

Le mouvement de l'analyse économique du droit est encore aujourd'hui largement ignoré chez les juristes en France, comme d'ailleurs dans les autres pays francophones. Je le regrette et voudrais, dans cet article, examiner l'objet de cette ignorance, sa cause et les remèdes qu'on peut envisager.

## **I - Le mouvement de l'analyse économique du droit**

Le mouvement de l'analyse économique du droit est, à l'origine, américaine. Dans un autre article, j'en ai présenté un survol (1). Je me bornerai ici à quelques remarques, en renvoyant le lecteur aux tableaux synoptiques se trouvant en annexe.

Les premiers articles datent de la fin des années cinquante et du début des années soixante. A cette époque, les économistes, à l'Université de Chicago en particulier, se sont mis à explorer la possibilité d'appliquer leurs outils de travail -notamment les modèles du choix rationnel et du marché- au delà des domaines d'application habituels. Ces explorations concernaient entre autres la politique, la bureaucratie, la famille et aussi le droit.

L'idée d'appliquer le modèle du choix rationnel à des secteurs "non économiques" n'était pas neuve. Pour les économistes classiques, d'Adam Smith à Karl Marx, elle était évidente. Ils auraient trouvé l'notre formule curieuse : la séparation entre la science économique et les autres disciplines touchant la vie en société leur aurait paru artificielle. Von Mises, écrivant entre les deux guerres, prenait encore cette unité profonde pour une évidence.

*"Dès lors, l'économie ne constitue pas un secteur nettement délimité de l'action humaine. Le domaine de l'économie, c'est celui de l'action rationnelle : l'économie intervient partout où devant l'impossibilité de satisfaire tous les besoins, l'homme opère un choix rationnel"* (2). Pour les juristes, le modèle du choix rationnel n'est pas notre plus inconnu, qui s'interrogent depuis toujours au sujet de l'effet des règles de droit sur la vie en société. L'interprétation téléologique d'une disposition ne fait- elle pas implicitement appel à ce modèle ? En outre, les juristes européens, n'ont-ils pas suivi depuis des nombreuses années des enseignements d'économie politique ?

Qu'est-ce qui explique alors le succès, chez les juristes américains, de ce nouvel "impérialisme économique" ? Ne fait-il que rappeler à la conscience des juristes une vérité qu'ils avaient perdue de vue ? Reflète-t-il la séparation trop grande, aux Etats-Unis mais aussi ailleurs, entre les facultés de droit, imbues d'un positivisme juridique et d'un esprit de "professionnalisme" étroit, et les facultés où étaient enseignées les sciences sociales ? Peut-on penser par ailleurs que ce mouvement, parti chez les économistes, pouvait trouver une terre fertile chez les juristes américains, du fait que le mouvement du réalisme américain venait de rappeler à ceux-ci avec force que le droit ne saurait se trouver tout entier dans les livres ?

Quelle que soit l'explication, le mouvement de l'analyse économique du droit a exercé, dans la doctrine américaine des deux dernières décennies, une influence dépassant tout autre courant

intellectuel contemporain, y compris la sociologie du droit. Il promettait aux juristes l'usage des outils de travail que l'économiste s'était forgés depuis la deuxième guerre mondiale, c'est-à-dire une théorie cohérente, des modèles puissants et de manipulation faciles ainsi que des méthodes de vérification pour les mettre à l'épreuve. Le mouvement de l'analyse économique du droit a donné lieu à une doctrine très volumineuse -une centaine de livres, de monographies, de recueils de textes et au-delà de mille articles. On ne peut pas actuellement ouvrir un numéro d'une des grandes revues juridiques américaines sans trouver au moins un article qui fait appel à l'analyse économique du droit.

On peut déceler plusieurs périodes dans le mouvement de l'analyse économique du droit aux Etats-Unis. A partir de 1957 jusqu'en 1972, elle connaît sa période d'exploration. Les articles, tous de la plume d'économistes de Chicago, sauf Calabresi, proposent l'application du modèle économique aux notions centrales de la *Common law* classique, comme la propriété, les contrats, la responsabilité civile. C'est à partir de la publication du livre du juriste Posner, *Economie Analysis of Law* (3), que commence une deuxième période : le mouvement gagne les facultés de droit. Pendant le reste de la décennie, on a l'impression d'assister au déploiement d'un nouveau paradigme, d'une nouvelle conception du droit. Le nouvel outil exerce, sur toute une génération de juristes, une fascination presque sans bornes. On l'applique à tout un éventail de problèmes, non seulement sous forme de modèles théoriques, mais aussi par des études empiriques (au sens anglais du terme !) ; on s'en inspire dans la résolution de problèmes de politique législative comme ceux de la pollution, de la déréglementation. Tout au long de ce développement, il semble exister parmi ceux qui se réclament de l'analyse économique un accord sur l'essentiel de la conception proposée par le groupe de Chicago.

Puis, en 1980, c'est l'éclatement, la fin de la belle harmonie. Plusieurs débats de fond opposent Posner aux plus grands philosophes de droit américains. Les opinions divergent sur l'issue de ces débats. Certains estiment que Posner -et avec lui l'analyse économique du droit- a irrémédiablement perdu et que le temps est venu de se tourner vers un nouveau mouvement, celui des *Critical Legal Studies*. Je serais, pour ma part, plus nuancé. Il est vrai que Posner a laissé des plumes, en ce sens qu'on a pu démontrer que son analyse comporte des prémisses implicites -des jugements de valeur, si l'on veut- qui, tout en étant parfaitement plausibles pour certains, ne relèvent pas de la science économique et pourraient être choisies autrement (4). On a relevé par exemple que l'efficacité, que Posner croit déceler dans les institutions classiques de la *common law*, n'est pas uniformément établie et que, de toute manière, cette notion présuppose que soient préalablement fixés certains droits fondamentaux qu'elle ne saurait, sans circularité, servir à justifier.

Les débats de 1980 n'ont donc pas entraîné la déconfiture de l'analyse économique du droit. Ils ont cependant provoqué l'éclatement du mouvement. A côté de la conception de Chicago (5), peuvent désormais trouver une place respectable au firmament de la doctrine juridique une conception autrichienne du droit, une conception institutionnelle et une conception libertarienne. Il n'y a plus qu'une seule analyse économique du droit, mais plutôt des approches économiques au droit. Cela montre que l'analyse économique du droit ne peut pas faire l'économie des débats qui ont lieu au sujet des fondements de la science économique elle-même. Ce qui réunit ces différentes orientations est l'idée du choix rationnel.

Ensemble, elles comportent un espoir pour la science juridique, celui de formuler des modèles représentant convenablement le rôle du droit dans la vie sociale.

Cet espoir n'est pas limité au droit américain. Il est donc intéressant d'étudier la réception du mouvement dans d'autres pays. Pour ce qui est des pays anglo-saxons, la communauté de langue et de système juridique a permis une réception assez rapide, au milieu des années 70. En Suède, pour des raisons que j'ignore, on observe le même phénomène. En Allemagne, après un silence total au cours des années 70, l'analyse économique du droit s'est imposé d'un coup et avec éclat au début des années 80. Le nombre et la qualité des publications en ce pays rappellent de façon saisissante l'enthousiasme des milieux américains au cours des années 70.

Et dans les pays francophones ? Le mouvement y semble à peu près ignoré. Il est temps de nous interroger sur les raisons.

## **II - L'ignorance du mouvement dans les pays francophones**

Un pas vers la réception, en France, de l'analyse économique a été franchi avec la publication de *L'Economie retrouvée*, en 1978 (6), à la même époque où, en Allemagne, est paru le premier recueil de textes traduits de l'américain. En France, contrairement à l'Allemagne, ce premier pas n'a pas été bien reçu. Le livre a aussitôt été descendu par une autre publication, *L'Economie fiction* (7), qui y voyait une manigance de la droite. Le mouvement, qui pouvait avoir, aux Etats-Unis, de légitimes aspirations scientifiques, se trouvait, en France, dès le départ embourbé dans une tempête politique et discrédité de ce fait. Encore aujourd'hui un ouvrage aussi intéressant que *Pourquoi la propriété* de Henri Lepage (8) ne paraît trouver que peu de lecteurs parmi les juristes français.

J'ai peine à croire que le mauvais départ puisse, à lui seul expliquer l'ignorance totale des juristes français à l'égard du mouvement. Quelles autres raisons peuvent être invoquées ? Doit-on craindre que le mouvement est discrédité du fait de son origine américaine (C'est *cowboy, chewing-gum* ... et donc pas pour nous) ?

Mais voyons alors, par comparaison, la réception enthousiaste de la micro-informatique américaine en France. Evidemment, le droit est généralement plus nationaliste que l'informatique.

Serait-ce parce que le mouvement est identifié comme "capitaliste" ? Il suffit pourtant de lire les travaux d'Ackerman ou de Calabresi pour constater que l'on a pu se servir de cette approche pour préconiser des interventions gouvernementales. Mais si tant est que le mouvement favorise des valeurs capitalistes, on pourrait toujours répondre que la France vient d'élire un gouvernement préconisant justement ces valeurs-là. Le débat à leur sujet est bien engagé en France comme ailleurs.

Est-ce alors parce que les publications sur l'analyse économique du droit ne sont disponibles qu'en anglais? Cette explication m'étonnerait, mais je n'ose pas l'écarter depuis qu'un étudiant français, à Montréal dans le cadre d'un programme d'échanges, m'a avoué -non sans gêne, du reste, devant ses compères- ne pas lire d'anglais du tout.

Plus profondément, d'aucuns pourraient objecter que la pensée juridique française ne se prête pas à ce type d'approche. Le civiliste aurait tendance à classer les problèmes à la lumière notamment des grands principes du droit avant d'en chercher, même intuitivement, les solutions. Le juriste de *common law*, par contraste, aurait tendance à s'interroger d'abord sur la solution à atteindre et chercherait seulement en deuxième lieu la jurisprudence pouvant appuyer sa cause. Le contraste me semble surfait. Certes, il y a des différences de style, de vocabulaire. L'histoire a légué à chaque pays un ensemble d'institutions qui constituent, à chaque époque, les points de départ des solutions que l'on pourra imaginer devant des problèmes nouveaux. Ces institutions varient d'un pays à l'autre. Pourtant les différences ne me semblent pas toucher à l'essentiel et se prêtent à des opérations de transposition (pour ne pas dire de traduction), comme l'a souligné encore récemment M. Cohen-Tanugi (9). Pour l'essentiel, les défis juridiques soulevés par la biogénétique, la micro-informatique, la pollution de l'environnement, les accidents industriels et routiers me semblent pouvoir être abordés de la même façon en droit civil et en *common law*.

L'analyse économique du droit est, avant tout, une façon pour le juriste de repenser les fonctions des institutions juridiques. Elle l'aide à faire face au droit en mouvement, au droit comme il pourrait être, plutôt que comme il est. Elle n'est pas recensement exhaustif de règles juridiques, synthèse du droit existant, systématisation de la pensée des auteurs, valeurs que la doctrine française a perfectionnées à un degré inégalé ailleurs et qui visent avant tout le droit établi, statique et encouragent le juriste à chercher les solutions aux problèmes juridiques à l'intérieur de sa discipline.

Mais, dira-t-on, dans la tradition civiliste, il appartient au juriste de chercher les solutions aux problèmes juridiques justement à l'intérieur de sa discipline. Le contact avec les disciplines voisines ne peut tenir lieu de réflexion juridique. Le normatif et le descriptif ne sauraient se confondre. Ces observations sont justes, mais elles touchent aussi bien l'analyse économique du droit que la sociologie du droit, dont la légitimité n'est pas mise en doute en France. L'analyse économique coïncide avec l'analyse sociologique telle qu'elle est pratiquée par Boudon (10) en France et Opp en Allemagne (11).

Elle veut apporter au juriste un outil plus fiable que sa seule intuition d'observer la société que le droit est appelé à régir. L'analyse économique du droit devrait donc avoir droit de cité au même titre que la sociologie du droit.

L'ignorance, en France et dans les autres pays francophones du mouvement de l'analyse économique du droit me paraît, en somme, avoir plusieurs causes. La langue en est une ; la prétendue coloration politique en est une autre ; la tradition civiliste, dans une certaine fixation sur le droit positif, en est une troisième. Pouvons-nous surmonter ces obstacles?

### III - Vers une réception de l'analyse économique du droit

A qui et comment l'analyse économique du droit peut-elle rendre service ? A cette question les tenants de l'analyse économique ont tenu souvent, ne serait-ce que par le ton de leurs écrits, des propos exagérés. Ils ont souvent fait flèche de tout bois. Ils ont voulu jouer aux guérisseurs de la société (*minister to the ills of society*, pour emprunter une expression de Mishan) avant même d'avoir pu assurer convenablement l'adéquation de leurs modèles à la réalité.

Je suis pourtant convaincu que les juristes seraient malavisés de garder la porte fermée à l'analyse économique du droit. Le droit a pour mission de trouver des solutions justes aux interactions humaines et il serait insultant de douter que nous sachions tous ce qu'est une solution juste. Permettez-moi cependant une analogie. Nous savons tous ce qu'est la bonne santé. Il n'empêche que le thermomètre de fièvre améliore ou facilite notre perception. Aucun médecin ne songerait à abandonner, au profit de sa seule perception intuitive, le stéthoscope et d'autres outils d'observation plus perfectionnés. Je crois légitime de confier aux sciences sociales, et à l'analyse économique du droit en particulier, la mission de confectionner de tels outils d'observation, en établissant faiblement le potentiel aussi bien que les limites.

Il convient donc de perfectionner d'abord l'analyse économique du droit en tant que description de la réalité. Il s'agit de comprendre la fonction des institutions ainsi que leur unité profonde, le système du droit. Il me semble que l'analyse économique du droit est capable d'appuyer utilement l'intuition du juriste sur ce point. On devrait pouvoir expliquer des changements historiques du droit à la lumière de changements naturels ou d'inventions intervenus dans la société qu'il dessert. Conçue de cette façon, l'analyse économique du droit peut fournir un cadre d'analyse pour aborder de nouveaux problèmes comme les biens informationnels (12), le contrôle de la pollution ou le problème des meilleurs soins médicaux au prix que nous sommes prêts à payer (13).

Si ces travaux démontrent une adéquation suffisante entre les modèles et la réalité, nous pouvons nous attacher, à l'aide de modèles, à des exercices de politique législative. Nous pouvons étudier dans quelle mesure tel changement législatif plutôt que tel autre parvient à atteindre les objectifs fixés ou dans quelle mesure ceux-ci sont compatibles entre eux. Plus précisément, nous sommes alors en mesure de nous interroger sur les droits et obligations nouveaux à créer devant tel ou tel problème.

Ces bienfaits profitent aux étudiants en droit, aux auteurs de doctrine, aux juges, au législateur et à ceux qui proposent des changements législatifs. C'est dire que tous les juristes ont un certain intérêt à connaître l'analyse économique du droit. Non pas que tous y auront recours tous les jours, bien que ce puisse être le cas de certains. Mais il serait étonnant de trouver un juriste qui ne ferait pas, quelques fois au cours de sa carrière, appel aux aptitudes que cherche à éveiller l'analyse économique du droit. Il serait donc utile de transmettre ce savoir à l'intérieur d'un cours de droit.

Comment faire entrer l'analyse économique dans les facultés de droit francophones ? Avant tout, il me semble qu'il incombe à des juristes, plutôt qu'à des économistes de convaincre le monde juridique. Je le dis tout en espérant que, comme aux Etats-Unis, les bonnes facultés de droit offriront des postes à des économistes.

Il conviendra sans doute de convaincre d'abord les maîtres. Pour cela, il faudra des ouvrages d'introduction, écrits par des civilistes pour des civilistes, exposant, en se servant de doctrines du droit civil, les grandes lignes de l'analyse. Il peut s'agir de recueils de textes, comme il y en a eu en Allemagne, ou de monographies, comme celle de Posner. Ces ouvrages devraient, il convient de le souligner en rappelant le début malencontreux du mouvement en France, mettre l'accent sur les prétentions scientifiques du mouvement plutôt que sur les enseignements politiques que certains seront tentés d'en tirer. Tout aussi important est le soin qu'on apportera à situer le contenu par rapport à la doctrine -des auteurs comme Ripert, Savatier, Carbonnier, Tune expriment souvent des pensées auxquelles souscrirait sans hésitation Posner- et de faire le lien avec les ouvrages qui, sans se réclamer de l'analyse économique du droit, proposent en fait un discours semblable (14).

On peut penser en deuxième lieu à des séminaires de formation intensive. Aux Etats-Unis, cette formule a été pratiquée avec beaucoup de succès par l'actuel doyen de droit à George Mason University (Fair Fax, Virginie), M. Henry Manne. Depuis la fin des années soixante il a formé autant des professeurs que des juges, des fonctionnaires et même des praticiens. Il est intéressant de souligner que parmi les professeurs participant aux séminaires de Henry Manne, on trouve autant des économistes que des juristes. L'analyse économique du droit s'avère être une excellente introduction au droit pour les économistes, vertu que Posner a essayé de mettre spécialement en lumière dans la dernière édition de son texte classique (15). Ces séminaires visent à familiariser les participants avec les notions de base de l'analyse économique du droit, sans prétention d'aborder les nouveautés ou des thèmes avancés.

Pour ce qui est de l'actualité, on peut espérer réunir, une fois par année, les chercheurs de la première génération qui s'intéresse à l'analyse économique du droit. En outre, il serait bon d'envisager une publication, pas nécessairement périodique, mais peut-être un cahier qui paraîtrait tous les ans.

Cette première génération d'intéressés devrait constituer "la masse critique" (si on me permet cette allusion à l'inertie pour un groupe que j'espère extrêmement dynamique) pour susciter un débat continu et des recherches sur l'analyse économique du droit en France et dans les pays francophones. Elle devrait alimenter des cours sur le sujet et encourager des étudiants, en droit comme en sciences économiques, à faire des recherches de doctorat sur le sujet, elle devrait monter des équipes de recherche dont la mission serait d'étudier les applications de l'analyse économique en droit.

## **Conclusion**

r

Si ces démarches atteignent leur but, on peut espérer que l'analyse économique du droit entre dans les moeurs et que les instruments qu'elle fournit fassent partie des outils de travail du juriste. Il y a, dans ce mouvement, des aspects d'une mode passagère comme le *legal realism* l'a été. Les prescriptions de politique législative issues du mouvement en sont tributaires. Je crois cependant qu'il existe un potentiel plus profond. L'analyse économique du droit allie en effet à l'idée d'action rationnelle des concepts et des méthodes de vérification éprouvés ailleurs. C'est par la description exacte de la réalité et la compréhension de la fonction des institutions juridiques dans celle-ci qu'elle rendra à plus long terme des services aux juristes.

L'analyse économique du droit n'est pas la potion magique que d'aucuns ont voulu en faire. Elle peut cependant être un bon remède contre la sclérose.

Ejan Mackaay, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, publié à la RJJ, 1987, p. 419 à 427.

(1) La règle juridique observée par le prisme de l'économiste - une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit, *Revue internationale de droit économique* 1986) t. 1, p. 43-88. On trouvera dans cet article des renvois à la littérature originale en langue anglaise sur le sujet.

(2) Von Mises, Ludwig, *Le socialisme - étude économique et sociologique*. Ed. M. Th. Génin, Paris, 1938, p. 143.

(3) Little, Brown et Cy, 1972.

(4) Voir mon article précité (nt. 1), Section II-C.

(5) Formulé de façon nuancée dans la troisième édition du livre de Posner, *Economie Analysis of Law*, Little, Brown et Cy, 1986.

(6) *Economica*, 1978.

(7) Andreff, Wladimir et al. *L'économie- fiction - contre les nouveaux économistes*, Maspéro, 1982.

(8) Coll. Pluriel, 1985.

(9) *Le droit sans l'Etat*, P.U.F., 1985, p. 15 : "Et l'expérience du juriste international et comparatiste le conduit bien souvent à conclure à la traduisibilité généralisée, moyennant quelques aménagements, de la syntaxe juridique des nations appartenant à une civilisation commune".

(10) Voir les biens informationnels ou le droit de suite dans les idées, dans *L'appropriation de l'information*, présenté par Jean-Pierre Chamoux, Librairies Techniques, 1986, pp. 26-48 et Cahiers STS (Science - Technologie - Société) du CNRS, n. 12 "Ordre juridique et ordre technologique", 1986, pp. 134-151.

(11) Calabresi G. *The Problem of Malpractice - Trying to Round out the Circle*, (1977) 27 U. of Toronto L.J. 131-141; Léon E. Rosenberg et Guido Calabresi, *Law and Medicine in Confrontation : A*

*Deans' Dialogue*, (1986) 32 Yale Law Report 12, reproduit également comme le cahier 45 du Center for Studies in Law, Economics & Public Policy, Yale Law School.

(12) Comme par exemple F. Ewald, *L'État providence*, Grasset, 1986.

(13) *Economic Analysis of Law*, Little Brown et Cy, 3e éd. 1986, préface.

(14) Voir par exemple *Effets pervers et ordre social*, P.U.F, 1979 ; *La logique du social*, Hachette, 1983 ; *La place du désordre*, P.U.F, 1984.

(15) *Die Entstehung sozialer Normen*, J.C.B. Mohr, 1983.