

1. - L'apparente hérésie de l'analyse économique du droit. Pour la grande majorité des juristes français, l'analyse économique du droit se présente d'emblée comme doublement hérétique. En premier lieu, elle raisonne sur les relations personnelles en termes pécuniaires, en calculant des coûts et des profits ; en second lieu, elle utilise en ce domaine la qualification de propriété. C'est dire que l'analyse économique du droit paraît méconnaître la distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial. En droit civil français, bien des principes et des concepts fondamentaux supposent la différenciation de ce qui a principalement une valeur pécuniaire et de ce qui n'est pas susceptible d'une telle évaluation. La frontière qui sépare le monde des choses et celui des personnes paraît infranchissable ; l'étudiant, même débutant, qui la transgresserait n'aurait aucune chance de trouver grâce aux yeux de son professeur. C'est la distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial qui permet de placer, en toute circonstance, *"la personne au-dessus du patrimoine"* (1). En effet, *"nos sociétés marquent la transcendance qu'elles attachent à l'homme, en posant juridiquement sur sa tête des attributs innés, inviolables, incessibles, exprimant son intimité profonde et la dignité de son être"* (2) ; or, ces attributs s'opposent en tous points aux droits dont les choses sont l'objet ou l'occasion. Qui affirmerait que *"tout droit ne peut être qu'un attribut des personnes"* (3) se mettrait hors du droit français, comment associer ce qui est propre à chacun, compte tenu de sa personnalité concrète, et ce qui est identique pour tous et demeure défini indépendamment de son titulaire ? Par conséquent, si l'analyse économique du droit confondait le patrimonial et l'extra-patrimonial, elle serait très probablement incompatible avec la tradition civile française ; si certains juristes s'y ralliaient, ce serait nécessairement sur la foi d'un constructivisme supposant qu'une culture juridique peut être changée du tout au tout par l'effet d'une décision consciente et délibérée. En définitive, il y aurait incompatibilité entre l'analyse économique du droit et le libéralisme juridique.

2. - Une généralisation juridique trompeuse. Avant d'admettre une conclusion aussi radicale, il faut observer que les juristes ont souvent, à l'égard de l'économie, une attitude intellectuelle difficilement justifiable. Ils raisonnent volontiers sur *"une alternative donnée économique ou donnée morale ?"* (4). Plus précisément, ils s'inquiètent de l'irruption de considérations économiques dans les domaines où les biens ne sont pas seuls en cause ; l'amalgame leur paraît contre-nature. *"Si soucieux que soient aujourd'hui les économistes eux-mêmes de mettre l'économie au service de la personne, le calcul économique, qui est celui des biens, ne risque-t-il pas toujours de méconnaître la précellence de la personne et renverser ainsi l'ordre des valeurs ?"* (5). Ce raisonnement mérite, en lui-même, réflexion. Qu'il y ait des "calculs économiques" en matière extra-patrimoniale, nul n'en peut douter (6) ; par conséquent, en tenir compte ne suffit certainement pas pour "renverser l'ordre des valeurs". A dire le vrai, le refus de l'économique cache bien souvent une prise de position en faveur d'une certaine politique économique ; sous la distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial, s'insinue alors dans les esprits, de manière irrationnelle, une philosophie juridique bien connue : *"en présence de ces offensives de l'argent, on est tenté de chercher la protection de la personne dans une socialisation, justifiée par le caractère collectif des tâches que l'âge de notre civilisation impose à l'Humanité. De fait, une organisation, à certains égards, socialisée de la collectivité humaine peut être, dans notre temps, le moyen nécessaire d'y protéger la personne"* (7). Ainsi, le souci d'éviter la patrimonialisation de la personne, cette réification qui la rendrait étrangère à elle-même, conduit à espérer sa socialisation, son étatisation qui la sort d'elle-même encore bien davantage, la dénature, voire la détruit. L'analyse économique du droit ne pourrait-elle aider à en prendre conscience ? La question se pose d'autant plus que l'ambiguïté règne sur ses ambitions ; prétend-elle indiquer les moyens de parvenir à certaines fins ou imposer la poursuite de certains objectifs ? La réaction du juriste ne saurait être identique dans les deux cas ; c'est dire qu'il ne peut rejeter sans examen les offres de service des économistes.

3. - Une incompatibilité philosophique entre analyse économique du droit et théorie juridique ?

La réaction de rejet pourrait être fondée que si les fondements de l'analyse économique du droit et ceux de la théorie juridique se révélaient contradictoires ; et encore resterait-il à s'interroger sur l'origine de cette incompatibilité supposée ! Elle pourrait se limiter à certains aspects des deux théories. Une conclusion envisageable serait que l'analyse économique est satisfaisante dans l'étude du régime juridique des biens ou des contrats, tandis qu'elle serait à rejeter dans l'examen du statut juridique des personnes. L'incompatibilité pourrait provenir seulement d'une conception différente de la personne humaine dont le droit et l'économie envisageraient des aspects différents ; leur complémentarité devrait alors respecter leur indépendance. Tout au contraire, il se pourrait que l'analyse économique et la théorie juridique fussent en complet malentendu ; la première pourrait relever d'une philosophie insusceptible de rendre compte de la réalité juridique. Si l'analyse économique du droit supposait l'adoption d'une nouvelle notion du droit, de sa nature et de ses fonctions, il ne faudrait pas s'étonner de son rejet, au moins provisoire, par les juristes. Tant que la nécessité d'y venir ne leur aurait pas été démontrée ou ne leur serait pas apparue par d'autres moyens, le coût d'un tel bouleversement leur apparaîtrait certainement excessif ; notamment, les professeurs de droit résisteraient farouchement à un changement de leurs habitudes, qui les conduirait à devoir tenir pour correctes les affirmations de leurs étudiants, jusque-là considérées comme ineptes et incorrigibles.

L'hypothèse d'une irréductible incompatibilité entre analyse économique et théorie du droit semble confirmée par une constatation importante. De nombreux partisans de l'analyse économique s'enferment dans des alternatives qui risquent fort d'apparaître bien simplistes aux yeux des juristes accoutumés à résoudre des conflits trop complexes pour être analysés en des termes si peu nuancés : conflits d'intérêts, conflits de normes, conflits de droits. Une première opposition présentée comme irréductible est celle de l'éthique économique visant à l'accroissement de la valeur globale de la richesse produite et de l'éthique utilitariste tournée vers la recherche du plus grand bonheur possible ; à la deuxième préoccupation seule, se rattacherait la suprématie accordée à l'intérêt collectif sur l'individuel et le recours à la contrainte publique. Une deuxième opposition est dressée entre la liberté et tout le reste, entre la liberté et l'anti-liberté. Le juriste qui avait toujours cru, toujours su, qu'il y avait nécessairement des aires de liberté et des aires de contrainte, des règles supplétives et des règles impératives, apprend qu'il s'était trompé : *"pour qu'il y ait liberté, toutes les libertés sont nécessaires"* (8).

Ces alternatives caractéristiques de certaines conceptions de l'analyse économique du droit résultent de présupposés assez faciles à reconnaître. Les auteurs qui raisonnent ainsi fondent leurs recherches sur un subjectivisme révélateur. Une telle attitude ne devrait pas embarrasser les juristes français de cette fin du XX^{ème} siècle ; ne conçoivent-ils pas tout le droit comme un ensemble de droits individuels ? Comme l'économiste de la tendance évoquée, ils recherchent la nature du droit dans le sujet, dans un sujet placé au centre et à la source des règles. La propriété en particulier est définie comme *"un droit naturel de l'être humain"* (9). Ce subjectivisme puise directement son origine dans la pensée d'Emmanuel Kant. De son criticisme, procède à la fois la référence à un universel abstrait et l'idée d'autonomie de la volonté. Ainsi l'analyse économique du droit invoque-t-elle, par la plume de certains auteurs, les *"principes élémentaires d'une éthique universelle reposant sur des valeurs de dignité, de créativité et de responsabilité"* (9) ; ceux-là qui la conçoivent comme un prolongement moral de cette philosophie des valeurs qui ignorent

résolument la nature humaine réelle et concrète ne peuvent certainement pas renier leur filiation à l'égard de Kant.

De plus, les mêmes théoriciens de l'analyse économique partent de l'hypothèse d'une "auto-détermination" (10) individuelle. Ils sont ainsi conduits directement à déclarer que *"le principe de l'autonomie ou de "l'autodétermination" individuelle est le seul qui permette d'établir et de développer une théorie des droits -et donc une théorie de la liberté- qui soit pleinement cohérente"* (11). Toute la question qui se trouve ainsi escamotée serait de savoir si l'objectif à s'assigner est bien de rendre cohérente une théorie des droits ; plus précisément, il faudrait avoir démontré qu'une théorie cohérente du droit peut partir des droits individuels. Il se trouve que les juristes ont toutes les raisons, d'en douter. Monsieur le Professeur Michel Villey a lumineusement montré et définitivement établi que la théorie des droits dénature la théorie du droit. En particulier, *"l'apparition des droits de l'Homme témoigne de la décomposition du concept du droit. Leur avènement fut le corrélat de l'éclipse ou de la perversion, dans la philosophie moderne individualiste, de l'idée de justice et de son outil, la jurisprudence... Ces non-juristes que furent les inventeurs des droits de l'homme leur ont sacrifié la justice, sacrifié le droit... Ainsi les philosophes modernes nous gratifièrent-ils d'un langage dont le résultat le plus clair est une plongée dans le brouillard. Langage indistinct, dangereusement flou, générateur d'illusions et de fausses revendications impossibles à satisfaire"* (12). Dans la technique juridique, l'irruption des droits individuels a, en effet, eu des conséquences désastreuses. Ce fut d'abord la prolifération de ces droits de moins en moins déterminés ; ce fut ensuite la multiplication des conflits entre ces droits. Le notable est qu'il fallut sortir de la théorie des droits subjectifs pour parvenir à résoudre ces conflits qu'elle avait suscités et pour lesquels elle n'offrait aucun principe de solution (13). Finalement, de même que le jus-naturalisme kantien s'achevait en un pur positivisme (14), le subjectivisme juridique a débouché sur un interventionnisme législatif et judiciaire que certains économistes analysant le droit paraissent tentés de reprendre à leur compte. Ceux- là ne pourraient être suivis que par des juristes ayant rejeté la conception classique du droit naturel pour prendre, chez Kant, soit son jus-naturalisme, soit son positivisme. Nombre de juristes sont aujourd'hui convaincus que la doctrine kantienne du droit ne peut les aider à comprendre le phénomène juridique.

Elle y est d'autant plus inapte que son volontarisme l'empêche de rendre compte de la formation des théories et concepts juridiques. Sur ce point aussi, beaucoup d'adeptes de l'analyse économique du droit commettent l'erreur d'aller chercher leur vision du droit dans une philosophie qui n'a rien de juridique. Ainsi admettent-ils qu'une conception théorique soit purement et simplement substituée à une autre par l'effet d'un choix délibéré ; ils semblent imaginer sans trouble, ni doute, que les juristes vont abandonner soudain leurs raisonnements actuels pour s'adonner résolument à l'analyse économique du droit. Il n'est pas rare de lire sous leur plume que l'objectif poursuivi est de *"construire une culture juridique"* (15). Ce constructivisme-là n'est pas moins pernicieux que l'autre ; il méconnaît gravement la nature de la science du droit. La culture juridique n'est pas le résultat délibéré d'un projet organisé ; elle est un ordre savant traditionnel particulièrement complexe qui évolue de manière spontanée (16). Cette culture peut sans doute être enrichie, complétée, influencée ; mais elle obéit à des processus sélectifs qui interdisent de prétendre la construire comme un ensemble de décisions volontaires. Nul ne peut, par conséquent, ordonner le remplacement des raisonnements juridiques traditionnels par l'analyse économique du droit ; ce qui est seulement possible, c'est d'espérer insérer cette composante supplémentaire dans la théorie juridique existante. Etre plus ambitieux

serait oublier que *"nombre d'interdits... ne sont que le produit d'une longue expérience qui nous a appris à identifier des classes d'actions nuisibles à notre existence..., classement qui puise ses racines dans l'expérience même de faits objectifs"* (17).

Faut-il en conclure que l'analyse économique du droit méconnaît la nature du droit ? Faut-il, plus précisément, admettre qu'analyse économique du droit et droit naturel classique sont inconciliables ? Des réponses négatives s'imposent. En effet, ni le subjectivisme, ni le volontarisme, hérités notamment d'Emmanuel Kant, ne sont inhérents à l'analyse économique du droit. Par conséquent, un premier intérêt de cette forme particulière de collaboration entre juristes et économistes apparaît clairement ; mettant en commun leurs expériences, ils peuvent s'aider mutuellement à résister à leurs communs démons. Subjectivisme et volontarisme sont des déviations, des pièges aussi bien pour le juriste que pour l'économiste. L'analyse économique du droit, à condition qu'elle fût l'occasion d'une véritable complémentarité, pourrait être une voie féconde pour déceler ces écueils et pour échapper à leurs dangers.

4. - Fonctions de la règle de droit. La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial fournit un excellent test de cette possibilité de collaboration. Il appartient, aux juristes et aux économistes, de s'atteler au travail de vérification qui est, ici, particulièrement nécessaire. Encore faudrait-il qu'ils parvinssent à s'entendre sur les fonctions à remplir par les règles de droit ! Hayek offre une bonne base pour un accord minimum. Juristes et économistes devraient pouvoir admettre que la règle de droit *"sert, ou s'efforce de maintenir et d'améliorer, un ordre qui fonctionne sans que personne en ait eu le dessein, un ordre qui s'est formé de lui-même sans que l'autorité en ait eu connaissance et parfois contre son gré, qui se déploie hors de la portée de l'organisation délibérée de quiconque et qui n'est pas fondé sur l'obéissance des individus aux ordres de quelqu'un, mais sur leurs anticipations parvenant à s'ajuster les unes aux autres"* (18). La fonction de la règle est alors de faciliter les anticipations. Pour *"accroître la compatibilité des activités en délimitant de façon appropriée la portée des actions permises"*, les règles de droit doivent rendre *"plus probable l'ajustement des anticipations et moins probable leur conflit"* (19). Le juriste français soutiendrait volontiers que l'ajustement des anticipations mettant en cause la personne, l'extra-patrimonial, ne peut être réalisé par les mêmes procédés, c'est-à-dire par les mêmes règles, que celui des anticipations relatives aux choses, aux biens corporels ou incorporels. C'est ce que l'analyse économique du droit paraît contester. Pour mesurer l'importance de la divergence, pour tenter d'enrichir chacune des théories grâce aux apports de l'autre, il faut envisager successivement le phénomène de patrimonialisation que connaît le droit français depuis le XIX^{ème} siècle et la spécificité de la notion juridique de propriété dans les systèmes de droit civil. Que la frontière du patrimonial et de l'extra-patrimonial ne soit pas immuable est déjà une indication d'importance ; elle contraint le juriste à repenser les justifications de ces convictions fondamentales. A l'inverse, la prise en considération des concepts juridiques précisément définis, tels que la propriété, peut être riche d'enseignements pour l'économiste. De l'expérience juridique, des distinctions établies pour les besoins de la théorie comme de la pratique, il peut retirer d'immenses bienfaits pour la pertinence de son analyse. Cette possibilité d'échanges réciproques justifie l'examen du phénomène de patrimonialisation, avant celui de la spécificité de la notion juridique de propriété.

I - La patrimonialisation croissante du droit civil français

5. - Progrès ou décadence ? Les avis sont fort partagés sur l'appréciation que mérite ce phénomène de patrimonialisation du droit civil français. Son ampleur est en revanche hors de doute. Tout ce qui autrefois répugnait à la moindre évaluation pécuniaire fait désormais l'objet de conventions ou de décisions d'indemnisation, voire de cession moyennant finance. Les attributs de la personnalité, -nom, image, vie privée-, l'intégrité physique que mettent en cause les conventions limitant ou supprimant la responsabilité du transporteur de personnes, les productions de l'esprit, les souffrances et les affections, les titres habilitant à exercer une profession, tout se monnaie. Le juriste classique a tendance à s'en offusquer. Pourtant, sa réaction doit être précisée et expliquée. Dresser le tableau de cette évolution considérable ne suffit pas ; il faut encore rechercher dans quelle mesure elle remet véritablement en cause la personnalité humaine et ce qu'elle peut avoir d'irréductible.

A - Tableau d'une évolution

6. - Des principes péremptoirs. Il y a peu encore, la théorie juridique relative à la personne était d'une parfaite intransigeance. Pour écarter toute patrimonialisation de la personne, elle se fondait sur un raisonnement très net. *"Si les droits de la personnalité sont vraiment attachés à celle-ci d'une façon aussi étroite qu'on le dit souvent, ils ne peuvent en être séparés. Ils ne peuvent être ni cédés, ni abandonnés ; ils sont soustraits à l'emprise de la volonté humaine. Et il est bien certain qu'une personne ne pourrait renoncer à son droit à la vie ou à sa réputation, de même qu'elle ne pourrait vendre sa liberté de pensée. Les droits de la personnalité ne peuvent en principe faire l'objet d'une convention"* (20). Plus généralement, la certitude régnait sur l'impossibilité de disposer de son nom par exemple ou encore d'une clientèle civile ; au début du siècle, nul ne doutait de l'aberration et de l'immoralité qu'il y aurait à prétendre réparer un dommage moral. Toutes ces solutions paraissaient s'être dégagées progressivement comme d'incontestables progrès de civilisation. Elles ont toutes connu depuis un relatif déclin par l'effet de la multiplication des exceptions qui viennent entamer leur domaine d'application initial.

7. - Le nom patronymique. Le nom de famille était radicalement incessible et imprescriptible. Ces principes demeurent ; mais des distinctions ont permis de restreindre leur portée. *"Le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du nom patronymique, qui empêche son titulaire d'en disposer librement pour identifier au même titre une autre personne physique, ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou nom commercial"* (21). Par conséquent, c'est seulement lorsqu'il remplit sa fonction spécifique d'identification d'une personne physique que le nom demeure inaliénable. De même, il peut être acquis par un usage prolongé et loyal (22). Ce qui est notable, c'est la signification des principes évoqués. Si le nom patronymique était incessible et imprescriptible, c'est beaucoup moins pour protéger la personne de son titulaire que pour faciliter l'action de l'Etat et, en particulier, l'action policière. Même le souci de marquer la continuité familiale inspirait assez peu ce régime juridique contraignant puisque la procédure de changement de nom a été instituée sans le moindre égard à cet aspect de la réalité personnelle du porteur.

8. - Les clientèles civiles. Jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle, il parut évident que les clientèles des médecins, des avocats, des architectes étaient "attachées à leur personne" et, par conséquent, incessibles ; l'activité des membres de ces professions libérales ne repose-t-elle pas entièrement

sur la confiance toute personnelle qu'ils parviennent à mériter de la part de leurs clients ? La confiance ne se monnaie pas. Dès 1840, le journal "La Presse" publiait l'annonce d'un médecin mettant sa clientèle en vente. Presque simultanément la jurisprudence prit position en affirmant que la clientèle d'un médecin est hors commerce. En revanche, celui-ci peut valablement s'engager à présenter son successeur et à ne plus exercer. Il recevra une somme d'argent pour *"indemnité de cet abandon et de la coopération qui en est la suite (et) le prix de cette renonciation doit être fixé en raison de l'importance de la clientèle abandonnée"*. La motivation des décisions qui suivirent est étonnamment stable. La clientèle civile est fondée sur la confiance qui est hors du commerce. Toute vente de clientèle civile est donc déclarée nulle (23). Il fallut attendre 1956 pour que la Cour de cassation prit une position nette sur la patrimonialisation indirecte de la clientèle civile : *"les avantages pécuniaires que peuvent procurer (au professionnel) la présentation d'un successeur à sa clientèle, et l'engagement de ne pas se rétablir dans un périmètre précis, constituent une valeur patrimoniale"* (24). Des raisonnements comparables -bien qu'apparemment fondés sur des motifs différents- ont été tenus à propos des offices ministériels : *"si l'office notarial et le titre de notaire ne sont pas dans le commerce, le droit, pour le notaire, de présenter un successeur à l'autorité publique constitue un droit patrimonial qui peut faire l'objet d'une convention régie par le droit privé"* (25).

9. - Autres exemples. Ce catalogue pourrait être complété sans difficulté. Il faudrait notamment faire place aux propriétés intellectuelles, droits sur les oeuvres d'art et sur les inventions. A l'origine, la question de leur nature juridique suscita hésitations et controverses. Le vocable "propriété" fut utilisé davantage comme un slogan politique, une évocation heureuse, un instrument de combat, plutôt que comme une qualification juridique. Par la suite, la mise à l'écart d'un droit moral permit de commercialiser dans une certaine mesure les produits de l'imagination et du talent. En particulier, leur situation parmi les biens des époux put être précisée. L'article 1404 du Code civil paraît bien achever l'évolution en qualifiant de biens -"biens propres par nature" sans doute, mais avant tout "biens"- des droits attachés à la personne (26). Nul ne semble plus se demander s'il n'y aurait pas des valeurs à laisser en dehors du patrimoine (27). Il faudrait encore songer au préjudice moral qui vit de belles empoignades : qui oserait écrire aujourd'hui que la douleur ne se monnaie pas ?

10. - Une évolution impressionnante. Dans toutes ces hypothèses, une valeur patrimoniale largement autonome, détachée de la personne, a été progressivement reconnue. Ce qui venait de la personne même a été monnayé. Encore faut-il bien comprendre où le changement est véritablement intervenu ! Qu'il y ait un marché pour ces valeurs, qu'il y ait des accords, des pratiques comportant des versements de fonds parfois importants, les juristes le savaient depuis toujours, comme ils savent que le Code pénal coexiste avec l'existence de nombreux assassinats. Ce qui est nouveau, c'est que le droit vient protéger les parties à ces conventions désormais reconnues valables ; il sanctionne celui qui se refuse à les respecter.

Par conséquent, les juristes d'aujourd'hui semblent bien mal placés pour se voiler la face devant les raisonnements économiques ou pour se draper dans leur dignité en se prétendant bouleversés par les menaces de patrimonialisation de la personne humaine, qui seraient imputables aux seuls économistes. En réalité, l'analyse économique du droit peut leur ouvrir les yeux. Elle peut aussi les aider à retrouver une cohérence perdue. Les civilistes pourront-ils se contenter longtemps de cet empirisme -fort voisin de l'hypocrisie- qui leur fait dire que certaines

valeurs sont en principe "hors du commerce", tout en admettant la validité des conventions à titre onéreux portant sur ces valeurs ? Pourtant, ce tableau d'une évolution ne serait pas suffisamment révélateur s'il ne tenait pas compte de la reconnaissance, par le droit, de ce qu'il y a d'irréductible dans la personne humaine.

B - L'irréductible personnalité

n

11. - Raison d'être des règles. La plupart des théoriciens de l'analyse économique du droit se rallient à une conception fort classique du rôle du droit : il lui revient *"de déterminer les désirs légitimes, ceux qui le sont moins ou pas du tout"* (28). De même, ces auteurs considèrent comme économiquement justifiées des mesures qui *"contribuent à réduire le niveau des activités criminelles, et les coûts que peuvent imposer certaines formes de désordre social"* (29). Il est donc clair que le "bien" dans l'ordre économique ne se ramène nullement à un accroissement immédiat de richesse : *"le principe économique d'efficacité... apparaît comme un principe d'équilibre, un système complexe de verrous... dont la qualité (est) de préserver l'espèce humaine des effets les plus néfastes de ses tentations"* (30). C'est avec une conviction fondamentale identique que les juristes aboutissent à poser la distinction des choses et des personnes.

L'expérience juridique autorise, en effet, à penser que certains arrangements peuvent avoir les conséquences humaines, individuelles et sociales, les plus néfastes. Certains accords portant sur la vie des personnes peuvent accroître dangereusement le *"votum mortis"* dans l'esprit du bénéficiaire ; et il faudrait bien de la suffisance pour supposer que la soi-disant évolution de l'humanité nous mettrait désormais à l'abri de ce genre d'état d'esprit. D'autres pactes, comme ceux qui diminuent la responsabilité du transporteur de personnes, en cas d'accidents causant un préjudice aux passagers, risquent d'inciter ceux qui sont en mesure de prendre des précautions à réduire leurs efforts. Prenons encore l'exemple des conventions relatives à l'attribution d'un enfant. Elles peuvent aboutir progressivement à faire de lui un simple objet, une main d'oeuvre peu onéreuse et "corvéable à merci" ; les "acquéreurs" ne se croieraient-ils pas bientôt libres de les utiliser à leur guise et, le cas échéant, de les maltraiter dans l'espoir de rentabiliser rapidement leur investissement. Dans des cas moins dramatiques en apparence, l'enfant recueilli sera considéré et traité comme un pur moyen de réalisation et de satisfaction personnelles par quelqu'un qui ne pourra plus demeurer conscient des besoins propres de cet enfant trop entouré, trop choyé peut-être. Il est encore à craindre que certaines femmes soient incitées par l'appât du gain à sacrifier leur santé pour produire des enfants à livrer à autrui ; certains parents peuvent aussi consentir à se défaire de leurs enfants, sans bien mesurer les conséquences d'une telle décision. En définitive, *"les coûts que peuvent imposer (ces) formes de désordre social"* seront considérables. Surtout, il est impossible d'obtenir de suffisantes informations sur ces coûts ; celles que le marché peut fournir sont ici tout à fait incomplètes. L'erreur serait de croire qu'une manifestation de volonté peut être tenue pour une indication claire là où de multiples liens sont tissés sans que les conséquences à long terme de leur rupture puissent être mesurées par avance. L'erreur serait de penser que l'image de la personne humaine reflétée par le droit-valeur à part ou marchandise usuelle- est indifférente ; il y a là encore des coûts sociaux imprévisibles.

C'est pourquoi, la tradition juridique a progressivement dégagé une gamme de réactions destinées à lutter contre les comportements les plus pernicioeux. Elles peuvent relever de l'arsenal pénal, comme dans le cas d'incitation à l'abandon d'enfant. Elles peuvent consister en indemnités accordées aux victimes de préjudices. Il peut encore s'agir de nullités frappant les actes considérés comme illicites ou immoraux. La signification de ces diverses mesures ne doit pas être déformée. Le droit ne prétend pas créer d'obstacles absolus supprimant toutes les pratiques reconnues comme inadmissibles ; à tout prendre, il ne s'agit pas exactement d'interdire. Et l'attitude inverse relèverait d'un total irréalisme. Ne le serait pas moins de simples principes abstraits ! La nullité, par exemple, n'empêche nullement qu'en pratique, certaines conventions soient conclues ; elle ne s'oppose pas davantage à l'exécution fidèle et spontanée de certaines d'entre elles. Elle est seulement utilisée comme une source d'incertitude supplémentaire qui pèse sur l'opération projetée. Les parties ne peuvent compter sur une sanction juridique pour contraindre le cocontractant à respecter son engagement. La convention ne sera donc efficace que si la bonne volonté des deux parties se maintient jusqu'à l'achèvement de l'opération ; comme l'une des deux obtiendra généralement le paiement par avance, l'autre sera dissuadée de s'engager dans un arrangement aussi risqué. C'est ainsi qu'en égard à leurs dangers intrinsèques, certains comportements sont maintenus comme marginaux (31). Le droit utilise la possible déloyauté de l'une des parties pour lutter contre le développement de pratiques néfastes. Parce qu'il n'est pas toujours possible de prévoir l'exécution simultanée des obligations réciproques, les règles posées parviennent à gêner *"l'ajustement et le repérage commun des anticipations qui conditionnent la bonne fin des projets des intéressés"* (32).

En raisonnant ainsi, les juristes pratiquent tout simplement l'individualisme méthodologique. C'est en recomposant les motivations individuelles qu'ils tentent de prévoir les réactions sociales à telle ou telle décision juridique. Ils savent qu'un changement, législatif, judiciaire ou autre, n'est jamais neutre ; il n'est jamais gratuit. Ils savent aussi qu'il n'a jamais un effet simple et direct, ce résultat précis recherché par le législateur. Toujours, la position adoptée a des retombées secondaires, des conséquences perverses ; elle modifie une cohérence, incite ou dissuade, améliore ceci ou facilite cela, rend une attitude plus dangereuse, plus incertaine ou difficile à adopter. Inévitablement, elle tend à définir le normal et le pathologique. Cet individualisme méthodologique n'est évidemment pas étranger à l'analyse économique du droit. Il est bien plutôt une base commune à la réflexion des économistes et à celle des juristes ; c'est la raison pour laquelle l'analyse économique du droit est en mesure d'enrichir notamment la théorie juridique contemporaine.

12. - L'apport de l'analyse économique. Le classement des comportements individuels en fonction de leurs résultats est une méthode que ni les juristes, ni les économistes ne peuvent négliger. Si *"c'est la valeur que nous plaçons dans notre propre survie en tant qu'homme qui seule peut faire de nous des êtres capables d'adhérer ensuite à des valeurs"* (33), il n'est pas étonnant que cette survie soit traitée comme une valeur à part, supérieure aux autres, en fonction de laquelle une hiérarchie des pratiques constatées peut être instituée et vérifiée. La convergence entre les théories économiques et juridiques paraît ici certaine (34).

Ce que l'analyse économique peut apporter de plus, ce ne sont pas des objectifs nouveaux ou préférables. Alvin Klevorick a raison de présenter la collaboration de l'économiste à la recherche du bon droit comme celle d'un technicien contribuant à la détermination de certaines valeurs, d'un "super- technicien" qui peut évaluer des avantages et des inconvénients et définir des

résultats accessibles ou d'un savant qui peut proposer un nouveau vocabulaire, une nouvelle façon de voir, de comprendre les questions traditionnelles (35). Ce que l'analyse économique offre aux juristes, ce sont de nouvelles façons d'apprécier la qualité des moyens mis en oeuvre. Elle ne peut se substituer au raisonnement juridique traditionnel ; mais elle peut contribuer à la vérification de ses hypothèses. Il est incontestable que beaucoup de raisonnements juridiques reposent sur des affirmations relatives aux effets sociaux des règles consacrées ; or *"ces effets sont généralement allégués ou supposés, mais ils sont rarement prouvés"* (36). L'analyse économique invite donc à redécouvrir et à préciser les justifications des solutions consacrées, à enrichir l'ancestrale tradition juridique de données récentes, à éprouver ses certitudes les mieux assises. Elle peut également éviter qu'un principe dont les véritables raisons d'être auraient été oubliées ne se transforme en un dogme, en une sorte de recette appliquée envers et contre tout, malgré ses résultats désastreux contraires aux objectifs poursuivis (37).

Si, par exemple, l'analyse économique établit que la généralisation du port de la ceinture de sécurité en circulation urbaine coïncide avec une aggravation des accidents dont les piétons sont victimes, elle impose de reconsidérer les vertus d'une mesure légale imposant l'usage de cette ceinture. De même, si l'analyse économique montre que le régime juridique appliqué à la représentation de l'image des personnes a pour effet d'augmenter les coûts de fonctionnement des entreprises de presse tenues de dédommager ceux dont l'image a été publiée, sans diminuer le nombre des photographies utilisées sans autorisation (38), elle peut conduire à une révision des solutions adoptées. Encore faudra-t-il savoir si la condamnation à indemniser la personne photographiée est considérée comme ayant principalement une vocation réparatrice ou une vocation répressive et préventive ! Supposons encore que l'analyse économique porte sur les effets de l'incrimination pénale des différents trafics d'enfants ; s'il apparaît qu'au lieu d'en diminuer l'importance, la solution juridique augmente les prix payés aux trafiquants et rend ceux-ci plus actifs, le juriste -celui en particulier qui estime ces pratiques inadmissibles- ne pourra se désintéresser de telles informations.

Il est donc certain que l'analyse économique du droit peut remplir un très appréciable rôle de vérification. Elle ne peut pourtant l'espérer qu'en ne commettant pas d'erreur sur le sens de ce dernier mot. Les indications qu'elle fournit ne peuvent être d'une objectivité parfaite, de celle qui est aujourd'hui déniée aux démonstrations mathématiques elles-mêmes. L'analyste économique du droit ne pose que les questions qu'il est capable de poser et n'accepte que certaines réponses aussi. En particulier, il adopte un certain nombre de postulats qui n'ont aucune supériorité épistémologique sur ceux du juriste. Ils ne montrent pas mieux ; ils montrent seulement autre chose. C'est pourquoi, l'analyse économique du droit ne peut prétendre démontrer l'impossibilité ou l'irrationalité de la distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial. Elle peut contribuer à en préciser la signification ou les limites ; mais elle ne peut se poser en une sorte de science de la science juridique, de méta-science juridique capable d'exiger par exemple l'abandon de toute "compartmentalisation" de l'activité humaine (39).

13. - Les conditions d'efficacité de l'analyse économique. Même en prenant conscience des postulats, paradigmes, types idéaux, notions génératives ou unités épistémologiques qui le guident dans sa recherche, l'analyste économique du droit ne peut espérer contribuer à l'amélioration de l'information sur le droit qu'à une condition : il lui faut tenir compte d'une part de toutes les composantes des phénomènes étudiés, des interactions complexes qui rendent les

analyses et les prévisions, les explications et les interprétations incertaines (40) et d'autre part des particularités de la culture juridique.

Pour le savoir juridique, l'analyse économique du droit se présente comme une innovation. A ce titre, elle sera reçue dans la tradition juridique comme toutes les autres nouveautés qui ont pu être mises sous les yeux des juristes. Les spécialistes de l'analyse économique du droit devraient être mieux préparés que d'autres à comprendre que, dans le phénomène de réception de leurs propositions par les juristes, leur bonne volonté sera une donnée bien peu importante. L'intérêt même de leurs travaux ne suffira pas à les imposer s'ils apparaissent comme une machine de guerre dirigée contre la culture juridique. Quant à la portée ultime de leurs conclusions, elle ne saurait être celle qu'ils auraient souhaitée. Les informations qu'ils auront fournies seront interprétées, insérées dans une connaissance d'ensemble, simplifiées et schématisées, avant de devenir des composantes de la culture juridique. Elles prendront alors leur signification en fonction de la place qu'elles occuperont parmi les autres sources d'information juridique. Nul ne peut décider, à l'avance, de cette place. La conviction contraire ne pourrait reposer que sur une confusion entre le "marché des idées" (41) et une sorte de monde parfait réunissant seulement des hommes omniscients ; l'ordre savant aussi est évidemment un ordre spontané (42).

C'est dire l'importance de la façon dont l'analyse économique du droit parviendra à s'insérer dans les catégories juridiques existantes. Avant de vouloir tout reconstruire, mieux vaudrait sans doute s'interroger sur les éventuelles spécificités conceptuelles. Il est en particulier notable que l'analyse économique du droit méconnaisse en général délibérément la notion civile de propriété.

II - La spécificité technique de la notion juridique de propriété

14. - Des conceptions étrangères au droit civil. Née en pays de *Common Law*, l'analyse économique du droit ne peut renier ses origines ; les concepts qu'elle emploie sont ceux du droit anglais. Cette remarque est particulièrement vraie pour la notion de propriété. Le droit civil a progressivement élaboré un concept spécifique à la signification technique précise ; il a développé des classifications détaillées qui permettent -ou devraient permettre- de déterminer le régime juridique attaché à chaque qualification jusque dans ses moindres détails. C'est pourquoi, la propriété se distingue, à la fois, de la possession, de l'usufruit et des servitudes, mais aussi de la location et d'autres situations voisines. La *Common Law* raisonne tout autrement et le terme de propriété y est plus proche du mot français "titularité" que du terme technique défini à l'article 544 du Code civil ; le locataire et le titulaire d'une servitude peuvent ainsi faire valoir en justice leurs "propriétés" (43). Le paradoxe étonnant est qu'après avoir emprunté le subjectivisme post-kantien (44), l'analyse économique du droit se fonde sur des notions d'origine féodale : faut-il rappeler que le droit anglais de la propriété fait encore très largement appel à l'idée de tenure ? Il est difficile d'admettre la compatibilité d'une telle conception avec l'idée d'un droit individuel naturel de propriété.

Qui se souvient du sens anglais du mot propriété comprend mieux pourquoi l'analyse économique du droit méconnaît allègrement les catégories les mieux définies du droit civil (45). Il ne faut pas être trop étonné de voir appliquer la notion de propriété à la personne humaine elle-

même (46). La démarche apparaît pourtant curieuse même du point de vue philosophique. S'il est admis que "c'est toujours, en définitive, la création, l'acte créatif, qui instaure et justifie la relation de propriété (47), la personne elle-même ne paraît guère pouvoir en être l'objet : est-elle en "relation" avec elle-même ? Se crée-t-elle ? S'il faut restreindre la précédente justification de la propriété aux "*actes de production*" (48), il semble inévitable de reconnaître à la personne qui ne se produit pas et n'est pas une ressource (49), un régime juridique spécifique. A l'évidence, lorsque Bastiat parle de propriété - "*l'homme naît propriétaire, parce qu'il naît avec des besoins*" (50)-, ce n'est pas le sens propre du terme qu'il emploie. L'analyse économique du droit aura du mal à se faire accepter par les civilistes si elle confond systématiquement comparaison et raison, évocation et détermination, image et qualification. Les juristes français en particulier savent trop bien à quel point importent les mots employés pour interroger la réalité et interpréter ses réponses ; ils ne pourraient tenir pour leurs des conclusions formulées en un vocabulaire qui méconnaît leurs catégories avant même d'en avoir critiqué les fondements ou démontré l'incohérence.

C'est de précision dont les juristes ont besoin pour pouvoir tirer profit de l'analyse économique. A défaut, ils ne peuvent espérer contribuer à l'ajustement des anticipations des différents agents (51). C'est pourquoi, il leur faut lutter contre une tentation permanente ; ils ne doivent pas admettre que "*le terme de "propriété privée", dans le monde d'aujourd'hui, (soit) devenu un terme générique qui recouvre un univers extrêmement complexe où l'ensemble des droits afférents à la jouissance, l'usage et la disposition des biens peut se combiner et se recombinaison selon une infinité de cas de figure*" (52). Si "*pour qu'il y ait liberté, toutes les libertés sont nécessaires*" (53), pour qu'il y ait propriété, il importe que tout ne soit pas assimilé à la propriété. Qui appelle propriété la situation du locataire commerçant, celle de l'artiste, de l'inventeur, celle du porteur légitime d'un nom de famille, celle de la personne dont l'image a été reproduite sans son consentement ne peut plus défendre la propriété des biens meubles et immeubles. Il peut mener un combat de philosophe ; mais dans la lutte pour la défense et l'amélioration du droit civil, il se disqualifie inévitablement. Deux illustrations de la spécificité technique de la propriété au sens du droit civil peuvent être brièvement évoquées.

A - La question de la durée des droits

15. - Le droit civil et la perpétuité. Dans les catégories féodales utilisées en *Common Law*, la question de la durée des droits se pose d'une manière particulière. Il a fallu lutter contre la perpétuité ; des lois y ont été spécialement consacrées. L'objectif n'était pas seulement d'éviter l'accumulation de "biens de mainmorte" entre certaines mains ; il fallait éviter un phénomène beaucoup plus général. Si le droit civil refuse de désigner comme propriété toutes les valeurs réservées à certaines personnes, tous les intérêts qu'elles peuvent défendre en justice, c'est en particulier pour tenir compte de la durée possible des relations juridiques. Ce n'est pas là un caractère supplémentaire envisagé pour les besoins de l'application de lois particulières ; c'est un élément de la définition des droits.

La propriété est perpétuelle en droit civil, à la fois, parce qu'en principe, elle n'est pas limitée dans le temps et parce qu'elle ne se perd pas par le non-usage. Est-il souhaitable que les personnes puissent être l'objet de conventions perpétuelles ? Si l'analyse économique du droit veut assimiler

tous les "droits" à des "propriétés", il lui faudra répondre à cette question. La propriété est encore perpétuelle en ce qu'elle se transmet aux héritiers ou successeurs du titulaire ; et c'est ce qui interdit de la confondre avec un usufruit. L'amalgame ne peut être ici justifié. Chaque qualification répond à des besoins différents qui ne peuvent être assimilés qu'au prix d'une simplification abusive. Il faudra que l'analyse économique du droit l'admette si elle veut contribuer à répondre aux questions qui se posent vraiment : l'usufruitier est-il incité à dilapider le fonds, à préférer une gestion de jouissance à une gestion de progrès ? Le nu-propriétaire a-t-il intérêt à interdire toute innovation à l'usufruitier (54) ?

B - La diversité des situations

16. - De l'impossible définition juridique de la propriété. Une autre question cruciale sur laquelle l'analyse économique du droit pourrait apporter quelques lumières est celle de l'énumération des relations possibles entre hommes et choses. Beaucoup de civilistes soutiennent que si le nombre des droits personnels est indéterminé et illimité, celui des droits réels est limitativement fixé par la loi (55). Pour aider au progrès de la controverse, l'analyse économique devrait, en particulier, vérifier si les qualifications existantes laissent ou non des besoins insatisfaits ; il conviendrait de préciser la nature et l'importance de ces besoins. Il faudrait aussi éprouver la pertinence et la valeur des arguments invoqués de part et d'autre.

Ce serait l'occasion, pour l'analyse économique du droit, de découvrir une caractéristique essentielle du savoir juridique. Aucun de ses termes ne peut être examiné isolément. A fortiori, aucune de ses composantes ne peut être définie dans l'ignorance des notions qui l'entourent. C'est probablement pourquoi une notion aussi centrale que celle de propriété -justement parce qu'elle était au centre de trop de discussions, en relation avec trop de notions diverses- a été aussi peu étudiée en elle-même par les civilistes. Elle ne peut se comprendre sans être préalablement située par rapport aux qualifications d'indivision, d'usufruit, de personne morale, de servitude, de location,... Nul ne peut davantage savoir ce qu'est la propriété sans savoir ce qu'est une personne... Comme il se trouve que l'indivision, l'usufruit, la personne morale, la servitude, la location et la personne sont généralement définis par rapport ou par opposition à la propriété, il est clair que la diallèle se referme. Comment ne pas songer ici au théorème de Gödel qui disqualifierait simultanément ces juristes et ces économistes rêvant de mettre leurs définitions "à la place" des choses ? Le poète leur montrait la voie du retour au réalisme classique : c'est vers une définition négative de l'être, et par conséquent de la propriété, qu'il faut aller (56) !

17. - Conclusion sur une certaine interdisciplinarité. La propriété ne saurait être un attribut de la personne parce qu'elle doit être définie par des règles générales -sans acceptation de personnes- et parce que la libre circulation des biens exige qu'elle puisse être détachée de la personne de son titulaire ; c'est dans les sociétés primitives les plus totalitaires que la propriété est un attribut de la personne. Voilà le genre d'informations que l'expérience juridique peut fournir à l'analyse économique ! C'est une raison supplémentaire pour ne pas concevoir le développement de celle-ci comme une sorte d'invasion ou d'annexion. Il faudrait un bien curieux constructivisme pour pouvoir supposer que la culture juridique serait remplacée, d'un seul coup et sans transition, par une culture économique. Il faudrait bien de la suffisance aux juristes pour

imaginer qu'elles n'ont plus rien à apprendre et qu'ils peuvent se permettre de laisser se développer en dehors d'eux une analyse économique du droit.

Christian Atias, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille (Institut Portalis), Me GUI University (Boulton Senior Fellow : 1986-1987) (*), publié à la RJJ, 1987, p. 477-496

(1) R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3ème série, *Approfondissement d'un droit renouvelé*, Paris, Dalloz, 1959, n. 347, p. 18 - Comparer même ouvrage, 2ème série, *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, Dalloz, 1959, n. 61 et s., p. 92 et s. : "pour que se comprennent et collaborent économistes et juristes".

(2) R. Savatier, *op. cit.*, 3ème série, p. 8, n. 337.

(3) H. Lepage, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985, coll. Pluriel, p. 357 et s.- H.Lepage, in *Droits*, Revue française de théorie juridique, 1985, n. 1, p. 93 et s..

(4) Comparer F. Terré et Y. Lequette, *Droit civil. Les successions, Les libéralités*, Paris, Dalloz, 1985, n. 6, p. 6. - Adde L. Josserand, "Un ordre juridique nouveau", DH 1937. - Savatier, *op. cit.*, 3ème série, n. 349, p. 21 : "On ne mesure pas les dépenses patrimoniales nécessaires pour sauver une vie humaine à la productivité patrimoniale possible de l'homme qu'il s'agit de sauver. La personne n'a pas de prix. Elle est au-dessus de tout prix". - Comparer A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*. Paris, LGDJ, 1960, préface G. Levasseur, N. 171, p. 114-115.

(5) R. Savatier, *op. cit.*, 3ème série, sur le cas désormais exemplaire, tant il a été discuté; du "marché d'enfants" : n. 352, p. 25.

(6) R. Savatier, *op. cit.*, 3ème série, n. 337, p. 8.

(7) R. Savatier, *op. cit.*, 3ème série, n. 353, p. 26. - Comparer, sur la parenté idéologique qui peut se retrouver entre les disciplines juridiques et économiques, Th. C. Heller, "The importance of normative decision-making", Wis. Law Review. 33385, (1976).

(8) H. Lepage, *Pourquoi la propriété*, p. 357 et s..

(9) H. Lepage, *op. cit.*, p. 414 : et non comme étant de droit naturel. Adde p. 386, 395-396, 417.

(10) H. Lepage, *ibidem*.

(11) H. Lepage, *ibidem*. Comparer S. Pejovich, "Towards an economic theory of the création and spécification of property rights", 30 Review of social Economies. 309 (1972) : cet auteur met bien en lumière l'effort des auteurs de l'analyse économique du droit pour étendre le domaine de la théorie commune de la production et des échanges.

(12) M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*. Paris, P.U.F., 1983, coll. Questions, p. 183.

(13) M. Villey, *op. cit.*, l'a lumineusement démontré.

(14) S. Goyard- Fabre, *Kant et le problème du droit*, Paris, Vrin, 1975, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, p. 125, 128, 132, 144, 146. - S. Goyard-Fabre, *Kant et l'idée pure du droit*, *Archives de philosophie du droit*. 1981, t. 26, p. 152.

(15) B. Ackerman, *Private property and the Constitution*, 1977. -Voir, du même auteur, la contribution au présent colloque.

(16) Sur cette idée, voir J. Gray, *Havek on liberty*, Basil Blackwell, Oxford, 1984, notamment p. 41.

(17) H. Lepage, *op. cit.*

(18) F. Hayek, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, vol. 1, Règles et ordre, traduction R. Audouin, P.U.F., coll. Libre-échange, 1973, p. 142 ; adde même ouvrage, p. 60, 122, 128. -Adde également p. 117 : "Le but des règles doit être de faciliter l'ajustement et le repérage commun des anticipations qui conditionnent la bonne fin des projets des intéressés".

(19) F.A. Hayek, *op. cit.*

- (20) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. I, Paris, Sirey, 1956, n.334, p. 484. - Comparer R. Savatier, *op. cit.*, 3ème série, n.346 et 346 bis.
- (21) Cass. com. 12 mars 1985 : D.S. 1985, p. 471, note J. Ghestin.
- (22) Cass. civ. 1, 31 janvier 1978 : J.C.P. 1979, II, 19035, note P. Neyrac. - 6 juillet 1977 : J.C.P. 1978, II, 18817, obs. R. Savatier.
- (23) J. Audier, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, L.G.D.J., 1978, préface P. Kayser, Bibl. de dr. privé, n.29, p. 41-42.
- (24) Cass. civ. 1, 7 mars 1956 : IX 1956, p. 523, note M. Percerou.
- (25) Cass. civ. 1, 16 juillet 1985 : D.S. 1986, inf. rap., p. 83.
- (26) Si l'expression est reprise de l'article 1166 du Code civil, il faut mesurer le chemin parcouru par rapport à ce prédécesseur purement négatif qui soustrayait ces droits à Faction des créanciers, sans les doter positivement d'un régime juridique particulier.
- (27) Le "titre" de l'officier ministériel n'en offrirait-il pas un excellent exemple ?
- (28) H. Lepage, *Pourquoi la propriété*, précité, p. 374.
- (29) H. Lepage, *op. cit.*, p. 383. -Adde même ouvrage, p. 357-358.- Comparer A. Gibbard, "The social choice perspective : a second look. Social choice theory and the imperfectability of a legal ordre", 10 Hofstra Law Review. 401 (1981-82). Pour une intéressante étude d'une autre activité coûteuse et révélatrice d'autres coûts : le contentieux, voir J.-P. Gould, "The economics of legal conflict", 2 *Journal of Legal Studies*, p. 279 (1973).
- (30) H. Lepage, *op. cit.*, p. 384 : citant Posner.
- (31) C'est ce qui justifie la solution actuelle selon laquelle le mari qui a autorisé sa femme à recevoir une insémination artificielle peut ultérieurement désavouer l'enfant : Trib. gr. inst. Nice, 30 juin 1976 : JCP 1977, II, 18597, obs. Harichaux-Ramu.
- (32) F.-A. Hayek, *op. cit.*, p. 117.
- (33) H. Lepage, *op. cit.*, p. 392.
- (34) Opposer P. Burrows et C. Veljanowski, *The economic approach to law*. London, Toronto Butterworths, 1981, p. 14 qui fondent une dissociation radicale des disciplines juridiques et économiques sur une différence d'objet : le juriste s'attacherait aux cas particuliers et l'économiste aux généralités.
- (35) A. Klevorick, "Law and economic theory : an economist's view", 65 *American Economic Review*, 237 (1975).
- (36) H. Zeisel, "Reflections on experimental techniques in the law", 2 *The journal of legal studies*. 107 (1973) : cet auteur fait justement observer (p. 124) que l'auteur de la décision juridique peut avoir d'excellentes raisons de ne pas adopter la solution que le résultat de l'expérimentation paraît désigner comme préférable ; par exemple, la statistique qui établit que les femmes conductrices sont impliquées dans un nombre beaucoup plus considérable d'accidents au moment de leurs règles (p. 119) n'impose nullement de leur interdire de conduire ces jours-là. Le fait que ces causes-là puissent être prévues, à l'inverse de celles qui agissent sur les hommes, ne suffit pas à justifier le recours à la contrainte. -Comparer P. Burrows et C. Veljanowski, *op. cit.*, p. 8.
- (37) Comparer A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, LGDJ, 1960, coll. Bibl. de droit privé, t. XXI, préface G. Levasseur, n. 282, p. 187 sur "le dogme de l'intagibilité du corps humain" : "fermeté du dogme. Incertitude sur ses conséquences".
- (38) Il faut notamment tenir compte du fait qu'une "banalisation" de la protection, en augmentant le contentieux, peut rendre le coût plus facile à prévoir pour l'entreprise.
- (39) R.A. Posner, *The economic of justice*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London (G.B.), 1981, p. 345. -Comparer G. Becker, cité et traduit par E. Mackaay, "La règle juridique observée par le prisme de l'économiste", *Revue internationale de droit économique*. 1986, p. 46.
- (40) Pour un petit exemple, voir supra note 36. Comp. O.M. Fiss, "The Death of the Law ?", 72 *Cornell Law Review*, 1 (1986).
- (41) B. Ackerman, "The marketplace of ideas", 90 *Yale Law Journal*, p. 1131 (1980)81).

- (42) Pour éviter de telles confusions, il faudrait évidemment ne pas partir du postulat que les catégories juridiques sont purement conventionnelles. R.A. Posner, *Economic analysis of law*, Little, Brown and Co, 3ème éd., 1986, p. 230-231. -Adde p. 233 sur les principes de justice.
- (43) Le civiliste ne parlerait que d'un "intérêt", condition commune et indistincte de l'action en justice.
- (44) Voir *supra* n. 3.
- (45) Voir, par exemple, R.A. Posner, *op. cit.*, p. 230.
- (46) H. Lepage, *op. cit.*, p. 386, 395-396, 414, 417. -Comparer A. Decocq, *op. cit.*, n. 289, p. 192.
- (47) H. Lepage, *op. cit.*, p. 399.
- (48) H. Lepage, *op. cit.*, p. 399.
- (49) H. Lepage, *op. cit.*, p. 357.
- (50) Cité par H. Lepage, *op. cit.*, p. 400. La propriété des produits de son travail n'a nul besoin de la prétendue propriété de la personne pour se découvrir son fondement (H. Lepage, *op. cit.*, p. 396) ; celle-ci n'en est nullement la condition nécessaire -l'absence de titre contraire serait plus pertinente-, ni même la condition suffisante -l'extériorité des produits du travail par rapport à la personne ne s'oppose-t-elle pas à l'application d'une même qualification pour les uns et pour l'autre ?-.
- (51) En ce sens, H. Lepage, *op. cit.*, Droits, n. 1, 1985, p. 92 et 100 ; c'est une conclusion importante de l'analyse économique : voir E. Mackaay, *op. cit.*, p. 54.
- (52) H. Lepage, *op. cit.*, p. 104.
- (53) Voir *supra* note 8.
- (54) "La charge de conserver la substance" de l'article 578 du Code civil.
- (55) Par l'article 543 du Code civil complété par diverses dispositions particulières.
- (56) Pour une réflexion générale, voir P.N. Simon, "*Economie analysis of liberty and property : a critique*", 57 *University of Colorado Law Review*. 747 (1986). -A ici été laissé de côté le considérable apport que pourrait avoir l'analyse économique dans l'étude de la formation des solutions de droit et de leur évolution ; voir en particulier I. Ehrlich et R.A. Posner, "*An economic analysis of legal rulemaking*", III *The Journal of Legal Studies*. p. 257 (1974). - J.C. Goodman, "*An economic theory of the evolution of the Common Law*", VII *The Journal of Legal Studies*. p. 393 (1978) .

(*) Après avoir fait l'objet d'un premier exposé lors du colloque aixois dont les travaux sont ici rapportés, le présent texte a été discuté à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal, le 17 septembre 1986. L'auteur tient à remercier le professeur Ejan Mackaay pour son invitation, ainsi que tous les intervenants : il ne peut que témoigner de sa gratitude envers les professeurs Ejan Mackaay et Franck Buckley pour les discussions qu'il a pu avoir avec eux à maintes reprises et pour la documentation qu'ils lui ont fournie.