l'utilité renvoie au plaisir et à la souffrance en un sens étroitement matériel. Dans le second, il s'agit comme en général dans l'utilitarisme préférentiel moderne de la satisfaction de n'importe

(52) R. POSNER, *Utilitarianism...*, *op.cit.*, p. 104.

(53) A. SEN et B. WILLIAMS, *op.cit.*, pp. 3-4.

(54) R. POSNER, *Utilitarianism...*, *op.cit.*, p. 111.

(55) J. GRIFFIN, *Modern Utilitarianism*, in *Revue internationale de philosophie*, 1982, pp. 333 et sv.



quel désir rationnel des individus, c'est-à-dire de la satisfaction de tout désir ne reposant pas sur une erreur (56). Confondant ces deux acceptions de l'utilité, les textes de Posner ne permettent pas de dire avec précision si ses critiques visent l'utilitarisme hédoniste (donc Bentham) ou l'utilitarisme préférentiel.

Remarquons, au passage, que si Bentham est incontestablement un utilitariste hédoniste, il n'empêche qu'il n'est lui-même pas toujours parvenu à bien circonscrire la notion d'utilité : s'il utilise souvent les termes de "plaisir" et de "peine" qui offrent une spécification psychologique à la notion d'utilité, il définit aussi parfois l'utilité en termes très vagues : "Par utilité, on entend cette propriété qui se trouve dans tout objet, et grâce à laquelle il tend à produire bénéfice, avantage, plaisir, bien ou bonheur" (57).

Au-delà de ces ambiguïtés qui soulignent la nécessité pour l'AED de clarifier certains concepts qu'elle reprend la tradition, il n'en reste pas moins que Posner - à la suite de Bentham - conçoit l'utilité comme une notion cardinale. Or, le concept d'utilité auquel a recours l'utilitarisme moderne, lui-même lié à la nouvelle économie normative, est une notion ordinale, qui permet seulement de classer les préférences. Lorsque l'économiste dit qu'un individu maximise l'utilité, il dit sans plus que cet individu, placé dans une situation de choix entre plusieurs alternatives, agit de façon consistante au sens où si A est préféré à B et B à C, A sera préféré à C (58).

Les critiques de Posner ne visent donc, en définitive, qu'un type d'utilitarisme (conception hédoniste et cardinale de l'utilité), même si son intention est de se distancer de l'utilitarisme dans son ensemble.

## B. La maximisation de la richesse

Introduisons la notion de richesse qui est destinée dans l'esprit de Posner à se substituer au concept d'utilité, dans la mesure où elle remédie à un des défauts de l'utilitarisme "cardinal" : son incapacité de fournir une mesure, une méthode de calcul de l'utilité.

Le principe de la maximisation de la richesse s'attache à évaluer la justesse et la moralité des institutions sociales et juridiques sur base de

---

(56) Ph. VAN PARIJS, *op.cit.*, p. 158.

(57) J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op.cit.*, p. 12 ; voir J. GRIFFIN, *op.cit.*, p. 332.

(58) C.G. VELJANOVSKI, *Wealth maximisation, Law and Ethics*, *op.cit.*, p. 8.

leur capacité à augmenter la richesse de la société telle que mesurée en termes monétaires (59). La richesse se distingue du "bonheur" et de "l'utilité", elle est définie comme la "valeur en dollars et équivalents au dollar de tout ce qui existe dans la société". Elle se mesure "à l'aide de ce que les individus sont prêts à payer pour quelque chose ou, s'ils possèdent déjà ce quelque chose, à l'aide de ce qu'ils demandent en argent pour y renoncer" (60).

La notion de richesse, qui est au centre du dispositif de l'AED, mérite d'être examinée plus en profondeur. Elle apparaît tantôt comme un simple moyen d'évaluer les institutions juridiques, tantôt comme la fin que doivent poursuivre ces institutions.

D'un côté, la notion de richesse joue un rôle de simple "numéraire" pour le panier de biens à consommer qui maximise l'utilité. Si l'on suit cette interprétation, il n'y a pas de différence entre la maximisation de l'utilité économique et celle de la richesse ; on a affaire deux formes d'utilitarisme - de ce qu'on peut appeler un utilitarisme sous contrainte, la contrainte étant imposée par la rareté des ressources de la société ou par les préférences supportées par le consentement à payer (preferences backed up by willingness-to-pay) (61). Mais, d'un autre côté, l'approche de Posner va plus loin.

Alors que la théorie économique courante prend en ligne de compte diverses préférences, tout comme l'utilitarisme avec lequel elle a, par conséquent et au grand dam de Posner, la tendance de se confondre, la théorie normative - ou encore selon les propres termes de Posner la "théorie éthique" - de l'AED se fonde exclusivement "sur une préférence, le désir de richesse" (62). Non content de réduire, comme le fait l'utilitarisme, les institutions et règles juridiques à leur valeur instrumentale par rapport à certaines fins, Posner réduit l'ordre des fins à la seule richesse. On peut se demander si on n'assiste pas chez Posner à un déplacement par lequel la richesse qui est habituellement considérée comme moyen - les économistes utilisent le terme de contrainte à la maximisation - devient la fin même que poursuit le processus de maximisation (63).

---

(59) C.G. VELJANOVSKI, *op.cit.*, p. 5.

(60) R. POSNER, *Utilitarianism...*, *op.cit.*, p. 119.

(61) C.G. VELJANOVSKI, *op.cit.*, p. 8.

(62) R. POSNER, *Utilitarianism...*, *op.cit.*, pp. 111 et 122.

(63) Voir C.G. VELJANOVSKI, *op.cit.*, pp. 7-8.

Qu'elle fonctionne comme instrument de mesure ou qu'elle se place du côté des objectifs, la notion de richesse joue un rôle décisif. Elle permet, en effet, d'éviter l'écueil auquel s'est heurté depuis longtemps l'utilitarisme : celui de la mesure de l'intensité des préférences, écueil lui-même lié à celui de la comparabilité des utilités de personnes différentes (64).

Alors que l'utilitarisme benthamien ne peut répondre à ces questions, Posner ne les évite qu'en les résolvant d'emblée : il présuppose dès le départ que toute préférence est traduisible en termes monétaires (65) et donc qu'il n'y a qu'une sorte de préférence. Cette notion de préférence renvoie à la notion de "préférence archimédienne" que définit Elster (66) comme suit : si un couple de biens  $(x_1, y_1)$  est préféré au couple  $(x_2, y_2)$ , il est toujours possible de renverser ce type de préférence en accroissant  $y_2$ , c'est-à-dire qu'il existe un  $y > y_2$  tel que  $(x_2, y)$  est préféré à  $(x_1, y_1)$ . "Cela signifie que la perte de quelques unités d'un bien peut toujours être compensée par un gain de quelques unités d'un autre bien ou pour l'exprimer autrement, que tout a un prix" (67). Ces préférences archimédiennes peuvent faire l'objet d'une approche économique. Lorsque le critère archimédien n'est pas satisfait, entrent en jeu des biens ou activités qui sont, dans un sens, non-comparables et donc non-substituables, vu qu'existe une hiérarchie de valeurs.

Est lié au problème de la réduction des préférences celui du cantonnement de l'analyse économique aux phénomènes de marche : "Le seul type de préférence qui importe dans un système de maximisation de la richesse, écrit Posner, est celle qui s'appuie sur

---

(64) Nous renvoyons pour un exposé de la question du point de vue de l'économie normative à Ph. VAN PARIJS (*op.cit.*, pp. 159 et sv.) et du point de vue de la théorie du droit à H.L.A. HART (*Between Utility and Rights*, in 79, *Columbia Law Review*, 1979, pp. 828-846 reproduit dans *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, pp. 198 et sv.).

(65) "En reposant sur le consentement à payer, le critère de l'efficacité évite l'extrême subjectivisme et l'arbitraire d'un principe (le "principe de plaisir" de Bentham et d'autres auteurs utilitaristes) qui justifie toute intervention gouvernementale qui promeut le plus grand bonheur du plus grand nombre, sans spécifier comment cet agrégat peut être calculé" (*EAL*, p. 12).

(66) J. ELSTER, *op.cit.*, pp. 126-127.

(67) K. BORCH, *The Economics of uncertainty*, Princetown, 1968, p. 22 cité par J. ELSTER, *op.cit.*, p. 126.

l'argent, en d'autres termes, celle qui s'insère dans un marché" (68). Mais "le travail de génie" de l'AED est d'étendre "le paradigme du marché... aux situations de marché, implicite ou hypothétique" (69).

Comme exemples de *marché implicite*, Posner cite le "marché du mariage", une partie amicale de bridge, l'éducation des enfants : il y a marché implicite parce que ces services ont une valeur qui peut être monétisée par référence à des services de substitutions vendus sur des marchés explicites.

Un autre type de marché non-explicite est appelé *marché hypothétique* : contrairement au marché actuel basé sur un échange volontaire, l'approche par le marché hypothétique est réservée aux cas où les coûts de transaction sont tels qu'ils empêchent le recours au marché actuel pour allouer les ressources de façon efficiente. La différence marché actuel - marché hypothétique est celle qui sépare le contrat par lequel A achète à B des oranges et l'accident au cours duquel A écrase les oranges de B (70).

Dans le premier cas, la transaction a permis d'augmenter la richesse de la "société" : en effet, avant que le lot d'oranges ait été vendu pour 100 francs, A possède 100 francs et B le lot d'oranges qui, à ses yeux, vaut moins que 100 francs (dans le cas contraire, il ne le vendrait pas) ; après la vente, A possède les oranges qui valent, à ses yeux, au moins 100 francs (dans le cas contraire, il n'aurait pas acheté) et B a 100 francs en poche. Cet exemple très simple met en évidence, comme l'écrit Posner, l'un des trois (71) "concepts économiques de base de l'AED" - nous préférons dire l'un des présupposés de l'AED - selon lequel "les ressources ont tendance à graviter vers leur usage le plus apprécié si l'échange volontaire - un marché - est permis".

Dans le cas de l'accident, c'est à un tribunal (et non plus aux particuliers qui en sont incapables vu les coûts) d'évaluer ce que

(68) R. POSNER, *Utilitarianism...*, op.cit., p. 119.

(69) C.G. VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law. A Critical Introduction*, op.cit., p. 162.

(70) R. POSNER, *Utilitarianism...*, op.cit., p. 120 ; nous reprenons à Posner ces exemples.

(71) R. POSNER, *EAL*, pp. 4 et sv. Les deux autres concepts sont la loi de la demande (ou la relation inverse entre prix imposé et quantité demandée) et le coût d'opportunité qui représente le prix minimum auquel un vendeur est prêt à abandonner un bien. Ce coût correspond au prix que les ressources utilisées pour faire (et vendre) ce bien permettraient d'obtenir dans le cadre d'un usage alternatif.

valaient les oranges pour B, combien il importait à A de marcher de façon imprudente au risque d'un accident et d'attribuer ainsi des dommages-intérêts en vue d'allouer efficacement les ressources.

La distinction marché hypothétique - marché actuel, est, aux yeux de Posner, intéressante en ce qu'elle révèle une dissociation entre la maximisation de la richesse et le bonheur ou utilité : alors qu'une transaction volontaire sur le marché actuel est un bon indicateur d'une augmentation du bonheur, il n'en est pas de même d'une transaction sur le marché hypothétique qui, par définition, est involontaire (72).

C'est parce qu'il centre toute son analyse économique autour du marché, même si celui-ci est, comme nous venons de le voir, entendu dans un sens très large, qu'on a reproché à Posner de posséder une vision trop étroite de l'économie et de se contenter d'analyser l'impact du droit sur le fonctionnement du marché. Pour Veljanovski (73), l'économie n'a pas un lien nécessaire avec le marché en tant que tel, mais avec les questions de choix dans un contexte de ressources rares. C'est en tant qu'elles impliquent un choix que les questions juridiques peuvent faire l'objet d'une analyse économique.

Et la représentation étriquée des préférences (réduites à la seule préférence pour la richesse) et la conception étroite de l'économie (réduite aux phénomènes de marché) révèlent plus généralement la dépendance logique de l'AED par rapport à l'existence de prix. Si bien que là où les prix n'existeraient pas, la maximisation de la richesse ne pourrait rien nous dire quant à l'option à adopter. Or, il existe toujours pour Posner des prix implicites, vu qu'il existe toujours une option alternative, un substitut directement "monétisable" à toute activité ou bien. C'est ici que se trouve le noeud du problème : dans le postulat,

---

(72) R. POSNER, *EAL*, p. 120. Posner prend l'exemple d'une usine polluante qui provoque une forte baisse (100 millions) des valeurs immobilières dans la région. Les coûts de relocation de l'usine (la relocation étant la seule possibilité pour éliminer la pollution) s'élèvent à 75 millions. Si les propriétaires fonciers sont des gens riches et donc peu affectés par la perte de valeur de leurs biens, les ouvriers de l'usine vont eux lourdement souffrir de la fermeture de l'usine, de même que les petits commerçants des environs. Un jugement qui force l'usine à fermer est efficace mais il ne maximisera probablement pas le bonheur. Dans ce cas, on assiste sans doute - Posner parle prudemment en termes de probabilité, précisément parce qu'il dénie la possibilité de mesurer le bonheur - à une dissociation entre la solution dictée par la maximisation de la richesse et celle dictée par l'utilité.

(73) C.G. VELJANOVSKI, *Wealth Maximisation, Law and Ethics*, op.cit., p. 9.

sinon de la quantification ou monétisation possible de tout, du moins de la substituabilité généralisée.

*C. Utilité et fondement éthique du principe de maximisation de la richesse*

La deuxième critique que Posner adresse à l'utilitarisme est liée au fait que la morale utilitariste subordonne tout au "bonheur du groupe dans son ensemble".

Cela conduit à ce qu'il appelle des "monstruosités morales" dont la première forme réside dans le sacrifice des intérêts des individus sur l'autel du besoin social. Et Posner de citer "la proposition de Bentham d'éliminer la mendicité en asservissant les mendiants" (74).

L'autre forme de monstruosité découle du refus utilitariste d'établir des distinctions morales entre les types de plaisir, si bien que le plaisir d'un sadique entre en compte dans le calcul de l'utilité.

Le "monstre de l'utilité" (75) n'a pas de place dans un système éthique fondé sur la maximisation de la richesse. Ainsi, écrit Posner, "le fait que je puisse obtenir suffisamment de plaisir de ce que je torture les gens pour, dans un calcul de félicité, contrebalancer leur propre misère ne me donne pas le droit de torturer les gens. Je devrais encore acheter le consentement de mes victimes et ces achats seront rapidement à même d'épuiser la richesse de tous les sadiques, si ce n'est les plus riches" (76) ! La contrainte qu'impose à l'utilitarisme le principe de la maximisation de la richesse se trouve dans les limitations de la richesse et le fait que les victimes sont protégées par un système de droit qui oblige le monstre à payer à ses victimes le niveau de compensation qu'eux-mêmes déterminent.

---

(74) R. POSNER, *Utilitarianism...*, *op.cit.*, p. 116. Il reprend un autre exemple amusant : "Il se peut que plus de bien et moins de mal résulte de ce que vous avez assassiné sans lui causer la moindre douleur votre malicieux, vieux et malheureux grand père et de ce qu'on vous interdise de le faire : il serait libéré de son existence misérable ; ses enfants se réjouiraient de leurs héritages et ne souffriraient plus de ses méfaits, et vous pourriez anticiper la récompense promise à ceux qui font du bien en secret. Personne ne doute un instant qu'une position qui conduise à une telle conséquence est monstrueuse".

(75) L'expression est reprise par Posner à R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, New York, 1974, p. 41.

(76) R. POSNER, *Utilitarianism...*, *op.cit.*, p. 131.

Le principe du consentement est central pour notre sujet vu qu'il introduit, d'après Posner, une différence par rapport à l'utilitarisme.

Pour établir la base consensuelle de l'efficacité, Posner commence par identifier le principe de maximisation de la richesse avec le critère de Kaldor-Hicks (77) qui, lui-même, se distingue du critère d'optimalité de Pareto.

Selon le critère parétien, qui est le critère le plus classique d'optimalité, une option (ou allocation) A est Pareto-supérieure à l'option B si et seulement si aucun des individus (dans la collectivité considérée) ne préfère B à A, autrement dit si l'option A améliore la situation de certains sans nuire à personne.

Et une option est Pareto-optimale si et seulement si aucune autre option possible ne lui est Pareto-supérieure.

Le critère parétien permet d'éviter, comme le notent Posner (78) tout comme Van Parijs (79), le problème pratique de l'utilitarisme, à savoir celui de la mesure des utilités de personnes différentes. Sans mesurer le montant dont l'utilité totale s'est accrue, donc sans devoir mesurer l'intensité des préférences, ni procéder à des comparaisons inter-personnelles, l'utilitarisme peut encore exiger que l'option choisie soit Pareto-optimale (80).

De ce qu'une option ou distribution des ressources soit Pareto-optimale, on peut tirer deux jugements relatifs à l'utilité (81).

D'abord, toute distribution Pareto-optimale contient plus d'utilité totale que des distributions Pareto-suboptimales.

Ensuite, l'utilité générale d'une distribution Pareto-optimale ne peut, par définition, être augmentée par un déplacement Pareto-supérieur.

Il faut, néanmoins, ajouter que le critère de Pareto-optimalité est très incomplet en tant que moyen d'établir entre diverses options possibles un ordre de préférence en fonction de leur utilité. En effet,

---

(77) R. POSNER, *The Value of Wealth : a Comment on Dworkin and Kroman*, in *Journal of Legal Studies*, 1980, n° 9, p. 244 : "La définition de l'efficacité selon Kaldor-Hicks... est équivalente à la maximisation de la richesse".

(78) R. POSNER, *Ethical and political basis of efficiency*, in *Hofstra Law Review*, vol. 8, n° 3, 1980, p. 488.

(79) Ph. VAN PARIJS, *op.cit.*, p. 159.

(80) *Ibidem*, p. 159.

(81) Voir J. COLEMAN, *Efficiency, Utility and Wealth maximisation*, in *Hofstra Law Review*, 1980, vol. 8, n° 3, p. 518.

l'incomparabilité sociale entre deux options est beaucoup plus fréquente que leur comparabilité en termes de Pareto-supériorité : ainsi, le critère parétien est-il muet lorsqu'il s'agit de trancher un pur problème de distribution, c'est-à-dire une situation dans laquelle il est impossible de donner plus à quelqu'un sans que quelqu'un d'autre ait moins (82).

Au niveau pratique, on ne peut démontrer qu'un changement dans l'allocation des ressources est Pareto-supérieur sans montrer que tous ceux qui en sont affectés y ont consentis (consentement exprès et unanime). C'est donc un principe consensuel et non utilitariste qui constitue "la base opérationnelle" du concept de Pareto-supériorité.

Quel est ensuite le critère de Kaldor-Hicks ?

Selon ce dernier critère, une option A est efficiente par rapport à une option B si et seulement si ceux dont le bien-être s'accroît, si l'on passe de B à A, *peuvent* entièrement compenser ceux dont le bien-être diminue (83). Dans le cas de Kaldor-Hicks, et contrairement au critère de Pareto, la compensation qui va aux perdants ne doit pas en fait être payée : elle est seulement hypothétique.

Si entière compensation est donnée aux perdants et si les coûts de transaction pour le paiement sont nuls, les allocations Kaldor-

---

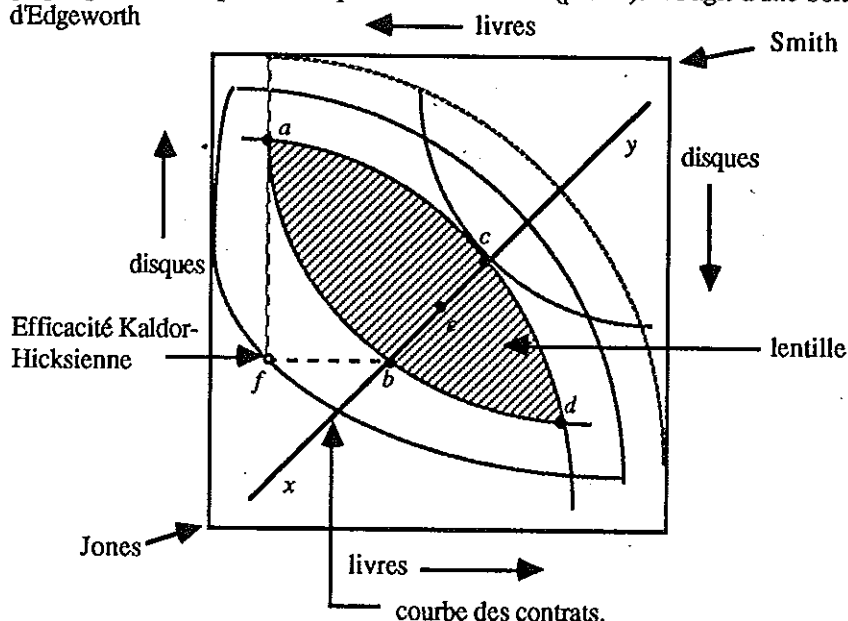
(82) Ph. VAN PARIJS, *op.cit.*, p. 160.

(83) Voir R. POSNER, *Ethical...*, *op.cit.*, p. 491 ; J. COLEMAN, *op.cit.*, p. 513 ; L.A. KORNHAUSER, *op.cit.*, p. 322.



Hicksiennes deviennent Pareto-supérieures (84). Donc, que la distribution des ressources soit efficiente au sens de Kaldor-Hicks ne signifie pas que les gagnants et perdants sont incapables d'améliorer leur position mutuelle par échange. Cela n'implique pas plus qu'il

(84) J. COLEMAN, *op.cit.*, p. 513. La différence entre les concepts d'optimalité parétienne et d'efficacité Kaldor-Hicksienne est très bien illustrée par le graphique suivant que nous reprenons à Coleman (p. 514). Il s'agit d'une boîte d'Edgeworth



Soit  $a$  la distribution initiale de tous les disques et livres entre Jones et Smith. Les lignes  $abd$  et  $acd$  représentent les courbes d'indifférence respectives de Jones et Smith. Un déplacement de  $a$  vers  $b$  (de même que de  $a$  vers  $c$ ) est Pareto-supérieur vu qu'il assure une amélioration de la situation de Smith (Jones) sans que celle de Jones (Smith) soit plus mauvaise. Un déplacement de  $a$  vers  $e$  est aussi Pareto-supérieur vu qu'il améliore la situation de Smith et de Jones. La surface hachurée formée par l'intersection des courbes d'indifférence qui passent par  $a$  forme la lentille et représente tous les déplacements Pareto-supérieurs à partir de  $a$ . Les points de tangence des courbes de Smith et de Jones représentent les distributions Pareto-optimales (la droite  $xy$  qui passe par ces points est la courbe des contrats). Le déplacement de  $a$  à  $f$  est efficient au sens de Kaldor-Hicks puisque en  $f$  Smith pourrait compenser Jones de telle façon que Jones ne serait pas moins bien qu'en  $b$  et Smith serait encore dans une meilleure position.

existe un gain net en utilité. En effet, on peut déterminer si Kaldor-Hicks a été satisfait sans devoir faire appel à un modèle de comparaison inter-personnelle, mais, dans le cas où il y a à la fois des gagnants et des perdants, on ne peut dire si l'utilité totale a été augmentée par une amélioration conforme au critère de Kaldor-Hicks sans se référer à un standard pour les comparaisons inter-personnelles (85).

En outre, même si les comparaisons inter-personnelles étaient possibles, le critère de Kaldor-Hicks est paradoxal en ce qu'il ne respecte pas la condition de transitivité : deux options différentes peuvent être, chacune pour l'autre, efficientes au sens de Kaldor-Hicks (86). Contrairement au critère de Pareto-supériorité, le critère de Kaldor-Hicks ne peut donc être transformé en un index, même incomplet, d'utilité.

En outre, tout comme le principe parétien, le critère de Kaldor-Hicks repose sur un principe de consentement. "Je veux, écrit Posner, défendre l'approche de Kaldor-Hicks ou de la maximisation de la richesse non par référence à la supériorité de Pareto en tant que telle mais par référence à l'idée de consentement" (87).

Mais ce consentement, contrairement au consentement exprès qui sous-tend le principe d'efficacité de Pareto, est seulement implicite. De plus, cet "implied consent" est synonyme de la notion économique de compensation *ex ante* (88).

L'argument de Posner peut se résumer comme suit. Les institutions qui maximisent la richesse sont par hypothèse moins coûteuses que celles qui ne maximisent pas la richesse. Ainsi, l'institution du marché, qui ne compense pas les pertes résultant du fonctionnement (efficient) du marché, coûte moins à la société qu'un

(85) J. COLEMAN, *op.cit.*, pp. 519-520.

(86) Pour une démonstration de ce problème qui porte le nom de paradoxe de Scitovsky, nous renvoyons à J. COLEMAN, *op.cit.*, p. 519. Sans entrer dans les détails, on peut présenter le problème comme suit : étant donné le prix qui prévaut après que les ressources aient été allouées conformément à Kaldor-Hicks et alors même qu'aucune compensation n'a été octroyée aux perdants, ces derniers peuvent être disposés à payer les gagnants pour revenir à la position originelle. Ce qui fait que les deux situations, celle à l'origine et celle postérieure à l'allocation Kaldor-Hicksienne, sont, chacune par rapport à l'autre, efficientes au sens de Kaldor-Hicks (voir C.G. VELJANOVSKI, *Wealth maximisation, op.cit.*, p. 12).

(87) R. POSNER, *Ethical and Political...*, *op.cit.*, pp. 491-492.

(88) *Ibidem*, p. 492.

système qui assure une compensation aux perdants (et qui, en ce sens, est Pareto supérieur). C'est de la différence entre ces deux systèmes d'allocation au niveau des coûts à l'entrée que Posner déduit une forme de consentement : ceux qui ont opté pour un système de marché, quitte à en faire les frais ultérieurement, ont donné leur consentement en acceptant une compensation *ex ante* sous la forme de ces coûts inférieurs. La question subsiste de savoir si accepter cette forme de compensation constitue bien un consentement et si ce consentement porte effectivement sur les pertes.

Pour terminer cette discussion, on peut enfin remarquer que l'adjonction par Posner de ce fondement consensuel au principe de maximisation de la richesse révèle avant tout le caractère non satisfaisant de ce principe, qui par lui-même, ne peut jouer le rôle d'un principe éthique et normatif. Et ceci met, par conséquent, en évidence l'incomplétude de toute légitimation du droit en termes de pure efficacité ainsi que la nécessité de recourir à la notion traditionnelle de consensus. On peut, en outre, se demander si suite à cette adjonction, Posner ne ruine pas complètement son approche normative : en effet, si c'est le consentement à une transaction qui la justifie, alors des actions qui ne maximisent pas la richesse peuvent être justifiées d'un point de vue normatif par le fait que les individus y ont consenti.

### **III. La Common Law : de son caractère fictif à sa logique économique**

#### **A. La fiction de la Common Law selon Bentham**

La Common Law inspire à Bentham une vision de cauchemar : la "loi commune" n'est pas trouvée mais véritablement produite par les juges ; elle est l'expression de leurs préférences instinctives et de leurs convictions inarticulées plutôt que déclarative du droit ; elle est donc

partiale et échappe à tout contrôle par le peuple ou ses représentants (89).

Les critiques que Bentham adresse à la *common law* sont nombreuses mais on peut néanmoins distinguer deux chefs d'accusation majeurs (90).

D'abord, la *common law* est incapable d'assurer la sécurité, objectif premier du droit. En effet, la soi-disant règle du précédent ne garantit qu'une stabilité illusoire de la règle dans la mesure où les juges se réservent toujours le droit de s'en écarter à l'aide de "constructions forcées" (91).

Ensuite, la *common law* ne satisfait pas aux exigences de systématicité et de généralité qui doivent caractériser les règles juridiques. Contrairement à la loi composée de "signes écrits qui expriment la volonté du législateur", la loi commune est un assemblage disparate d'actes et d'ordres judiciaires particuliers (92). La *common law* n'est donc pas véritablement un système de règles juridiques, elle n'est que du "quasi-droit" (93). "Qu'est-ce en définitive que la *common law* ?" se demande Bentham. Et de répondre : "Un assemblage de règles fictives simulant les règles réelles dont se

(89) D.G. LONG, *op.cit.*, pp. 88-89.

(90) Voir G.J. POSTEMA, *Bentham and Dworkin on Positivism and Adjudication*, in *Social Theory and Practice*, 1980, vol. 5, n° 3-4, p. 353 et du même auteur, *Bentham's early Reflections on Law, Justice and Adjudication*, in *Revue internationale de philosophie*, 1982, n° 141, p. 228 et sv.

(91) F. OST, *Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham*, in *L'actualité de la pensée juridique de Bentham*, Bruxelles, 1986, p.163 et sv. F. OST ajoute en note (*Ibidem*, p. 194) un extrait d'une lettre de Bentham : "Oui, mes amis, si vous vous aimez mutuellement, si vous tenez à votre sécurité, fermez votre porte à la *Common Law* comme vous le feriez pour la peste... N'oubliez jamais cette leçon : partout où la *Common Law* a débarqué, la sécurité a disparu" (*Lettre de J. Bentham, un Anglais aux citoyens des divers Etats des Etats-Unis d'Amérique*, in *Papers relative to codification, The Works of Jeremy Bentham*, éd. Bowring, Edinburgh, 1838-1843, t. IV, p. 478 et sv.).

(92) J. BENTHAM, *Of Laws in General*, *op.cit.*, pp. 152 et sv.

(93) *Ibidem*, p. 194.

compose la "statute law"" (94). En conséquence, la *common law* doit être digérée dans le corps de la *statute law* (95).

La forme que doit prendre le droit, c'est celle d'un code, d'un droit écrit et organisé selon des principes logiques, universels et a priori. Un des avantages du code, c'est d'être accessible à tout le monde, alors que le mystère qui entoure la *common law*, vu l'absence de toute véritable publication (96), a pour effet de protéger les institutions juridiques en cachant le fait qu'elles ne sont que des expressions de la volonté humaine (97) d'assurer un privilège, un monopole aux juristes professionnels (98). "Le droit, disait Bentham, se présente sous un masque" ; le projet benthamien, c'est celui de supprimer ce masque (99), et pour commencer de dissiper les ténèbres de la *common law* (100).

#### B. Le caractère évolutionniste de la *common law* selon Blackstone

Avant d'opposer, toujours autour du thème de la *common law*, l'approche benthamienne à l'approche posnérienne, on peut, à titre de transition, esquisser la position de Blackstone contre laquelle toute l'analyse de Bentham est dirigée et que Posner s'efforce précisément à réhabiliter.

Pour Blackstone, la *common law* est issue d'un processus évolutionniste (101), tout comme l'est, ainsi que nous le verrons, le langage. Est révélatrice de cette conception l'image que Blackstone utilise - et que Posner reprend - pour représenter la *common law* : le système de la *common law* "ressemble, écrit Blackstone, à un vieux château gothique, érigé à l'époque de la chevalerie mais adapté à un habitant d'aujourd'hui. Les remparts entourés de fossés, les tours

---

(94) J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, éd. J.H. Burns et H.L.A. HART, *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Londres, 1977, p. 120.

(95) *Ibidem*, p. 320.

(96) J. BENTHAM, *Of Laws in General*, *op.cit.*, pp. 184 et sv.

(97) H.L.A. HART, *The Demystification of Law*, in *Essays on Bentham*, Oxford, 1982, pp. 25 et sv.

(98) J. BENTHAM, *Of Laws in General*, *op.cit.*, pp. 188-189.

(99) H.L.A. HART, *Introduction*, in *Essays on Bentham*, *op.cit.*, p. 2.

(100) Voir R. HARRISON, *op.cit.*, p. 38.

(101) R. POSNER, *Blackstone and Bentham*, *op.cit.*, p. 589.

crénelées, et les halls emplis de trophées sont certes magnifiques et vénérables, mais sans utilité, et, par conséquent, négligés. Les appartements inférieurs, récemment aménagés en fonction des exigences de la vie quotidienne, sont réconfortants et commodes" (102).

Dans l'optique de Blackstone, "le droit apparaît comme une entité *"organique"* qui, conservant des traces du passé, s'adapte au présent ; il prend la forme d'un *"système réticulaire complexe"* ; il change et se développe à travers l'élaboration *intersticielle* du droit" (103) par les juges.

Remarquons que, sur tous ces points, l'opposition avec Bentham est nette : comme modèle de fonctionnement, Bentham a plutôt recours à la métaphore *mécanique* ; la structure du système juridique devrait obéir, selon lui, à un principe *hiérarchique* strict qui ferait du droit un système arborescent ; c'est au *législateur* d'élaborer les principes et règles générales qui constituent le droit.

### C. Le caractère efficient et la logique évolutionniste de la *common law* selon Posner

Les réflexions de Posner à propos du droit de la *common law* vont dans deux directions distinctes : d'un côté, il prétend que les règles existantes de la *common law* sont plus efficaces que d'autres règles ; de l'autre, il souligne que le droit *tend* à devenir plus efficace. Ces deux sortes de considération, qualifiées les premières de non-évolutionnistes, les secondes d'évolutionnistes (104), constituent les deux facettes d'une même réalité, seule la perspective, synchronique dans le premier cas, diachronique dans le second, variant.

Abordons ces deux versants.

La plupart des articles publiés dans le secteur de l'AED énoncent des propositions du premier type selon lesquelles certaines doctrines défendues à travers la jurisprudence (à propos par exemple de l'erreur, de la *consideration*, de l'impossibilité en droit des contrats) rencontrent

(102) W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, éd. 1830, p. 268 (cité par R. POSNER, *Ibidem*, p. 596).

(103) Toutes ces formules sont utilisées par Posner dans l'article consacré à Blackstone (*op.cit.*, p. 596).

(104) L.A. KORNHAUSER, *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency*, in *Hofstra Law Review*, 1980, vol. 8, n° 3, p. 611.

les exigences tirées de l'efficacité (105). L'AED comporte ici sans aucun doute une dimension descriptive. Etant donné le modèle épistémologique positiviste auquel Posner adhère, ces propositions descriptives se doivent d'être vérifiées sur base d'études empiriques. Ces mises à l'épreuve semblent malheureusement être singulièrement rares (106).

En outre, lorsque de telles études empiriques existent, elles sont peu convaincantes. Pourquoi ? Le problème provient de l'introduction de coûts de transaction (107) à titre d'hypothèse et non pas sur base d'une analyse empirique distincte. En supposant sans la prouver une certaine configuration des coûts de transaction, on parvient toujours à faire apparaître le caractère efficient du droit : "Cette méthode de "vérification" de la théorie ne se ramène souvent à rien de plus qu'une réaffirmation de l'hypothèse que la *common law* est efficace ; elle utilise les coûts de transaction d'une manière qui fait de toute cette approche une tautologie élaborée" (108). L'"élasticité" de la théorie devient telle qu'elle parvient à "expliquer" n'importe quelle institution observée. Etant non réfutable, elle risque en même temps de ne plus rien expliquer du tout (109). Pour éviter une fermeture purement formelle et factice du modèle économique, l'économiste se devrait de

---

(105) L.A. KORNHAUSER, *op.cit.*, p. 611.

(106) C.G. VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law...*, *op.cit.*, p. 182 et L.A. KORNHAUSER, *op.cit.*, pp. 622-623 (note 70).

(107) Par coûts de transaction, il faut entendre l'ensemble des facteurs empêchant les parties de réaliser tous les échanges mutuellement avantageux et notamment des difficultés de communication et d'information (Voir E. MACKAAY, *op.cit.*, p. 55). R. COASE (*op.cit.*, p. 18) décrit les coûts de transaction de la manière suivante : si on veut mener à bien une transaction sur un marché, il est nécessaire de découvrir à qui on désire avoir affaire, d'informer les gens qu'on désire négocier avec eux et sur quelle base, de conduire les négociations qui mènent à l'accord, de rédiger le contrat, etc.

(108) C.G. VELJANOVSKI, *op.cit.*, p. 184 ; voir aussi J. ELSTER, *op.cit.*, p. 156.

(109) Assez paradoxalement, Posner utilise le même argument pour défendre la simplicité de son modèle : il souligne ainsi qu'un modèle complexe est plus difficile à réfuter empiriquement et "un modèle qui n'est pas réfutable ne peut rien nous apprendre à propos du monde" (*A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law*, in *Hofstra Law Review*, vol. 9, n° 3, 1981, p. 781..

détailler les coûts de transaction et de faire apparaître très concrètement leur existence à travers un éventail de circonstances bien définies.

Qu'en est-il ensuite du versant évolutionniste de l'approche posnérienne de la *common law* ?

S'il prétend partager la conception évolutionniste de Blackstone, Posner va aussi plus loin : il décèle la loi d'évolution sous-jacente au système de la *common law*. Cette logique implicite à la *common law* est économique et tend à faire prévaloir les règles efficaces sur les règles inefficaces. Développons la thèse selon laquelle les règles de la "common law", ou du moins la plupart d'entre elles (110), peuvent être expliquées comme des "tentatives en vue de promouvoir une allocation efficace des ressources".

Selon une première présentation de la thèse évolutionniste (111), on peut distinguer deux affirmations : la première consiste à soutenir qu'une règle (ou décision) inefficace sera plus fréquemment remise en cause devant les tribunaux qu'une règle efficace ; la deuxième revient à dire que de ce taux différentiel de fréquence des litiges, il s'ensuit que les règles inefficaces seront plus souvent éliminées que les règles efficaces.

Cette approche fait problème.

Pourquoi les règles inefficaces devraient-elles être plus souvent contestées ? En effet, la décision (et le désir) d'une partie de porter un problème devant les tribunaux dépend, non des gains ou des pertes qui en résulteront pour la société (augmentation de la richesse collective) mais des gains ou des pertes qui en résulteront pour cette partie à titre personnel (112). On peut très bien imaginer que deux règles également efficaces puissent avoir des conséquences différentes sous l'angle distributif : dans ce cas, il existera toujours des parties qui seront incitées à défendre une règle plutôt que l'autre et l'efficacité de celles-ci ne permettra pas d'éviter tout litige.

En outre, pourquoi des règles plus souvent contestées seraient-elles condamnées à disparaître au profit de règles plus efficaces ? De

(110) Selon A. Hollander et E. MacKaay, l'AED soutient la thèse selon laquelle c'est dans tous les domaines de la *common law* ou du droit civil traditionnel que les règles existantes favorisent des solutions efficaces (*Are Judges Economists at Heart ?*, in *Artificial Intelligence and Legal Information Systems*, éd. C. CIAMPI, Amsterdam-New York-Oxford, 1982, p. 131).

(111) L.A. KORNHAUSER, *L'analyse économique du droit*, op.cit., pp. 326-327.

(112) L.A. KORNHAUSER, *L'analyse économique du droit*, op.cit., p. 327.



l'avis de Kornhauser (113), des hypothèses supplémentaires sur la structure du processus de décision - il faudrait, par exemple, postuler que les juges ont une tendance à préférer les règles efficaces - doivent être ajoutées.

Selon la présentation de Jacquemin, l'évolution a sa source dans le comportement des *parties* : "La prédominance des règles de droit "efficaces" résulterait, non de la main visible du juge, mais d'une main invisible jouant via les décisions des parties de porter un litige devant les tribunaux plutôt que de le régler à l'amiable" (114).

Quel est le mécanisme qui explique que certaines disputes seront portées devant les tribunaux, tandis que d'autres seront réglées par un accord privé ? Le principe est "qu'une partie s'attendant à une décision défavorable et désireuse d'éviter un jugement sera disposée à payer un montant qui ne dépasse pas la perte attendue du jugement. Inversement, si elle s'attend à gagner, elle sera dissuadée d'aller en justice, par une compensation marginalement supérieure à son gain attendu. Il est alors évident que la partie dont l'enjeu est le plus élevé est toujours capable d'offrir une compensation pour éviter un procès qu'elle pense perdre, alors que la partie dont l'enjeu est moindre ne pourra lui proposer un montant suffisant pour l'inciter à renoncer à un procès qu'elle pense gagner. Il en résulte que la partie dont l'enjeu est supérieur assurera que les seuls litiges portés devant les tribunaux seront ceux dont elle attend un gain. Puisque les nouveaux jugements tendent à modifier le droit en faveur des parties gagnantes, il y aura dès lors une évolution favorable à ceux dont l'enjeu est le plus élevé" (115).

Reste alors encore à démontrer qu'une telle évolution est aussi une évolution vers l'efficacité, ce qui implique que la taille des enjeux et les coûts de prévention soient positivement corrélés. Outre les doutes qu'émet Jacquemin à ce propos, on peut noter que ce modèle n'explique pas comment les attentes relatives à la probabilité de succès sont formées.

Une dernière remarque porte, elle, sur le rapport qu'entretiennent les deux versants de l'approche de la *common law*.

---

(113) *Ibidem*, p. 327.

(114) A. JACQUEMIN, *Sélection et pouvoir dans la nouvelle économie industrielle*, Paris, et Louvain-la-Neuve, 1985., p. 172.

(115) *Ibidem*, p. 173.

Jacquemin et Bergmans soulignent que l'intérêt principal de l'approche économique provient du souci permanent de ses défenseurs d'identifier des mécanismes précis, capables d'expliquer un processus évolutif vers l'efficacité, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'hypothèse héroïque d'une hyper-rationalité du juge (ou du législateur) (116). Il nous semble, quant à nous, que l'AED de Posner alterne, dans sa tentative de rendre compte du caractère efficient de la *common law*, une explication à l'aide d'un mécanisme, du type de celui décrit ci-dessus, réellement à l'oeuvre dans la démarche des parties, avec une "explication" qui a recours à la fiction d'une rationalité présumée dans le chef des différents agents et notamment du juge. En mettant à jour un tel mécanisme, Posner montre que la *common law* tend vers l'efficacité (versant évolutionniste) ; lorsqu'il se base sur une hypothèse de rationalité, il cherche à démontrer que la *common law* est efficace (versant descriptif). Qui plus est, c'est sur cette présupposition de rationalité, donc sur le versant descriptif, qu'insiste Posner.

N'écrit-il pas ainsi que la théorie économique suppose que "les règles et décisions de la *common law* sont le mieux expliquées sur la base de l'hypothèse "comme si" ("as if" assumption), ne visant par ailleurs pas à être réaliste, selon laquelle les juges s'efforcent de façon consciente de promouvoir une allocation efficace des ressources" (117).

#### D. Annexe : la question du langage

Dans sa défense de Blackstone contre les attaques de Bentham, Posner aborde la question de la nature du langage (118), discussion que nous reprenons ici - à titre de pièce complémentaire au débat - vu qu'elle reproduit de façon significative autour du langage la même controverse que celle qui oppose Posner à Bentham à propos de la *common law*.

(116) A. JACQUEMIN et B. BERGMANS, *Les théories évolutionnistes du droit et l'oeuvre d'Edmond Picard*, in *Journal des Tribunaux*, 1986, p. 98..

(117) R. POSNER, *A Reply to Some Recent Criticisms...*, *op.cit.*, pp. 775 et 781. Il ajoute (p. 776) que sa théorie de la *common law* est "une explication des règles (de leur contenu) et éventuellement des effets de la *common law*, plutôt qu'une explication des raisons pour lesquelles la *common law* en est venue à s'intéresser à l'efficacité".

(118) R. POSNER, *Blackstone and Bentham*, *op.cit.*, pp. 602-603.

## 1. Le langage comme labyrinthe obscur

La position de Bentham peut se résumer comme suit : étant donné que le langage, "institution humaine", n'a de valeur que pour autant qu'il transmette de façon précise et non ambiguë les idées que le locuteur désire communiquer, il est essentiel de le refaire, de le purifier de son ambiguïté, d'augmenter sa transparence.

En cela, Bentham est bien cet homme des "Lumières", qui, confiant dans les pouvoirs de sa raison, s'engage dans une lutte contre les imperfections du langage ordinaire et s'efforce de reformuler celui-ci (119). "La versatilité du langage est, écrit Bentham (120), sans fin, et ses variantes inépuisables. Par conséquent, il n'y a pas lieu de se fier aux simples mots". Cette attitude de soupçon à l'endroit des façons habituelles de parler oriente toute la méthode d'analyse benthamienne. Ainsi, par exemple, la technique de la paraphrase, qui consiste à ramener une idée complexe à une idée simple (121), vise à fournir un fil qui permette de sortir du "labyrinthe" que constitue pour Bentham le langage ordinaire (122).

## 2. Le langage comme institution issue de l'évolution

L'attitude implicite de Blackstone à l'égard du langage, attitude que partage Posner, est tout à l'opposé.

Selon Posner, la position de Blackstone se raccroche à la vieille tradition qui considère "les formes linguistiques comme liées aux caractéristiques fondamentales de la civilisation, y compris à la préservation de l'ordre social" (123). Dans cette perspective, dont on trouve selon Posner une illustration dans 1984 d'Orwell, le langage traditionnel, en tant que distant des langages inventés, est une institution sociale qui possède une énorme influence stabilisatrice parce qu'elle incarne et perpétue des habitudes de pensée, des modes de raisonnement et des valeurs traditionnelles qui agissent comme un

---

(119) Sur ce point, voir le chapitre I de A. STROWEL, *Analyse et utilitarisme dans les pensées juridiques de Bentham et de Hart*, in *Actualité de la pensée de Bentham*, Bruxelles, 1987, pp. 303 et sv.

(120) J. BENTHAM, *Of Laws in General*, op.cit., pp. 143-144.

(121) R. HARRISON, op.cit., p. 55.

(122) J. BENTHAM, *Of Laws in General*, op.cit., pp. 2-3 et 278.

(123) R. POSNER, *Blackstone and Bentham*, op.cit., p. 602.

rempart contre le changement précipité et le gouvernement absolu. "A cet égard, écrit Posner, le langage d'un peuple est comme le marché libre... Comme un marché libre, un langage est une institution énormément compliquée, cependant privée et décentralisée" (124).

Outre ce rapprochement, Posner reprend l'image du langage comme vieille ville et cite le célèbre passage des *Investigations philosophiques* de Wittgenstein : "On peut considérer notre langage comme une vieille cité : un labyrinthe de ruelles et de petites places, de vieilles et de nouvelles maisons et de maisons agrandies à différentes époques ; et ceci environné d'une quantité de nouveaux faubourgs aux ruelles rectilignes bordées de maisons uniformes" (125).

La question n'est pas de sortir de ce labyrinthe. En effet, si le langage est le produit d'une longue évolution historique, on peut interpréter celle-ci de façon positive comme une sorte de sélection adaptative qui en a fait quelque chose d'aussi parfait que possible et auquel on ne saurait en tout cas apporter par des remaniements artificiels aucune amélioration sérieuse (126). Comme l'écrit J.L. Austin, dont l'approche du langage est en droite ligne avec celle des *Investigations* : "Notre réserve commune de mots renferme toutes les distinctions que les hommes ont trouvées dignes d'être tracées et les connexions qu'ils ont trouvées dignes d'être marquées, pendant la vie d'un grand nombre de générations : elles ont certainement des chances d'être plus nombreuses, plus solides, puisqu'elles ont subi avec succès le long test de la survivance du plus apte, et plus subtiles, au moins dans toutes les matières ordinaires et raisonnablement pratiques, que toutes celles que vous ou moi sommes susceptibles d'élaborer dans notre fauteuil un après-midi" (127). Posner souscrit à cette représentation du langage, de la même façon qu'il considère que le marché, institution sociale à son avis comparable, est le produit d'un processus évolutionniste et sélectif. Parce que le langage ordinaire est le mieux adapté, il n'y a aucune justification possible à une reconstruction

---

(124) *Ibidem*, p. 603.

(125) L. WITTGENSTEIN, *Investigations philosophiques*, Paris, 1961, Aphorisme 18, p. 121. On peut remarquer que cette métaphore du langage - vieille ville reproduit la métaphore de la *common law* - antique château que Posner emprunte à Blackstone (voir supra III, B).

(126) J. BOUVERESSE, *La parole malheureuse*, Paris, 1971, p. 133.

(127) J.L. AUSTIN, *A Plea for Excuses*, in *Philosophical Papers*, Oxford, 1961, p. 130.

rationnelle de celui-ci qui s'opérerait a priori et *de novo*. Et cela d'autant plus que les pouvoirs de la raison sont, pour Posner et à l'inverse de Bentham, très limités (128). La même conclusion s'impose pour la *common law* : celle-ci doit rester soustraite aux décrets de la raison codificatrice et réformatrice.

### Conclusion : les trois thèses de l'AED et l'utilitarisme

En guise de conclusion, nous réarticulons l'apport de l'AED autour de trois thèses principales (129).

En outre, nous rapprochons systématiquement l'utilitarisme de l'AED en vérifiant, pour chacune de ces thèses, si et jusqu'à quel point l'utilitarisme (benthamien) les partage.

#### A. La thèse béhavioriste

La thèse béhavioriste qui serait la plus fondamentale (130), affirme que la théorie micro-économique fournit une théorie valable pour prédire le comportement des individus en présence de règles juridiques (131). On peut distinguer trois éléments dans cette thèse : (a) le droit influence le comportement des individus ; (b) l'influence est de nature économique ; (c) le droit est implicitement conçu comme un instrument permettant d'atteindre certains objectifs. Bentham, lui aussi, partage une conception selon laquelle (a) le droit sert à modifier les conduites des individus (b) en modifiant par un régime de sanctions appropriées les coûts de leurs actes (et non pas leurs désirs ou croyances). Néanmoins, ces coûts s'expriment en termes de plaisir et de peine chez Bentham, et non pas en termes purement monétaires comme chez Posner. D'où un léger écart qui sépare l'hédonisme benthamien de l'économisme posnérien. Bentham et Posner se

---

(128) Posner reprend d'ailleurs la critique qu'Hayek a adressée à l'utilitarisme, à savoir qu'il présuppose l'omniscience (*Utilitarianism...*, *op.cit.*, p. 113, note 41 ; voir aussi *Blackstone and Bentham*, *op.cit.*, pp. 603-604).

(129) L.A. KORNHAUSER, *L'analyse économique du droit*, *op.cit.*, pp. 318 et sv.

(130) Le "postulat de base de l'analyse économique du droit" est qu'"un changement dans les règles de droit sera...supposé avoir un effet sur les comportements" (L. d'URSEL, *L'analyse économique du droit des contrats*, *op.cit.*, p. 47).

(131) L.A. KORNHAUSER, *op.cit.*, p. 318.

rejoignent enfin (c) en ce que leur théorie behavioriste implique une conception instrumentale du droit qui tourne celui-ci vers l'avenir et en fait un instrument de prévision du comportement.

Néanmoins, leur vision de la *fonction* du droit ne se recouvre pas. Le droit n'est pas qu'un pur instrument de détermination des conduites pour Bentham, il reste encore un instrument d'éducation des hommes. Alors que "l'AED exclut... l'hypothèse selon laquelle les normes juridiques auraient un impact éducationnel" (132), l'utilitarisme benthamien considère que le droit, outre qu'il fournit aux individus "les motifs dont ils ont besoin en vue d'être induits à accomplir tel acte", leur donne aussi des "informations permettant de distinguer les actes bénéfiques de ceux qui sont dommageables" (133). Comme le souligne Dinwiddy, Bentham reconnaît qu'il existe "deux manières différentes d'influencer le comportement" (134) : d'une part, à l'image de l'ingénieur social, il s'agit de "déterminer ce que nous ferons" ; d'autre part, à l'image de l'éducateur, il s'agit de "montrer ce que nous devons faire" (135).

Bentham alimente ainsi l'idée d'une rationalité publique supérieure aux intérêts changeants et conflictuels des individus (136). Détenteur de cette rationalité qui a pour nom l'utilité, le législateur est voué à enseigner aux hommes leur devoir qui correspond à l'intérêt supérieur de la communauté.

---

(132) *Ibidem*, p. 314.

(133) J. BENTHAM, manuscrit, U.C, c. 24 (cité par J.R. DINWIDDY, *Bentham on private ethics*, in *Revue internationale de philosophie*, 1982, n° 141, p. 292). On pourrait se demander si ces tâches imparties au législateur ne sont précisément pas prises en charge par les deux parties dont se compose, selon *Of Laws in General*, l'un des modèles de loi complète : une partie sanctionnatrice ou incitatrice qui, s'adressant à la volonté, fait connaître le motif, et une partie directive qui, s'adressant à l'entendement, fait connaître la volonté du législateur (aspect de la loi), quant aux actes (objet de la loi) qu'il entend imposer ou interdire conformément aux impératifs utilitaristes (voir J. BENTHAM, *Of Laws in General*, *op.cit.*, p. 134 et chap. XIV et J.S. BRITO, *Relire Bentham. A propos de "Of Laws in General" de Bentham par Hart*, in *Archives de philosophie du droit*, 1972, t. XVII, pp. 463 et sv.).

(134) J.R. DINWIDDY, *op.cit.*, p. 297.

(135) J. BENTHAM, *An Introduction...*, *op.cit.*, p. 11.

(136) N. ROSENBLUM, *op.cit.*, voir notamment, pp. 2, 4, 5 et 151.

La stratégie de Posner, typiquement économiste (137), est de remédier à une conduite répréhensible simplement en augmentant son coût, plutôt que de l'enrayer en édictant des principes accompagnés de sanctions. Cela tient à ce qu'il n'admet pas que les gens puissent modifier leurs valeurs. Par conséquent, il ne peut reconnaître à la loi une fonction éducative qui vise à instaurer une hiérarchie dans les valeurs et à en préconiser certaines, mais ne lui accorde qu'une fonction de dissuasion. Autrement dit, le droit conserve pour Bentham une réserve de valeur à communiquer alors que, pour Posner, le sens du droit s'épuise dans ses seuls effets.

Parallèlement, Bentham et Posner ne possèdent pas une même conception de la "nature" du droit ou des éléments constitutifs d'une règle.

Alors que Bentham se représente le droit comme un système d'interdictions et d'obligations assorties de sanctions, Posner conçoit le droit comme un système de sanctions douces ou encore d'incitants (138) (139). Se marque, ici, l'écart entre la théorie de Bentham qui reste "impérative" et la théorie "incitative" de Posner. Corrélativement, le droit perd sa qualité de donnée incontournable pour la conduite humaine et devient une variable (parmi d'autres) dans la fonction de maximisation à laquelle se conforme la conduite des individus.

En fait, l'AED déplace le centre de gravité de la théorie juridique : alors que la théorie iusnaturaliste ainsi que la théorie iuspositiviste conçoivent le droit comme un ensemble de règles, que celles-ci se caractérisent par leur contenu (par leur conformité à certains prescrits issus d'une Nature divine ou humaine) ou par leur forme (par le fait qu'elles sont articulées en un système obéissant à une logique interne), l'AED abandonne ce point de vue interne, centré autour de la notion de norme, et lui substitue l'idée que droit et comportement sont

---

(137) A. HIRSCHMAN, *op.cit.*, p. 93.

(138) H.L.A. HART, *American Jurisprudence through English Eyes...*, *op.cit.*, p. 988.

(139) Ce déplacement suit l'évolution de la figure du pouvoir telle que la retrace Foucault : d'un pouvoir "négatif" qui fixe des limites au comportement, on est passé à un pouvoir "positif" qui induit des comportements (voir, par exemple, *La Volonté de Savoir*, Paris, 1976).

intimement liés (140), que la théorie du droit passe par et repose sur une théorie de l'action. L'utilitarisme (benthamien) se situe quelque part à mi-chemin et c'est peut-être là sa spécificité : d'une part, il adopte l'approche positiviste, de l'autre il se fonde sur une thèse béhavioriste qui elle-même est plus complexe que la thèse de l'AED.

Reprenons, pour achever l'analyse de la thèse béhavioriste, les principaux traits de la théorie de l'action qui sous-tend l'AED et qui se confond avec celle de la théorie micro-économique dite néo-classique (141). "A la base même de cette théorie se trouvent un certain nombre de suppositions sur le comportement des agents économiques. La supposition centrale, c'est que ces agents se comportent de manière rationnelle" ou encore qu'ils "agissent en fonction de leurs préférences" (142). Le concept de rationalité auquel a recours l'AED est cependant beaucoup plus étroit (et donc plus fort) que cela. On peut, à la suite de Ph. Van Parijs, distinguer six conditions supplémentaires qui sont imposées à la notion de rationalité dans la théorie micro-économique et qui se retrouvent dans l'AED :

1) la rationalité micro-économique est *égoïste* au sens où l'agent économique n'agit pas seulement selon ses préférences mais plus spécifiquement selon ses intérêts personnels (voir I B pour une démonstration en ce qui concerne l'AED) ;

2) elle est *matérielle* en ce sens que les intérêts, qui orientent l'action de l'agent concernent d'une manière ou d'une autre ses revenus (voir II B) ;

3) elle est *parfaite* en ce sens que le comportement obéit à la seule règle de la maximisation (voir II B) ;

4) elle est *objective*, c'est-à-dire qu'elle repose que une information correcte (cet aspect se retrouve dans l'AED et découle de la présupposition de connaissance par les individus des prix des institutions juridiques ainsi que des biens - institutions substituables, c'est-à-dire des différentes possibilités de consommation) ;

5) elle est *archimédienne* (voir II B à la fois pour une définition de ce trait et pour une application à l'AED) ;

(140) L.A. KORNHAUSER, (*Perplexed Claims of efficiency, op.cit.*, p. 635) estime, par conséquent, que l'AED découle directement du courant réaliste et il cite Leewellyn comme précurseur.

(141) L.A. KORNHAUSER, *L'analyse économique du droit, op.cit.*, pp. 314 et 318.

(142) Ph. VAN PARIJS, *Le modèle économique dans les sciences sociales : imposture ou nécessité ?* in *Revue Nouvelle*, n° 10, octobre 1986, p. 267.



6) elle est *paramétrique* en ce sens que l'environnement de l'agent est supposé constant ou du moins donné (dans l'AED, la règle influence le comportement mais en sens inverse, les actions des individus n'ont pas d'influence sur leur environnement juridique) (143) ;

Le concept de rationalité à l'oeuvre dans le versant descriptif de l'utilitarisme benthamien, c'est-à-dire dans sa théorie de l'action partagée, à notre avis, quatre des six traits qui caractérisent la rationalité sous-jacente de l'AED. La rationalité utilitariste est :

1) *égoïste* (voir la discussion en I A)

2) *parfaite* (le comportement de chaque individu s'explique pour Bentham (144) par la maximisation de son utilité)

3) *archimédienne* (toutes les maximisations se font le long d'une seule dimension, vu que tous les facteurs qui entrent dans la fonction d'utilité sont d'une certaine manière toujours substituables l'un à l'autre - un *trade off* est toujours possible ; ceci découle de ce que les règles juridiques peuvent être traduites (et réduites) en termes de plaisir et de peine qui constituent ainsi une mesure unique (145) )

4) *paramétrique* (la théorie benthamienne de l'action, construite sur le modèle de la science physique newtonienne, inscrit l'action dans une "chaîne de causes et effets" (146) et conçoit le rapport de l'environnement à l'action sur le modèle stimulus-réponse (147) ).

Par contre, elle n'est pas *matérielle* (les individus agissent en vue de maximiser leur bonheur non pas simplement leur richesse). En ce qui concerne le caractère *objectif* ou non de la rationalité "utilitariste" des agents (disposent-ils d'une information suffisante et correcte ?), on doit, semble-t-il, répondre par la négative.

---

(143) L'hypothèse d'un environnement paramétrique accompagne naturellement la thèse évolutionniste que nous présentons ci-après : c'est en effet dans un tel environnement non stratégique que prend sens et que peut fonctionner un mécanisme de sélection naturelle.

(144) Ph. VAN PARIJS, *Les avatars de l'utilitarisme, où en sont les fondements de l'économie normative ?*, *op.cit.*, p. 156.

(145) J. Elster parle de l'hédonomètre utilitariste", soulignant ainsi l'existence d'une échelle continue de mesure (*Sour grapes-utilitarianism and the genesis of wants*, in A. SEN et B. WILLIAMS, *op.cit.*, p. 234).

(146) J. BENTHAM, *An Introduction...*, *op.cit.*, p. 11.

(147) D.G. LONG, *op.cit.*, p. 25. Voir aussi les articles précités de J. FLORENCE et A. STROWEL.

D'une part, Bentham, admet que, *dans les faits*, c'est-à-dire dans le cadre d'un système juridique non codifié tel que celui de son époque, les agents ne disposent pas des informations suffisantes concernant les règles en vigueur, ce qui crée une incertitude peu propice à la recherche du bonheur.

D'autre part, il semble qu'*en droit* l'individu ne possède pas une connaissance éclairée de ce qui contribue à son bonheur, autrement dit de son véritable intérêt qui lui-même se confond avec l'intérêt général, ce qui justifie la fonction pédagogique du droit.

On peut donc affirmer que Bentham et Posner partagent une conception semblable de l'action, avec néanmoins les deux réserves précitées.

### B. La thèse normative

Cette thèse, qui est sans doute la plus controversée, commence par affirmer que les juges devraient choisir des règles juridiques qui soient efficaces (148). Se posent alors les questions suivantes : qu'est-ce que l'efficacité économique ? qu'est-ce que cela signifie de dire que les ressources sont allouées d'une manière efficace ou qu'un ensemble de règles est efficace ? En II B et C, nous nous sommes efforcés de fournir une réponse. Nous reprenons ici le problème en distinguant deux sens du concept d'efficacité.

Posner prétend tout d'abord que la fonction proprement normative de l'AED se réduit à "clarifier les conflits de valeur et à montrer comment atteindre certains objectifs sociaux donnés à l'aide des moyens les plus efficaces" (149). Dans cette première hypothèse, la notion d'efficacité a un sens large ; elle sert de règle technique, indiquant simplement la voie techniquement adéquate. En ce sens, elle "n'oblige pas" vraiment mais constitue un impératif "hypothétique" qui

(148) L.A. KORNHAUSER, *op.cit.*, p. 321.

(149) R. POSNER, *EAL*, p. 20. G. TULLOCK souligne que la question de l'efficacité au sens d'adéquation des moyens à certaines fins données, se pose tant au niveau des règles de droit substantiel qu'au niveau des institutions (tribunaux, police) chargées d'assurer l'application de ces règles (*Two kinds of efficiency*, in *Hofstra Law Review*, printemps 1980, vol. 8, n°3, p. 486 et sv.

peut être valablement appliqué à toute décision rationnelle (150). La notion d'efficacité se confond ici avec celle de rationalité au sens le plus habituel du terme (151). Exiger que les règles juridiques soient efficaces en ce sens revient à les légitimer par la performance (152). Or, comme nous l'avons montré, Posner va plus loin : en proposant comme critère d'efficacité le critère de maximisation de la richesse qui, lui-même, se confond avec le critère de Kaldor-Hicks, il formule une règle générale d'optimalité, qui censée assurer le meilleur usage possible des ressources. L'efficacité reçoit ici un sens strict et devient véritablement une règle normative, un impératif "catégorique". Lorsque, perdant son sens instrumental, l'efficacité passe dans l'ordre des fins, on a affaire à une forme d'économisme (153), à un mode de légitimation par l'économie (154).

Alors que la poursuite de l'efficacité au premier sens est difficilement criticable, le critère d'efficacité au sens strict, comme d'ailleurs toute autre proposition relative à l'optimum, n'est pas à l'abri de la controverse (155). Qu'il suffise de se rapporter aux développements en II B.

Outre ces critiques, on peut à la suite de Kornhauser (156), se demander si les objections élevées contre l'utilitarisme normatif s'appliquent à l'AED.

Rappelons tout d'abord que l'AED possède deux déterminations principales de l'AED (qui ne sont pas sans rapport avec les deux sens

---

(150) Voir A. JACQUEMIN, *Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique*, in *L'interprétation en droit*, Bruxelles, 1978, pp. 486 et sv.

(151) C'est à l'idée wébérienne d'activité rationnelle par rapport à une fin (*zweckrational*) que nous pensons ici. Voir à ce propos J. HABERMAS, *La technique et la science comme idéologie*, Gallimard, 1973, pp. 3 et sv.

(152) Voir F. OST, *La légitimité dans le discours juridique, cohérence, performance, consensus ou dissensus ?*, in *A.R.S.P.*, 1985, beiheft n°25, pp. 191-204.

(153) Voir R. PASSET, *L'économie, une nouvelle apologétique ?*, in *Le genre humain*, n° 14, printemps-été 1986, p. 45.

(154) Voir D. KENNEDY, *Cost Reduction Theory as Legitimation*, in *Yale Law Journal*, 1981, 90, pp. 1275 et sv.

(155) A. JACQUEMIN, *op.cit.*, p. 490 qui renvoie à S.K. NATH, *A Reappraisal of Welfare Economics*, Routledge et Kegan, 1969

(156) L.A. KORNHAUSER, *op.cit.*, p. 323.

de l'efficacité qui viennent d'être développés) : premièrement, c'est à l'instar de l'utilitarisme une théorie conséquentialiste en ce sens que le choix d'une option se fait sur base de ses conséquences ; deuxièmement, c'est contrairement à l'utilitarisme une théorie qui évalue les conséquences exclusivement en termes de richesse.

A la question posée par Kornhauser, on peut maintenant répondre en distinguant deux types de critiques : celles qui visent le caractère conséquentialiste de l'utilitarisme et celles qui ne le font pas (157). Aux critiques substantielles qui s'attaquent à la "morale du résultat" qu'est l'utilitarisme, l'analyse économique ne fournit pas de réponse et ne peut en fournir vu qu'elle partage ce premier trait avec l'utilitarisme. Ainsi en est-il des objections tirées du fait que l'utilitarisme est incompatible avec notre intuition de la justice ou avec une théorie de droits moraux (158) : ces objections s'appliquent tout aussi bien à l'AED.

Par contre, l'AED s'est attaquée aux déficiences techniques de l'utilitarisme qui ne mettent pas en cause son caractère conséquentialiste. En particulier, elle a cherché à pallier au problème des comparaisons inter-personnelles de l'utilité (159). La question subsiste néanmoins, comme nous l'avons souligné ci-dessus (voir II B), de savoir si elle y a réussi.

### C. La thèse concernant la *common law* et ses deux versants descriptif-évolutionniste

Celle-ci affirme, dans son premier versant, que les règles juridiques de la *common law* induisent en fait un comportement efficace (160). C'est à cette thèse descriptive que Posner (161) attache le plus d'importance. La faveur qu'il accorde à la *common law* tient notamment au fait que les valeurs, défendues au fil des précédents, et qu'il qualifie de "morales" - honnêteté, véracité, loyauté, bons rapports de voisinage, - "servent en général à promouvoir l'efficacité" (162).

(157) J. COLEMAN, *op.cit.*, p. 511.

(158) Voir sur ce point H.L.A.HART, *Bentham*, in BH. PAREKH (éd.), *Jeremy Bentham, Ten Critical Essays*, Londres, 1974, p. 88.

(159) J. COLEMAN, *op.cit.*, p. 511.

(160) L.A. KORNHAUSER, *L'analyse économique du droit*, *op.cit.*, p. 32.

(161) R. POSNER, *EAL*, p. 18 et *A Reply...*, *op.cit.*, p. 779.

(162) R. POSNER, *EAL*, p. 185.

De son côté, la description benthamienne de la *common law* se contente de souligner les carences de celle-ci par rapport aux exigences du principe d'utilité qui dicte le respect de certaines valeurs proprement juridiques (stabilité, généralité, systématisme, publicité). En mettant en avant ces dernières, Bentham révèle à nouveau le caractère positiviste de son point de vue. Posner lui aussi se demande si la *common law* est utilitaire. Et il constate que la *common law* a été décrite par de nombreux grands auteurs et ce contrairement à Bentham comme conforme aux exigences utilitaristes. Ainsi en est-il du droit criminel, du droit des contrats, du droit de la responsabilité (163). Posner ne voit pas de cas "dans lesquels l'enseignement utilitariste dévie de l'enseignement de l'économie là où la *common law* est en conformité avec l'approche utilitariste" (164). Par contre, là où la *common law* ne s'est pas alignée sur les préceptes utilitaristes - et Posner cite la politique défendue par Bentham en matière d'égalité des revenus, de protection des animaux ou l'obligation, que Bentham aurait voulue juridique, de se comporter en bon samaritain, tous points sur lesquels la *common law* s'écarte des projets benthamiens -, elle n'en reste pas moins efficace.

Efficace, la *common law* l'est aussi parce qu'elle est, à l'image du marché, issue d'un processus évolutionniste. Toute l'analyse posnérienne présuppose toujours l'existence d'un marché, qu'il soit implicite ou hypothétique, et soutient sans le démontrer que ce marché est optimal, et donc légitime. L'utilitarisme benthamien prend ses distances par rapport à l'AED précisément en ce qu'il dénie au marché, c'est-à-dire au jeu simple des intérêts privés, la capacité d'assurer "le plus grand bonheur du plus grand nombre", autrement dit l'allocation optimale des ressources. Comme le souligne Halévy (165), Bentham, à l'inverse d'Adam Smith, duquel se revendiquent précisément les théoriciens de l'AED (166), défend le principe de l'identification artificielle et non naturelle des intérêts et préconise le recours à l'autorité publique pour assurer la convergence des intérêts individuels avec

---

(163) R. POSNER, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, op.cit., p. 106.

(164) R. POSNER, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, op.cit., p. 506.

(165) E. HALEVY, *La formation du radicalisme philosophique*, t.I., Paris, 1901, pp. 20 et sv.

(166) R. COASE, *Adam Smith's View of Man*, op.cit., pp. 529 et sv.  
R. POSNER, *Utilitarianism...*, op.cit., pp. 122 et 135.

l'intérêt supérieur de la collectivité. A la main invisible du marché, Bentham préfère la "main de la loi" (167).

L'ambiguïté du rapport de l'utilitarisme benthamien avec l'AED de Posner découle de la conjonction des deux éléments suivants : d'un côté, Bentham est un précurseur en ce qu'il adopte une thèse béhavioriste et applique une grille-analyse de type économique au comportement humain ; d'un autre côté, il préconise sur base du principe d'utilité une politique juridique plus interventionniste que la politique libérale prônée par les tenants de l'AED suite à leur adhésion au principe du marché, et à une conception évolutionniste qui lui est sous-jacente.

Il nous reste, enfin, après qu'aient été mises en lumière les relations de parenté mais aussi d'opposition entre utilitarisme et AED, ce qui a permis de faire ressortir la spécificité des thèses centrales de l'AED, à ajouter un prolongement sous la forme d'une réflexion plus générale, mais très succincte, sur l'apport possible de l'approche économique à la théorie du droit.

Nous disons bien à la *théorie* du droit et nous négligeons par conséquent l'apport direct des économistes au droit économique, que ce soit au droit des interventions de l'Etat dans l'économie ou au droit de l'entreprise.

La question préalable est de savoir si l'AED constitue, comme Posner le laisse entendre, une véritable théorie du droit en ce sens que la structure fondamentale du droit peut être déduite de la théorie économique. Sur ce point, qui recoupe la problématique de l'efficacité de la *common law* (troisième thèse), on assiste depuis le début des années '80 (168) à un net repli de position de la part des économistes.

La question autour de laquelle s'est cristallisée la controverse met en cause une certaine circularité de l'AED : il s'agit de savoir si l'attribution des droits peut être déduite de considérations d'efficacité ou si, au contraire, pour rendre déterminable la notion même d'efficacité, il faut d'abord fixer au moins certains droits fondamentaux (169). En fait, aussi longtemps que les droits (de propriété) n'ont pas été attribués, le point d'efficacité est

(167) J. BENTHAM, *An Introduction....*, *op.cit.*, p. 11.

(168) E. MACKAAY, *op.cit.*, p. 50.

(169) *Ibidem*, p. 50.

indéterminable (170). Ainsi, l'efficacité ne saurait fournir le fondement d'une théorie concernant l'attribution des droits et ne peut donc déboucher sur une véritable théorie générale du droit (171). Si l'efficacité ne permet pas de justifier la structure fondamentale du droit existant, de la même manière, on ne peut, comme nous l'avons vu lors de la discussion du principe de maximisation de la richesse, faire jouer à l'efficacité le rôle d'un principe normatif (deuxième thèse), confronté qu'on est à l'obligation d'introduire quelque part un principe de consentement. Si bien qu'il nous semble qu'en définitive, l'apport de l'AED se trouve concentré dans la thèse béhavioriste (172). L'intérêt de la théorie économique réside dans ce qu'elle fournit un outil pour l'analyse de l'impact des règles juridiques sur le comportement. Plutôt que d'ouvrir une nouvelle voie à la théorie du droit proprement dite, elle souligne la nécessité de compléter toute théorie du droit par une théorie de l'action.

---

(170) Ceci pourrait être démontré directement à l'aide du schéma de la note (84). Les points d'efficacité dans la boîte d'Edgeworth seraient en l'occurrence modifiés si on modifie la dotation initiale de livres et de disques.

(171) *Ibidem*, p. 70.

(172) Nous rejoignons ici, pour partie, la position de Kornhauser (*L'analyse économique du droit*, *op.cit.*, p. 328).