

# La règle juridique observée par le prisme de l'économiste

*une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit*

« [The law] is all means and no end,  
a science frightening in its adaptability,  
holding its rough engine ready to serve  
all comers who can show the proper papers »  
(Lon Fuller, *The Anatomy of law*, Mentor Books, 1969, p. 11)

[paru dans (1986) 1 *Revue internationale de droit économique* 43-88,  
éditeur DeBoeck et le Cairn]

**Ejan Mackaay**  
professeur à la Faculté de droit de  
l'Université de Montréal  
c.p. 6128, succ. A  
Montréal H3C 3J7  
tél. : (514) 343 78 52

## Plan

- I. Le droit se suffit-il?
- II. L'analyse économique du droit
  - A. Historique
    1. Les États-Unis
    2. En dehors des États-Unis
  - B. L'analyse économique du droit selon l'École de Chicago
    1. Prémisses économiques
    2. Le droit
      - a. Le théorème de Coase
      - b. Les droits de propriété (*property rights*)
      - c. La responsabilité civile
      - d. La synthèse posnérienne
        - (i) L'efficacité du droit
        - (ii) Résumé des thèses centrales de Posner
  - C. La contestation de la conception de l'École de Chicago
    1. Les sources d'insatisfaction
    2. Quelques écoles contestataires
      - a. L'école autrichienne
      - b. Les libertariens
      - c. Les contractualistes
- III. Perspectives

*Remerciements.* A M. Pierre Lemieux, à Montréal, et aux participants au colloque sur l'analyse économique du droit, à Aix-en-Provence, les 16 et 17 mai 1986, pour leurs remarques critiques. Au Centre de recherche en droit public, pour l'ambiance dynamique qui m'a permis d'écrire ce texte.

## RESUME

Cet article présente un survol, tel qu'on pouvait le percevoir au milieu des années 1980, du mouvement d'analyse économique du droit qui s'est développé

aux États-Unis à partir de la fin des années 1950. À l'origine une initiative d'économistes comme Gary Becker, Ronald Coase et Harold Demsetz, le mouvement a gagné les Facultés de droit américaines, à partir de 1972, avec la publication de *Economic Analysis of Law* de Richard Posner. Alors qu'à l'origine la conception mise de l'avant était surtout celle de l'École de Chicago, d'autres perspectives se sont faites jour à la suite des grands débats sur les fondements du mouvement dans les années 1976 à 1983. À compter du milieu des années 1970, le mouvement a gagné d'autres pays, d'abord les pays anglophones, puis, dans les années 1980, différents pays du continent européen.

#### **ABSTRACT**

This paper presents an overview, as could be perceived by the mid 1980s, of the Law and Economics movement that arose in the United States in the late 1950s. The movement was initiated by economists like Gary Becker, Ronald Coase and Harold Demsetz, and reached American Law Schools, from 1972 on, with the publication of the *Economic Analysis of Law*, by Richard Posner. Whilst the views originally dominating the movement were those of the Chicago School, other perspectives came to the fore following the debates on the foundations of the movement between 1976 and 1983. From the mid-1970s on, the movement reached other countries, first the English-speaking countries, then, from the 1980s on, several continental European countries.

#### **CLÉS JEL**

K00 B10 B20

## I. Le droit se suffit-il?

**Le droit et les sciences sociales.** Le droit se suffit-il? Le connaît-on en prenant connaissance des règles juridiques? Poser la question c'est y répondre. Le droit ne peut trouver en lui-même sa propre explication. On ne peut comprendre la nature du droit et des institutions juridiques par le seul recours aux textes juridiques<sup>1</sup>. Le droit est une des institutions par lesquelles les citoyens gèrent leurs rapports réciproques. Il ne peut être compris qu'à travers son rôle dans la société<sup>2</sup>.

Plusieurs questions surgissent alors. Comment les citoyens réagissent-ils devant les règles qu'on leur propose ou impose? Le droit a-t-il l'effet voulu par ceux qui l'ont créé? Comment sont créées les règles de droit? Peuvent-elles avoir tout contenu imaginé par l'autorité compétente? Existe-t-il au contraire des contraintes, provenant des rapports que le droit est censé régir? Quels rapports doivent être régis par le droit, lesquels par d'autres institutions ?

Ces questions ont été traitées pendant longtemps comme relevant de la spéculation philosophique. Plusieurs d'entre elles sont pourtant susceptibles d'une réponse « empirique » (au sens anglais du terme !). Grâce aux avancées dans les sciences sociales, les juristes peuvent se tourner de plus en plus vers ces disciplines voisines pour trouver une réponse à leurs interrogations. On a vu ainsi apparaître la sociologie du droit, la criminologie, l'anthropologie juridique. Leur apport n'est déjà plus négligeable. La réforme du droit de la famille en France, par exemple, doit beaucoup aux études de sociologie du droit. De même, la réforme du système pénitenciaire a été inspirée par les travaux des criminologues.

**Les rencontres du droit et de l'économie.** L'apport des économistes au droit a été jusqu'à récemment confiné aux domaines dont la connotation économique est évidente : le droit de la concurrence, le droit fiscal, le droit des banques etc. On a vu ainsi apparaître une nouvelle branche du droit, le *droit économique*, dans lequel on regroupe le droit des différentes interventions de l'État dans l'économie ainsi que le droit de l'entreprise<sup>3</sup>. Dans ces branches du droit, la détermination des conséquences économiques des règles de droit revêt une importance primordiale : un droit fiscal inefficace serait ruineux pour l'État.

Mais ce raisonnement ne s'applique-t-il pas également à d'autres branches du droit? Il y a lieu de le croire. Le célèbre juriste belge Monsieur Mertens de Wilmars l'a bien dit :

---

<sup>1</sup> M. Miaille l'exprime comme suit: «Les rapports juridiques, donc le système des règles de droit, ne peuvent s'expliquer ni par eux-mêmes ni par appel à l'esprit [...] la seule voie féconde qui permette d'expliquer réellement le droit consiste donc à chercher "ailleurs" les raisons de l'existence et du développement du droit. (*Une introduction critique au droit*, Maspéro, 1976, p. 77).

<sup>2</sup> Mais comparez l'énoncé suivant de Fuller: «The law has indeed been said to be the only human study having no distinctive end of its own» (*The anatomy of law*, Mentor 1969, p. 11).

<sup>3</sup> Farjat, *Droit économique*, P.U.F., 1971, p. 14.

« Bon nombre des institutions juridiques classiques, tels l'usufruit, l'accession ou la clause de réserve du droit de propriété ne sont rien d'autre qu'une réglementation de relations économiques subtiles. Toutefois, elles sont si profondément ancrées dans le droit positif que nous ne les percevons que comme des concepts juridiques, sans nous rendre compte de leur signification économique, façon de penser qui est encore renforcée lorsqu'il s'agit, comme c'est le cas pour certaines parties du droit civil, de structures conçues en particulier pour une économie agricole. »<sup>4</sup>

La réflexion de M. Mertens de Wilmars mène à une conception du droit suivant laquelle toutes les règles juridiques peuvent être examinées sur le point de savoir dans quelle mesure elles facilitent la poursuite d'objectifs que se donnent les citoyens. Le bon fonctionnement du marché privé étant parmi ces objectifs, il convient d'examiner dans quelle mesure les règles actuelles en matière de propriété, de contrats, de responsabilité civile constituent le régime le mieux adapté à cette fin<sup>5</sup>.

Cette interrogation présente d'emblée un caractère économique dans la mesure où le marché est un des sujets de prédilection de l'économiste. Mais la question se poserait tout aussi bien pour d'autres domaines comme le droit des successions, le droit de la famille, la procédure, la preuve ou encore le droit administratif : quels sont les effets des règles observées? Sont-elles les meilleurs moyens, eu égard aux fins poursuivies dans le domaine en question?

**La nouvelle économie.** Cette interrogation est proprement économique, car ce qui définit la science économique, ce sont les *choix* et la *rareté*, plutôt que ses objets traditionnels, *l'argent* et le *marché*. Le terme *rareté* a un sens particulier dans le discours de l'économiste. On l'oppose à l'*abondance*, qui est la situation où chacun, même en consommant à volonté, n'épuiserait pas la quantité d'un bien que fournit la nature. L'air pur, l'eau propre étaient, jusqu'à récemment, les exemples typiques de biens abondants. La frontière entre ce qui est abondant et ce qui est rare n'est pas fixée une fois pour toutes. L'évolution des préférences dans une société, les avancées techniques, l'augmentation de la richesse peuvent la modifier. L'eau propre, à la suite de la pollution inconsidérée des années passées, se fait rare. Comme toute autre ressource rare, elle doit désormais faire l'objet d'une gestion délibérée. Pour avoir de l'eau pure, l'homme doit faire des sacrifices : efforts de dépollution, industries qui deviennent non rentables, activités de loisir qu'il ne peut plus se permettre<sup>6</sup>.

En s'attachant à tout choix en situation de rareté, la science économique s'est donné, depuis la fin des années 50, des visées très vastes, que d'aucuns

---

<sup>4</sup> J. Mertens de Wilmars, dans: *Actes du colloque sur la magistrature économique*, sous la direction de Jacquemin et Schrans, Oyez-Bruylant 1978, p. II.0-1.1 (traduction)

<sup>5</sup> Voir Jacquemin et Schrans, *Le droit économique*, P.U.F. (Que sais-je 1383), 1970, p.11.

<sup>6</sup> Les économistes sont les porteurs de ces mauvaises nouvelles. C'est sans doute ce qui fait porter à leur discipline l'épithète de science maudite (*dismal science*).

ont même qualifiées d'impérialistes<sup>7</sup>. On pourrait parler d'une révolution conceptuelle. Becker, qui en est un des auteurs, s'exprime comme suit :

« En effet, je suis arrivé à la conclusion que l'analyse économique est applicable à *tout* comportement humain, qu'il implique des prix monétaires ou des prix fictifs, qu'il s'agisse de décisions répétées ou peu fréquentes, majeures ou mineurs, 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 »<sup>8</sup>.

Et il ajoute :

« De plus, l'analyse économique ne présuppose point que ceux qui prennent ces décisions sont nécessairement conscients de leur efforts de maximiser [leurs satisfactions] ou qu'ils peuvent expliciter ou d'une autre manière décrire intelligemment les raisons qui sous-tendent la structure systématique de leur comportement ».<sup>9</sup>

Ces énoncés définissent un programme de recherche ambitieux où la conception économique de l'homme s'étend à *tout* comportement humain. Le caractère programmatique ressort bien dans une conférence de Becker à Paris :

« Parler d'irrationalité des êtres humains n'est le plus souvent qu'un alibi des savants pour camoufler leur incapacité à expliquer certains phénomènes [...] pour [l'approche économique], tout ce qui est apparemment irrationnel n'est que la conséquence d'un "coût" objectif que l'expérimentateur n'a pas encore réussi à isoler [...] A cet égard, [l'approche économique] ne peut qu'être plus efficace que les autres approches traditionnelles des sciences sociales dans la mesure où, ne reconnaissant pas l'irrationalité [...], elle empêche le chercheur de s'arrêter à des explications qui n'en sont pas »<sup>10</sup>.

La science économique peut-elle tenir promesse et démontrer le bien-fondé de la théorie générale du comportement humain qu'envisage Becker? C'est la tâche à laquelle s'est attelée *l'école de Chicago*. Les travaux entrepris dans cette optique ont été extraordinairement diversifiés et nombreux. Becker lui-même avait donné le ton en 1957 par une thèse de doctorat portant sur

---

<sup>7</sup> Voir Boulding, K., 1973, *The Economy of Love and Fear*, Wadsworth, 1973, p. 11: «...there have been succesful attempts to apply this framework to the larger field of all social and political relations. I have sometimes called this movement "economic imperialism" because there are times when it looks like an attempt on the part of economics to take over all the other social sciences»; voir aussi R. Brenner, *Economics - An Imperialist Science?*, *J. Legal Stud.* 9 (1980) 179.

<sup>8</sup> G. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, U. of Chic. Press, 1976, p. 8 (traduction).

<sup>9</sup> Voir id., p. 8.

<sup>10</sup> Cité par Lepage, *Demain le capitalisme*, Pluriel, 1978, p. 28.

l'économie de la discrimination<sup>11</sup>. Les travaux de la nouvelle économie issue de l'école de Chicago comportent une théorie du capital humain, une théorie de la famille, une économie des rapports non marchands, une nouvelle théorie du consommateur ainsi que le mouvement dit des droits de propriété et l'école du *public choice*, dite aussi *école de Virginie*, qui étudie la vie politique, la bureaucratie et la réglementation<sup>12</sup>. Ce sont ces deux derniers mouvements surtout qui ont fourni les idées maîtresses pour ce qui est devenu par la suite l'analyse économique du droit.

## II. L'analyse économique du droit

### A. HISTORIQUE

#### 1. Les Etats-Unis

L'analyse économique du droit est, à l'origine, un mouvement américain. Son évolution aux États-Unis peut être décrite en trois phases : le décollage (1957-1972), le paradigme accepté (1972-1980), le grand débat et la recherche d'un nouveau fondement (depuis 1980)<sup>13</sup>.

**Le décollage.** Au cours de cette première phase, on voit apparaître des articles pionniers écrits par des économistes. Le véhicule choisi est une nouvelle revue publiée à l'Université de Chicago, le *Journal of Law and Economics*. Le point de départ est le célèbre article de Coase sur le coût social<sup>14</sup>. Alchian, Demsetz, Furubotn et Pejovich publient des textes sur le rôle de la propriété prise au sens large d'un droit de contrôle sur toute ressource rare<sup>15</sup>. Calabresi fait paraître des articles dans le domaine des accidents. Le droit de la responsabilité civile extracontractuelle peut, à son avis, être analysé comme s'il visait à minimiser les coûts résultant des accidents<sup>16</sup>. Cheung analyse le rôle et la nature des contrats dans un monde caractérisé par l'incertitude<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> *The Economics of Discrimination*, U. of Chic. Press, 1957; sur ce sujet, voir aussi le remarquable ouvrage récent de Thomas Sowell, *The Economics and Politics of Race - An International Perspective*, Morrow, 1983.

<sup>12</sup> Mueller, Dennis C., *Public Choice*, Cambridge U.P., 1979 (traduit sous le titre: *L'analyse des décisions politiques*, Economica, 1982); Tollison, Rent-seeking, *Kyklos* 35 (1982) 575.

<sup>13</sup> Voir l'excellente note de R.E. Barnett, Contract Scholarship and the Reemergence of Legal Philosophy, *Harvard L. Rev.* 97 (1984) 1223-1245, aux pp. 1225-1236.

<sup>14</sup> The Problem of Social Cost, *J. of Law and Economics* 3 (1960) 1. On trouvera un survol du mouvement dans Mackaay, E., *The Economics of Information and Law*, Kluwer, 1982, chap. 3 et 4.

<sup>15</sup> Alchian, A.A., Some Economics of Property Rights, miméo, Rand Corp 1961; voir les articles reproduits dans Furubotn, E.G., et Pejovich, S., *The Economics of Property Rights*, Ballinger Publishing Cy, 1974 et Manne, H.G., *The Economics of Legal Relationships - Readings in the Theory of Property Rights*, West, 1975.

<sup>16</sup> Les premiers articles sont Calabresi, G., Some Thoughts on the Risk-Distribution and the Law of Torts, *Yale L.J.* 70 (1961) 499; The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs, *Harvard L. Rev.* 78 (1965) 713. En 1970, Calabresi a publié *The Cost of*

Cette période initiale se caractérise par une anarchie bénigne et par un sens de la découverte, de la surprise. Ses artisans sont, à l'exception de Calabresi, des économistes.

**Le paradigme accepté.** A la fin des années 60, on voit se dessiner un mouvement visant à transporter le débat sur le terrain du juriste. Henri Manne organise des séminaires d'été pour initier les professeurs de droit à ces nouvelles idées et aux fondements micro-économiques nécessaires. Les premiers efforts de synthèse apparaissent. Calabresi publie son étude intitulée *The Cost of Accidents* (1970)<sup>18</sup>. Tullock tente une synthèse plus vaste en 1971 sous le titre *The Logic of the Law*<sup>19</sup>, mais n'a pas le succès escompté.

La véritable percée se produit avec la parution, en 1972, d'un ouvrage rédigé par un professeur de droit et couvrant, en survol, presque l'ensemble du droit d'une manière accessible aux étudiants en droit (et aussi, diront de mauvaises langues, à leurs professeurs). Ce livre, c'est *The Economic Analysis of Law*; l'auteur, l'homme qui va dominer le mouvement au cours des dix années à venir, R.A. Posner<sup>20</sup>.

Très vite, les facultés de droit les plus dynamiques se mettent à l'heure et, dans les années qui suivent, on voit apparaître des recueils de textes spécifiquement conçus pour l'enseignement en droit<sup>21</sup>. Ces analyses touchent désormais tous les domaines du droit. C'est l'euphorie devant l'outil simple et performant. On croit développer une nouvelle théorie du droit et un nouveau véhicule vient souligner cette optique : le *Journal of Legal Studies*, dont Posner est le premier rédacteur en chef.

Un nombre inouï d'articles apparaît. En dix ans, il y en a près d'un millier<sup>22</sup>. Tantôt il s'agit de préciser ou d'approfondir les idées intuitives des pionniers en les formalisant mathématiquement, tantôt d'explorer des idées nouvelles. Tout

---

*Accidents*, Yale U.P. et, en 1978, avec Bobbitt, *Tragic Choices - The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources*, Norton.

<sup>17</sup> Cheung, S.N.S., *The Theory of Share Tenancy*, U. of Chicago Press, 1969; id., Private Property Rights and Sharecropping, *J. Pol. Econ.* 76 (1968) 1107; id., Transaction Cost, Risk Aversion and the Choice of Contractual Arrangements, *J. Law Econ.* 12 (1969) 23; id., The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource, *J. Law Econ.* 13 (1970) 49.

<sup>18</sup> Yale U.P.

<sup>19</sup> Basic Books.

<sup>20</sup> Little, Brown and Co, 1972, 2e éd. 1977.

<sup>21</sup> Furubotn, E.G. et S. Pejovich, *The Economics of Property Rights*, Ballinger Publishing Cy, 1974 ; Ackerman, B.A. (ed.), *Economic Foundations of Property Law*, Basic Books, 1975; Manne, H.G. , *The Economics of Legal Relationships*, West, 1975; Kronman, A. T. et R.A. Posner, *The Economics of Contract Law*, Basic Books, 1979; Posner, R.A. et K.E. Scott, *Economics of Corporation Law and Securities Regulation*, Little, Brown and Cy, 1980.

<sup>22</sup> Un estimé personnel. Dans la bibliographie de Goetz (*Law and Economics - Cases and Materials*, West, 1984, p. 505 s.) on en trouvera environ 800. Voir aussi Veljamoski, C.G. , *The New Law-and-Economics - A Research Review*, Centre for Socio-Legal Studies - Oxford, 1982.

laisse voir un paradigme accepté de tous. Certes, il y a des sons discordants, mais ils ne parviennent pas à perturber la belle harmonie<sup>23</sup>.

Le mouvement de l'analyse économique du droit s'impose en quelques années, dans les facultés de droit américaines, comme un courant de pensée de première importance, si ce n'est la principale source de renouveau dans la théorie générale du droit. La plupart des facultés de droit offrent plusieurs cours faisant intervenir l'analyse économique du droit. Même des cours classiques comme la propriété et les *torts* s'en trouvent changés, les professeurs titulaires estimant qu'il ne suffit pas de faire apprendre aux étudiants le droit positif, mais qu'il faut en plus leur donner les instruments – économiques – pour déterminer si le droit est bon, atteint son but. Plusieurs facultés nomment un ou plusieurs économistes comme professeur de droit.

Les connaissances économiques sont « payantes » en dehors du milieu universitaire. Les gouvernements s'en inspirent dans leurs politiques, en particulier dans l'institution (ou l'abolition) d'organismes de réglementation. Les tribunaux acceptent de la part des plaideurs des arguments de type économique sur l'effet et l'opportunité des décisions qu'ils sont appelés à prendre.

**Le grand débat.** Le mouvement finit par déranger le savoir traditionnel dans les facultés de droit. La réaction vient, au début des années 80, sous la forme de plusieurs colloques visant à évaluer, de manière critique, ce qu'apporte en définitive l'analyse économique au droit. On s'interroge, en particulier, sur le point de savoir si elle constitue, comme ses champions le laissent entendre, une véritable théorie du droit<sup>24</sup>. Le débat est acerbe. Posner occupe pour l'analyse économique du droit. Il fait face à tout un éventail d'adversaires de divers plumage : philosophes, jusnaturalistes, libertariens, économistes de l'école autrichienne, économistes d'allégeance néo-classique qui estiment que le modèle posnérien est simpliste.

Qui a gagné le débat? Difficile à dire. Mais très vite après le débat, l'analyse économique du droit perd son chef de file : en 1981, après la publication de son livre sur l'économie de la justice<sup>25</sup>, Posner accepte le poste de juge à la Cour d'Appel fédéral. Certes, la production des juristes-économistes paraît continuer comme avant. Mais le mouvement semble avoir perdu son unité. L'éclatement se fait autour de la question à laquelle Posner n'avait pu fournir une réponse satisfaisante lors du débat : l'attribution des droits peut-elle être déduite de considérations d'efficacité ou doit-on, pour rendre déterminable la notion même d'efficacité, fixer préalablement au moins certains droits fondamentaux. Depuis 1982, l'analyse économique du droit aux États-Unis est à la recherche d'un nouveau consensus. Une nouvelle revue, le *Journal of Law, Economics and*

---

<sup>23</sup> L'animateur du groupe dissident est W.J. Samuels, à l'époque rédacteur du *Journal of Economic Issues*, dont les numéros de décembre 1975 et mars 1976 sont consacrés à l'École de Chicago, pour bonne partie à l'analyse économique du droit. Ces deux numéros ont été publiés séparément sous le titre *The Chicago School of Political Economy*, Association for Evolutionary Economics, 1976.

<sup>24</sup> *J. Leg. Stud.* 9 (1980) 189, *Hofstra Law Review* 8 (1980) 485 et 811, ainsi que la réponse de Posner, *A Reply to Some Recent Critics*, *Hofstra Law Review* 9 (1981) 775; *Journal of Legal Education* 33 (1983)183.

<sup>25</sup> *The Economics of Justice*, Harvard U.P.1981.



*Organization*, voit le jour en 1985, à l'Université Yale. Elle se propose de faire une plus grande place aux problèmes d'information, de rationalité limitée, au capital intangible que représentent les organisations.

## 2. En dehors des Etats-Unis

Le mouvement de l'analyse économique du droit a mis un certain temps à gagner d'autres pays. En Australie, au Canada, en Angleterre et en Suède, l'intérêt s'est manifesté à partir du milieu des années 70. En 1981 est fondée en Angleterre la *International Review of Law and Economics*, qui offre une place tant aux tenants des idées de Chicago qu'aux voix critiques. En Europe continentale, c'est seulement dans les pays de langue allemande que le mouvement semble avoir été véritablement « reçu », mais alors de façon tout à fait explosive, depuis environ 1980. Dans les pays francophones, le mouvement n'a pas encore percé. Les juristes en particulier semblent l'avoir boudé jusqu'ici, ignorant d'excellentes introductions comme celles qu'a fait voir le jour l'économiste H. Lepage<sup>26</sup>.

### B. L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT SELON L'ÉCOLE DE CHICAGO

Les deux premières phases du développement de l'analyse économique du droit ont été largement dominées par les idées provenant de l'école de Chicago; la production gigantesque de ce groupe a écrasé à toutes fins utiles toutes voix discordantes. C'est seulement depuis le grand débat sur les fondements mêmes du mouvement, au début des années 80, que l'on peut déceler la contribution d'autres écoles économiques. Il semble opportun de présenter d'abord l'essentiel des idées de l'analyse économique du droit, thème par thème, à l'intérieur du paradigme proposé par l'école de Chicago.

#### 1. Prémises économiques

**Le modèle néo-classique.** Dans la conception néo-classique, point de départ de l'école de Chicago, le monde est peuplé d'êtres humains soucieux de maximiser leurs satisfactions. Toute ressource rare qui peut servir à cette fin appartient à quelqu'un, le propriétaire, qui peut la transférer à un autre par accord volontaire. Un tel échange se réalise lorsque le propriétaire actuel de la ressource accepte la contrepartie – une autre ressource – offerte par la personne qui veut l'acquérir. L'accord étant volontaire, il faut présumer que chaque partie y trouve son compte et, partant, que l'état du monde s'est amélioré.

L'équivalence des prestations est difficile à assurer dans un système de trocs : un cheval vaut plus qu'un mouton, mais moins que deux – comment fixer la soulte? C'est pourquoi on adopte *l'argent*, qui est un contenant de valeur universel, indéfiniment divisible et échangeable contre toute autre ressource. Cette institution permet aux acquéreurs de comparer très rapidement les prix proposés par ceux qui offrent le même bien et, inversement, à ceux qui cherchent à vendre un bien de comparer les prix auxquels différents acquéreurs seraient prêts à acheter. L'institution de l'argent facilite ainsi *la concurrence*, tant chez les producteurs que chez les acquéreurs de biens.

---

<sup>26</sup> Voir Lepage (1978) et son *Pourquoi la propriété*, Pluriel 1985.

L'interaction d'une multitude de producteurs et d'acquéreurs autonomes d'un bien s'appelle *un marché*. Elle donne lieu à un *prix uniforme* pour le bien, appelé prix d'équilibre. Le modèle néo-classique est une formalisation mathématique de ce processus. La beauté du modèle est de permettre la démonstration qu'un système de marchés pour tous les biens et facteurs de production arrive à un optimum et est en équilibre à ce point.

L'optimum en ce sens, dit *efficacité*, est un état de l'économie où il est impossible de réaliser une réallocation de ressources telle que le sort d'une personne s'améliore sans que celui d'aucune autre personne ne s'en trouve détérioré. En d'autres mots, tous les échanges fructueux ont été réalisés. Des mouvements de prix vers le haut ou vers le bas permettent d'absorber les pénuries ou les excédents imprévus et font que la quantité offerte d'un bien est tout juste égale à la quantité que les acquéreurs sont prêts à acheter au prix ajusté. Le prix d'équilibre reflète la rareté relative du bien.

**Les limites du modèle et leur dépassement.** Personne ne prétendrait que ce modèle constitue une description fidèle de la réalité. Pourtant, il en reproduit des traits essentiels. Arrow a sans doute raison de soutenir « qu'il n'y a aucun modèle alternatif pouvant aspirer à la même généralité [que le modèle néoclassique tant décrié] »<sup>27</sup>. Il convient donc d'enrichir le modèle en travaillant sur ses prémisses. C'est justement cela que l'analyse économique du droit a voulu faire. Les prémisses du modèle qui nous intéressent ici sont que tous les biens sont appropriés et transférables, que chaque acteur est parfaitement informé sur toutes possibilités d'échange pertinentes et que les échanges sont conclus et exécutés sans frais. L'absence de l'une quelconque de ces conditions fait apparaître ce que l'économiste appelle des *imperfections du marché*. Ces imperfections font que, dans le modèle néo-classique, on ne peut plus démontrer que le marché autonome arrive automatiquement à l'optimum social.

Ces conditions, de toute évidence, ne sont qu'imparfaitement remplies en réalité. Dans l'analyse traditionnelle, on observe alors qu'il y a divergence entre les coûts privés (c'est à dire ceux auxquels font face les personnes qui prennent les décisions) et publics (qui englobent en outre tous les effets incidents à l'égard des tiers). Pour rétablir la tendance de l'économie vers l'optimum, il faut faire « internaliser » ces effets incidents, de telle sorte que le coût social équivaut au coût privé. Les remèdes que prescrivaient traditionnellement les économistes étaient de trois ordres : l'imposition (par voie de taxes ou de responsabilité civile), la réglementation et la promotion de la concurrence. Tout un éventail de institutions pratiques traduisent ces orientations.

Mais plutôt que de voir dans les « imperfections du marché » une simple source de bruit, un « irritant » pour l'économiste, ne devrait-on pas les analyser comme une partie essentielle de la réalité, soumise, elle aussi, au calcul économique? Les institutions – les droits, dont la propriété, les contrats-type, y compris les différentes formes de sociétés commerciales, les procédures, judiciaires et autres, de décision ou de règlement de conflits etc. – ne pourraient-elles pas, elles aussi, être choisies en vue d'atteindre un optimum social? Si, par hypothèse, les hommes choisissent l'allocation des ressources productrices qui leur est la plus profitable, pourquoi n'en feraient-ils pas autant pour les

---

<sup>27</sup> Arrow, K.J., Limited Knowledge and Economic Analysis, *AER* 64 (1974) 1-10, à la p. 1.

institutions, retenant, parmi des institutions imparfaites, celles qui le sont le moins?

Fort bien, nous objectera-t-on, mais pourquoi alors l'humanité n'a-t-elle pas choisi d'emblée les institutions qui nous paraissent maintenant être les meilleures? La réponse a plusieurs facettes. Il est évidemment concevable que c'est nous qui nous trompons dans le choix de la meilleure institution. Cette hypothèse ne peut cependant être vérifiée qu'à la lumière de découvertes nouvelles, de meilleures méthodes d'analyse ou d'observation, bref de renseignements dont, par la force des choses, nous ne disposons pas.

Une deuxième réponse est d'admettre que l'homme n'est pas parfaitement informé, ni sur les informations du marché (fournisseurs, prix etc.) du modèle néo-classique, ni sur les institutions qui font le mieux fonctionner le marché. Dans la mesure où l'information lui permet de mieux choisir, il devient alors intéressant d'étudier les institutions *sur le point de savoir dans quelle mesure elles aident l'homme à découvrir l'information ou à faire face convenablement à l'incertitude qu'entraîne son ignorance*. C'est enrichir le modèle néo-classique d'une dimension *institutionnelle*.

On peut faire valoir, en troisième lieu, que l'institution optimale d'une époque ne l'est plus nécessairement à l'époque suivante. Il ne suffit pas de constater que, contrairement aux prémisses du modèle néo-classique, les transactions sont généralement coûteuses. Ce coût signale la rareté et impose, comme toute autre forme de rareté, un choix. Différentes « transactions » peuvent servir à réaliser le même but. Le choix se fera selon leurs coûts et se *modifiera donc en fonction des changements du rapport de coûts*. On peut ainsi enrichir le modèle néo-classique d'une dimension *historique*.

Voyons maintenant comment ces nouvelles dimensions se reflètent dans l'analyse économique du droit.

## 2. Le droit

### **a. Le théorème de Coase.**

**Les externalités.** Le point de départ est une des imperfections du marché que les économistes ont traditionnellement reconnues, soit celle des *externalités*. Les externalités sont des bienfaits ou des pertes que subit une personne à la suite d'activités d'une autre et dont ne tient pas compte cette dernière dans la décision de les entreprendre. On en donne souvent comme exemple la pollution que crée une entreprise au détriment des voisins. Il s'agit d'une situation où un bien ou facteur de production n'est pas parfaitement approprié : le pollueur le « prend » sans en être propriétaire.

Si l'entreprise devait en payer le coût, il n'est pas certain qu'elle prendrait les mêmes décisions quant à la nature et la quantité du produit qu'elle fabrique. Les externalités (et les *biens publics*<sup>28</sup>, qui peuvent être analysés comme des espèces de biens produisant des externalités positives) sont une tare dans le

---

<sup>28</sup> Sur ce sujet, voir Wolfelsberger, A., *Les biens collectifs*, P.U.F. 1975; Preston, M., *Public Goods and the Public Sector*, MacMillan 1972; Whynes, D.K. et R.A. Bowles, *The Economic Theory of the State*, Martin Robertson, 1981, p. 77 s.

schéma de l'économiste. Elles font que le prix du produit ne reflète pas l'ampleur – la rareté – réelle des ressources nécessaires pour le fabriquer. Des agents se fiant à ces prix orienteraient mal l'économie. On ne peut alors plus être certain que l'action autonome de milliers d'agents autonomes aboutirait nécessairement à un optimum pour tous. Conclusion : l'État doit intervenir pour faire « internaliser » les effets externes par ceux qui les causent ou pour corriger autrement la situation. Question : suivant quels critères?

**La symétrie des externalités.** C'est sur cette question que Coase a fait paraître son article sur la question du coût social<sup>29</sup>. Le problème des externalités, dit Coase, est mal posé. Tout d'abord, le problème est à son avis symétrique. Le pollueur interfère avec la jouissance de sa victime. Mais on pourrait dire tout aussi bien que la victime empêche l'exploitation paisible envisagée par le pollueur. Le problème est donc de déterminer lequel des ces deux usages doit l'emporter. Qui a droit à la ressource rare qui fait l'objet du conflit?

Voilà une question bien familière au juriste. Or, la réponse de Coase lui réserve une surprise. Dans la mesure où l'on définit clairement les droits respectifs et que les parties puissent librement négocier, la solution à laquelle elles arriveront *ne dépend pas du tout de la façon dont les droits sont attribués*. C'est l'usage le plus valorisé (le plus profitable) qui l'emporte. La partie qui veut l'entreprendre, s'il n'a pas au départ le droit de son côté, « achète » le droit et indemnise l'autre, tout en conservant un certain profit. L'inverse n'est pas vrai, puisque l'autre partie faisant un usage moins rentable serait incapable d'indemniser le premier de la perte de profit que celle-ci subirait si elle devait se priver de l'exploitation en question.

**L'externalité comme propriété imparfaitement définie.** L'externalité ne doit donc pas nécessairement être neutralisée par une intervention directe de l'État, comme le soutenaient les économistes traditionnels. Souvent le problème peut être résolu simplement *par l'attribution de droits de propriété bien définis*. *L'externalité ne signale non pas une défaillance naturelle du marché, mais plutôt une définition incomplète des droits de propriété. Pourvu que les droits soient bien définis, l'externalité se résout d'elle-même, quelle que soit la personne à qui on les attribue.*

**Les coûts de transaction.** Les juristes au chômage? Pas du tout, car en réalité les parties ne peuvent pas toujours s'entendre sans frais. Il existe, la plupart du temps, des « coûts de transaction » : on n'est pas parfaitement informé sur les interlocuteurs avec lesquels il faudrait négocier; la complexité du problème peut faire échouer la négociation; il s'avère (trop) coûteux de faire respecter le contrat. Dans tous ces cas, la belle symétrie mise en évidence par Coase ne tient plus. L'attribution initiale des droits risque d'être définitive. Deux questions surgissent alors.

Qu'est-ce qui détermine l'importance des coûts de transaction et comment peut-on les abaisser? Comment attribuer les droits en présence de coûts de transaction importants?

En outre, même si, en l'absence de coûts de transaction, l'attribution n'influe pas sur l'évolution de l'économie vers l'optimum, il n'en reste pas moins qu'elle a

---

<sup>29</sup> Coase 1960, op. cit., nt. 14.

un effet certain sur la richesse relative des parties concernées. Cette question soulève les passions et intéresse certainement le juriste. Mais les tenants de l'analyse néo-classique estiment que l'on peut proprement divorcer la question de la taille du gâteau social de celle qui concerne des morceaux qu'on en donne à chaque citoyen.

**Conclusions.** L'analyse de Coase semble aboutir aux propositions suivantes, qui intéressent l'analyse économique du droit. Dans le cas d'usages concurrents (externalités) :

- (i) Le rôle du droit se limite à bien définir les droits et à fournir les institutions pour les faire respecter;
- (ii) En l'absence de coûts de transaction, le marché autonome réalise l'optimum social;
- (iii) En présence de coûts de transaction non nuls, le droit doit s'efforcer de les abaisser;
- (iv) Il incombe aux juristes-économistes d'identifier les coûts de transaction dans leurs déguisements très divers<sup>30</sup>.

#### *b. Les droits de propriété (property rights )*

Dire que la propriété privée est une condition du marché ne nous informe guère sur ses fonctions et sur les raisons qui poussent les hommes à adopter cette institution, de préférence à d'autres. Le mouvement des property rights s'est donné justement pour objectif d'étudier ces questions. Pour illustrer ses conclusions, il est utile d'examiner quelques situations simplifiées.

**L'abondance volontaire.** La première se présente dans le film *Les dieux sont tombés sur la tête*<sup>31</sup>. Le film fait voir une tribu de *bushmen* vivant dans le désert de la Kalahari. La sagesse des générations a légué aux membres de la tribu les moyens de vivre convenablement avec ce que la nature fournit. Les membres ont le sentiment d'une abondance fournie par les dieux.

Un jour, un petit avion commercial passe au dessus de leur habitat et le pilote jette une bouteille vide de coca-cola par la fenêtre. Ce don des dieux est reçu avec curiosité. Bientôt divers membres de la tribu examinent les jeux et autres usages de l'objet. La solidité et la forme de la bouteille font vite découvrir aux ménagères des usages très intéressants pour lequel aucun autre objet n'existe. Et alors c'est le chahut et même la bagarre pour déterminer qui pourra se servir de l'objet précieux.

Le point remarquable est la solution adoptée par le conseil de la tribu. Concluant que les dieux sont fâchés et, en punition, ont donné à la tribu un objet qui sème le discord, il décide de demander pardon *et de rendre l'objet aux dieux*<sup>32</sup>.

L'histoire illustre bien la notion de *rareté*. Dans le monde de la tribu, tout est abondant. Abondant, non pas aux yeux d'un occidental, mais de ceux qui vivent dans cet environnement. La rareté est une notion *subjective*. En suivant le

<sup>30</sup> Par exemple dans le cas d'activités gouvernementales ainsi que les coûts résultant du changement d'un système à l'autre.

<sup>31</sup> Version française de *The Gods must be crazy*.

<sup>32</sup> Cette mission est confiée au héros du film et l'entraîne dans bien des aventures qui ne nous concernent pas.

régime de vie légué par leurs ancêtres, les membres de la tribu peuvent consommer à volonté sans épuiser ce que la nature fournit. La bouteille est le seul objet *rare* : il n'y en a pas assez pour tout le monde, compte tenu du désir de chacun de s'en servir.

*La rareté surgit dès lors qu'on perçoit plusieurs usages concurrents pour un bien, que ces usages s'offrent à une seule personne ou à des personnes différentes.* Dans tous ces cas, la rareté soulève un problème : *il faut la gérer, les personnes concernées ne peuvent plus agir à leur guise.* La décision de la tribu montre une solution inattendue à ce problème, celle de couper la source de la rareté.

Cette solution n'est pas celle que l'Occident a généralement choisie. Certes, la religion a pu pousser en ce sens. Mais le désir d'améliorer son sort est puissant et il suffit de quelques réussites pour attiser la jalousie des autres. L'Occident a donc misé sur des stratégies visant à repousser les frontières de la rareté.

**La gestion de la rareté – 1. Entre groupes.** Comment gérer la rareté? Comment, pour emprunter le vocabulaire de l'économiste, faire le *rationnement* des biens rares<sup>33</sup>. Il faut adopter des règles portant sur l'usage de la ressource rare. Imaginons comment ces règles pourraient être fixées (par la coutume ou par décision expresse) dans une société très simple. Les objets personnels – vêtements, instruments de chasse – seront attribués au porteur. Il en est de même des bêtes domestiques avec lesquelles on a un rapport personnel. Pour les autres ressources – les terrains de chasse, plus tard les prés, le bétail, les terres arables – qui se trouvent en dehors de ce cercle « hautement personnel », tous les membres du groupe peuvent s'en servir également. S'il s'agit d'une ressource dont l'exploitation demande un effort collectif, tous contribuent à l'effort et se partagent les fruits, compte tenu des aptitudes et des besoins de chacun. Un communisme primitif.

La propriété fait sa première entrée lorsque les pratiques d'une tribu entrent en conflit avec celles d'une autre. Demsetz, en s'inspirant d'études ethnologiques, décrit ce phénomène chez les Indiens au Labrador<sup>34</sup>. Avant l'arrivée des blancs, les Indiens trouvaient autour d'eux assez de bêtes pour satisfaire à leurs propres besoins en matière de viande et de peaux. Les tribus vivaient en paix, les unes n'ayant pas besoin d'empiéter sur l'espace vital des autres.

L'arrivée des blancs changea cette situation. Les blancs étaient intéressés à acheter des peaux et très vite se développa un commerce de fourrures. La chasse prit alors des dimensions autrement plus importantes. Les terres de chasse traditionnelles s'épuisèrent sous le choc de la sur-exploitation. Les Indiens durent alors chercher de nouvelles terres de chasse. Mais cette solution ne peut être que temporaire : toutes les terres de chasse finissent par être mises en exploitation. Le problème réapparaît : il n'y a plus assez de peaux. Il suffit alors que quelques tribus en fassent grief « aux autres » et c'est la guerre.

---

<sup>33</sup> Voir Baird, *Rent Control: The Perennial Folly*, Cato Institute 1980, pp. 1-20.

<sup>34</sup> Demsetz, *Towards a Theory of Property Rights*, *AER* 57 (1967)347-373. L'exactitude historique des faits relatés a été mise en doute. Voir McManus, J. *An Economic Analysis of Indian Behaviour in the North American Fur Trade*, *J. Econ. Hist.* 32 (1972) 36.

Qu'est-ce qui a finalement permis d'enterrer la hache de la guerre? C'est le partage des terres de chasse. Les bornes sont marquées par des arbres brûlés. Cette « technologie » très simple risque de voiler l'avance conceptuelle importante : *la réponse à la rareté est l'adoption de droits exclusifs*.

Notons bien les étapes de ce développement<sup>35</sup>. Au départ, on trouve dans la nature tout ce qu'il faut pour satisfaire aux besoins tels que fixés par la coutume ou d'autres règles. Un changement externe modifie ces besoins et fait apparaître la possibilité de satisfactions accrues par suite d'une exploitation plus intensive d'une ressource donnée. Mais chaque groupe se faisant le même raisonnement et s'adonnant à une exploitation accélérée, c'est *l'épuisement prématuré* (depletion, en anglais) de la ressource : la rareté se manifeste.

Le premier réflexe est peut-être de blâmer les autres et d'avoir recours à la violence pour leur faire entendre raison. Bien vite, cependant, on se rend compte que la violence, le fait de s'accaparer des fruits recueillis par les autres, ne peut fournir une solution compatible avec l'exploitation continue de la ressource : chaque groupe se concentrera sur les moyens de défense au détriment de l'exploitation. Il y a donc place pour une entente qui octroie à chaque groupe une partie de la ressource *en exclusivité*. Entre groupes qui sont appelés à vivre ensemble de la sorte, cette solution peut être parfaitement stable, même en l'absence d'une autorité externe qui la ferait respecter<sup>36</sup>.

**La gestion de la rareté – 2. À l'intérieur d'un groupe.** Mais, pourrait-on dire, si cet exemple démontre qu'*entre groupes* on en viendra au partage des ressources, il n'en fait pas autant pour les rapports *à l'intérieur* du groupe. Pour illustrer cette transition intra-groupe, revenons au communisme primitif à l'intérieur du groupe. Près de nous, un auteur a décrit ce phénomène au début de la ruée vers l'or en Californie, vers les années 1850<sup>37</sup>. La formule de la propriété commune initialement adoptée permettait aux mineurs concernés de partager les risques, tant sur le plan des rigueurs de la vie matérielle que pour ce qui était des aléas de l'exploitation.

Pourquoi ce type d'exploitation a-t-il généralement cédé la place à la propriété privative? Imaginons que la terre commune soit exploitée par 10 mineurs. L'effort conjoint produit un revenu 1000 R, divisé également entre les participants. Chacun reçoit donc 10% ou 100 R.

Un malin s'avise de diminuer un peu son effort, mettons de 50%. Si le revenu est proportionnel à l'effort, le produit global sera 950 R. Chaque compère reçoit donc 95 R. Pour une réduction d'effort de moitié, le malin subit une perte

---

<sup>35</sup> Hardin, G., Tragedy of in the Commons, *Science* 162 (1968) 1243. Hardin met en évidence le mécanisme général qui fait que, en l'absence de droits privatifs, chacun poursuivant ses objectifs privés, on court à la ruine collective. Cela vaut tant pour l'exploitation des prés communaux, que pour la poisson en haute mer ou pour la surpopulation.

<sup>36</sup> Sur la façon de surmonter, par un ordre stable, la perversité inhérente au dilemme du prisonnier, voir notamment la contribution récente de R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, 1984.

<sup>37</sup> Umbeck, J.R., A Theory of Contract Choice and the California Gold Rush, *Journal of Law and Economics*, 20 (1977) 421-437; id., Might Makes Right: A Theory of the Foundation and Initial Distribution of Property Rights, *Econ. Inq.* 19 (1981) 38; id., *A Theory of Property Rights - With Application to the California Gold Rush*, Iowa State U.P., Ames (1981).

de revenu de 5 R sur 100, soit 5%. La perte de revenu est dix fois moins importante que la réduction de l'effort. Le schéma est donc tentant<sup>38</sup>. Une difficulté cependant : tous les autres pensent de la même façon. Le résultat est que la production tombe de moitié et se situe peut-être au dessous du niveau de survie ...<sup>39</sup>

Tant que les compères sont peu nombreux, le problème se règlera par une prise de bec et une surveillance réciproque. On reserre les règles de fonctionnement du groupe; on fait appel aux sentiments de solidarité. Mais il vient un moment, lorsque le groupe croît à cent, à mille, à un million de membres, où ces solutions ne conviennent plus. Le coût de surveillance paraîtra alors prohibitif aux yeux des membres du groupe. Le communisme primitif éclate<sup>40</sup>.

Il s'offre alors deux solutions. Ou bien un ou plusieurs membres du groupe se voient confier la mission de surveiller tous les autres. Ou bien la ressource exploitée est divisée et chacun exploitera, à ses risques et périls, sa partie en exclusivité : la propriété privée. Le choix entre ces deux options dépend de la nature de l'exploitation. Si l'exploitation conjointe est essentielle ou du moins nettement plus profitable que la somme des exploitations individuelles, on optera pour la première, dans le cas contraire, pour la deuxième solution.

La description du premier système, celui de l'exploitation en équipe (*team*), est cependant incomplet. Qui surveillera le surveillant? Qui l'empêchera de conclure avec le malin un troc d'une surveillance réduite à l'égard de celui-ci contre une partie des fruits de la paresse? La solution semble être de convenir de revenus *fixes* pour les membres et d'accorder le *revenu résiduaire* au surveillant. Celui-ci aura alors tout intérêt à s'assurer que chacun respecte ses engagements. Il va sans dire que le surveillant assume ainsi le *risque d'échec* de l'opération. Il voudra donc avoir le dernier mot sur les projets qu'entreprend l'équipe.

Mais alors, si l'on considère l'équipe elle-même comme une ressource rare au même titre que la parcelle de terre devenue propriété privative après la division, le surveillant a un rôle tout à fait analogue à celui du propriétaire : chacun d'eux décide, en exclusivité, de l'usage de la ressource et récolte les fruits en conséquence de ses décisions. *Par deux voies distinctes, l'éclatement d'un communisme primitif à l'intérieur de petits groupes mènerait donc à une solution unique dont l'essence se résume en trois traits : exclusivité, décision sur l'usage, fruits. Cette solution est identique à celle qui est adoptée, pour les mêmes raisons, entre groupes .*

**Exclusivité, décision sur l'usage, fruits : le droit exclusif.** Quelle est la nature du droit ainsi créé? La réunion, en *exclusivité*, des pouvoirs de *décision sur l'usage* d'un bien et celui d'en tirer les *fruits* définit les *droits exclusifs*, tant

<sup>38</sup> En français, le malin porte le nom de *resquilleur* ou *passager clandestin*. L'anglais adopte les termes expressifs *free rider* ou *freeloader*.

<sup>39</sup> On aura reconnu dans cette situation la structure de ce qui est connu dans la théorie des jeux comme le *dilemme de prisonnier*, que décrit bien Axelrod dans son livre précité. La propriété apparaît ici comme une façon de surmonter le dilemme, une idée exposée également par Whynes et Bowles (1981), *op. cit.*, p. 31.

<sup>40</sup> Comme l'illustre la suite de la ruée vers l'or. Voir Umbeck (1977), *op. cit.*, nt. 37.



patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. On est arrivé aux *droits de propriété* au sens large. *La rareté est gérée par l'attribution de droits exclusifs.*

Chacun respectera, sur une base de parfaite réciprocité, le droit des autres. Ce droit « cure » la rareté du fait qu'il « responsabilise » son titulaire, en liant systématiquement les décisions sur l'usage aux fruits qui en résultent. Le titulaire se voit automatiquement récompensé d'une bonne gestion, pénalisé pour une mauvaise gestion. C'est la *fonction incitative* du droit exclusif.

Il est important de se rendre compte que l'éclatement du communisme primitif peut être provoqué par une petite minorité, alors que la majorité souscrit toujours aux valeurs traditionnelles de la solidarité. L'apparition des droits exclusifs n'est pas nécessairement une décision collective. Elle peut être l'oeuvre d'une minorité : le malin dans l'exemple plus haut ou un surdoué qui compte pouvoir faire des rendements plus importants que les autres si l'on lui permet d'organiser la production à sa guise et de garder les fruits.

**La transmissibilité.** Les trois traits mentionnés des *droits exclusifs* assurent une gestion prudente des ressources. La propriété, et les droits patrimoniaux généralement, ont cependant un quatrième trait important : *la transmissibilité*. Ce trait fait apparaître un autre aspect de la gestion responsable des ressources : il doit être possible de remplacer le titulaire actuel par quelqu'un qui fait un usage plus profitable de la ressource, ou, du moins, qui prétend pouvoir le faire. Cela vaut tant pour des applications entièrement nouvelles que pour des possibilités de profit connues que le propriétaire actuel est moins apte à réaliser qu'un autre. Le remplacement doit pouvoir s'effectuer le plus rapidement et le plus simplement possible.

Quel meilleur système que celui d'encourager les propriétaires eux-mêmes à rechercher ces remplacements, en leur permettant de transférer leur droit et en leur promettant la propriété de ce que l'éventuel nouveau propriétaire offrirait en contrepartie, le prix? La propriété devrait donc être *transmissible*. *La transmission devient ainsi un des usages possibles des biens.*

La transmissibilité élargit le cercle de ceux qui surveillent la gestion des ressources rares. A côté du propriétaire, on voit apparaître toutes les personnes qui pensent pouvoir faire du bien un usage plus profitable que lui. Cette concurrence présuppose évidemment que les non-propriétaires puissent *s'informer*, question dont nous ne traitons pas ici.

La transmission aura lieu seulement si l'acheteur est prêt à payer le prix proposé par le vendeur. Où s'établit ce prix? Son seuil inférieur est fonction du rendement que peut réaliser le propriétaire actuel. Son seuil supérieur dépend du rendement que prévoient réaliser les acheteurs éventuels. La transmission du bien traduit un mouvement vers un usage plus rentable. *La concurrence des usages possibles assure que les ressources dont dispose une société sont employées selon les meilleures connaissances de ses citoyens.*

Le prix actuel d'un bien reflète le meilleur usage que les hommes aient su en faire jusque-là, c'est à dire sa rareté actuelle. Tout acquéreur éventuel peut, connaissant la nature et le prix d'un bien, décider s'il veut se l'offrir et peut se le permettre. Tout propriétaire peut décider s'il veut garder son bien plutôt que de le vendre. Tout entrepreneur peut décider vers quoi il orientera ses talents. A l'intérieur des contraintes qu'imposent la nature et l'état de nos connaissances, on produit ce que veulent acheter les citoyens et autant qu'ils peuvent se

permettre. Les changements dans l'un de ces paramètres se traduisent par une modification des prix. L'ensemble des prix forme ainsi un *système cybernétique qui répond à la rareté*<sup>41</sup>. C'est la *fonction informative* de la propriété.

### c. La responsabilité civile

Si une personne prend un objet qui appartient à une autre, empêche celle-ci de s'en servir ou fait irruption dans sa maison, il y a une violation caractérisée de l'exclusivité nécessaire au système des droits de propriété. On réprime ces atteintes à l'exclusivité par la force : saisies revendication, injonctions, droit pénal.

Il existe cependant des atteintes qu'on ne voudra pas ainsi réprimer. L'imperfection de la prévision humaine ne nous permet pas d'éviter toute interférence avec les droits d'autrui. Ainsi le droit exclusif de chacun à l'intégrité corporelle ne s'étend pas jusqu'à l'interdiction de toute circulation automobile qui mettrait ce droit en danger. Le droit exclusif n'est, de toute évidence, pas absolu. Comment en fixe-t-on les limites?

Le juriste fera alors appel à la théorie de la *faute*. Celui qui n'adopte pas le comportement d'un bon père de famille à l'égard des droits d'autrui et qui, de ce fait, cause un préjudice commet une faute et doit réparation. Ce principe est généralement justifié au motif qu'il rétablit l'ordre rompu par la faute.

**Le principe de la minimisation des coûts des accidents.** L'analyse économique fait une autre lecture de ce régime. Calabresi, dans une série de publications au cours des années soixante, avait soutenu la thèse voulant que les règles juridiques en matière de responsabilité sont formulées comme s'il s'agissait de minimiser les coûts des accidents<sup>42</sup>. A part les coûts directs et les coûts de prévention des accidents, il y compte les frais associés à la répartition du fardeau des accidents et les coûts d'administration du système.

Posner a repris l'idée de minimisation des coûts, mais en simplifiant radicalement les facteurs qui entrent dans le calcul. Son point de départ est la formule du juge Hand en matière de *négligence*<sup>43</sup> : *Une personne est coupable de négligence et doit réparation du préjudice lorsque le coût de l'accident qu'elle a causé dépasse le coût de précautions par lesquelles elle aurait pu le prévenir, compte tenu de la probabilité de survenance de l'accident.*

La formule comporte plusieurs leçons importantes. D'abord, tous les accidents ne méritent pas d'être prévenus. Lorsque le coût de prévention dépasse le coût de l'accident, il est plus avantageux de laisser se produire l'accident que de le prévenir. La somme économisée au chapitre de la prévention

---

<sup>41</sup> Cette thèse a été soutenue en particulier par F.A. Hayek dans plusieurs articles, notamment *Economics and Knowledge*; *The Use of Knowledge in Society*; *The Meaning of Competition*, reproduits dans *Individualism and Economics Order*, Henry Regnery Cy., Chicago 1972 et par K.J. Arrow, *Limited Knowledge and Economic Analysis*, *Am. Econ. Rev.* 64 (1974) 1-10, p 4.

<sup>42</sup> Calabresi, G. (1970), *The Cost of Accidents*, op. cit., nt. 16.

<sup>43</sup> Posner, R.A., *A Theory of Negligence*, *J. Legal Studies* 1 (1972) 29, reproduit dans: Manne, op. cit., p. 213, à la p.216; voir aussi Mackaay, E., *Le droit relatif aux accidents: une interprétation économique*, *Revue juridique Thémis* 15 (1980-1981) 383.

permettrait amplement de compenser la perte due à l'accident. On pourrait appeler ces accidents « économiquement *in évitables* ».

En deuxième lieu, en imposant à l'auteur des dommages l'obligation de réparation dans le cas d'accidents « économiquement évitables », on modifie les coûts auxquels celui-ci fait face. Il doit assumer un fardeau supérieur à celui des précautions qu'il aurait pu prendre. Pour l'avenir, lui et d'autres personnes dans sa situation adopteront donc un comportement préventif. Les règles de la responsabilité incitent à la prudence.

Symétriquement, par l'indemnisation, la victime a l'assurance de conserver si ce n'est les biens eux-mêmes, du moins leur valeur. Cela traduit le principe de l'exclusivité inhérente au droit exclusif. En outre, à défaut d'indemnisation, la victime risque d'entreprendre des précautions plus coûteuses que celles qu'elle aurait pu prendre l'auteur des dommages. Cela constituerait un gaspillage. En outre, il est concevable que la victime ne perçoive aucune action préventive qui se justifie compte tenu du profit qu'il retire du bien. Dans ce cas, la valeur du droit exclusif (de la propriété en particulier) est dépréciée au point où l'exploitation n'en vaut plus la peine. Si l'auteur des dommages avait pu prévenir l'accident à bon compte, l'abandon de la propriété constituerait un gaspillage social.

Que penser des accidents « économiquement *inévitables* »? Les mesures de prévention ne sont pas justifiées au regard des coûts engendrés par l'accident. Ces accidents sont, pourrait-on dire, le coût inéluctable de la vie en société. Le seul problème qui se pose à leur sujet concerne la façon d'absorber la perte, de répartir le risque. On aimerait l'attribuer à celui qui peut l'assumer aux moindres frais. Entre victime et auteur de l'accident, il n'est pas évident que l'un aurait sur ce point un avantage sur l'autre. Mieux vaut dans ce cas laisser assumer le préjudice par la personne qui le subit : la victime. Cela évite les « frais de transaction », y compris les frais d'un éventuel procès, nécessaires pour transférer le fardeau sur l'auteur.

Il n'est pas difficile de constater que, à l'intérieur des paramètres retenus par Posner, ce système vise effectivement la minimisation de la somme des coûts des accidents, soit les coûts directs et les coûts de prévention. Dans le cas des accidents « économiquement inévitables », la somme minimale est atteinte lorsque l'on choisit de laisser se produire l'accident. Dans le cas contraire, ce résultat est atteint lorsqu'on mise sur la prévention.

**Une lecture économique du régime de la faute.** Le schéma permet de donner une interprétation précise à la notion de *faute* : c'est le fait de causer des accidents « injustifiés ». Il explique également le recours à la *causalité* : il est futile d'inciter quelqu'un à prévenir un accident sur lequel il n'a aucun contrôle. L'étendue de la causalité devrait dépendre de l'éventail des événements sur lesquels une personne, dans l'état actuel des connaissances, peut exercer un contrôle. On comprend, en dernier lieu, l'importance de bien mesurer l'*étendue du préjudice* : elle constitue en effet le barème par rapport auquel les citoyens détermineront les comportements de précaution justifiables. Trop de prévention constitue un gaspillage, trop peu également. C'est ce que les juristes expriment par le dictum : *tout le dommage, rien que le dommage*<sup>44</sup>. On s'explique ainsi l'hésitation du droit civil à admettre les dommages punitifs.

---

<sup>44</sup> Weill, A. et Terré, F., *Droit civil - les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, n° 783, p. 881.

**Raffinements.** Ce schéma a été raffiné de différentes façons. La victime peut souvent, elle aussi, prévenir l'accident à bon compte ou encore un effort conjoint des deux parties constitue la meilleure stratégie préventive. Les parties peuvent avoir des degrés d'aversion au risque différents. Leur perception des risques peut être plus ou moins précise. Les frais du procès peuvent être si élevés par rapport aux enjeux que les victimes n'intentent pas les poursuites et que, partant, les auteurs des accidents ne se trouvent pas confrontés aux coûts de leurs actions. Toutes ces variations peuvent, si l'on tient toujours pour acquis l'objectif de minimiser la somme des coûts des accidents, dicter des règles qui diffèrent de la simple règle de Hand. La formalisation mathématique permet d'en étudier la nature. Nous renvoyons volontiers le lecteur à cette littérature<sup>45</sup>.

#### **d. La synthèse posnérienne**

##### **(i) L'efficacité du droit.**

Les trois domaines dont nous venons d'esquisser les grands traits ont un élément commun. Dans chaque cas, le droit semble viser la solution la plus productive ou, ce qui revient au même, la moins onéreuse. Dans le cas des négociations mises de l'avant par Coase ou la transition de la propriété commune vers la propriété privative, on démontre que des ressources données sont exploitées de façon à produire les meilleurs résultats pour les citoyens. Dans le domaine de la responsabilité civile, un résultat donné est atteint au moindre coût. En empruntant à l'économiste, on dirait que *ces règles promeuvent l'efficacité*.

Le génie de Posner est d'avoir généralisé cette thèse. Pour lui, tout se passe comme si *toutes* les règles de la *common law* classique – donc du droit commun traditionnel – avaient pour but de promouvoir l'allocation efficace des ressources<sup>46</sup>. Si cette thèse était vérifiée, elle conduirait à la conclusion très intéressante que *la structure fondamentale du droit devrait pouvoir être déduite de la théorie économique*<sup>47</sup>.

La thèse est tout d'abord *descriptive*. Elle est une hypothèse qu'il s'agit de vérifier. Il convient donc, dans un premier temps, d'analyser les règles juridiques et d'explicitier les frais qu'elles sont censées minimiser. Cette analyse théorique devrait être complétée, dans un deuxième temps, par la vérification de l'exactitude des propositions. Posner, dans son livre sur l'analyse économique du droit, s'est employé surtout à la première étape, celle de l'analyse. Normalement on se serait attendu à ce que cela ne soit que l'invitation à passer aux études sur le terrain. Toutefois le seul fait d'analyser les grandes lignes du droit dans une perspective unifiée s'est avéré tellement évocateur que l'analyse économique n'a

---

<sup>45</sup> Voir par exemple Diamond, P.A., Single Activity Accidents, *J. Legal Stud.* 3 (1974) 107; id., Accident Law and Resource Allocation, *Bell J. Econ. and Mgmt. Sc.* 5 (1974) 366; id., On the Assignment of Liability: The Uniform Case, *Bell J. Econ.* 6 (1975) 487. Shavell, S., Strict Liability versus Negligence, *J. Legal Stud.* 9 (1980) 1; id., An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts, *J. Legal Stud.* 9 (1980) 463; id., *An Analysis of Accident Law*, à paraître.

<sup>46</sup> Posner, *Economic Analysis of Law*, 2<sup>e</sup> éd., Basic Books, 1977, p. 179.

<sup>47</sup> Posner, op.cit., nt. préc., p. 189.

pas encore, à vrai dire, dépassé le stade des études théoriques. Le succès foudroyant du livre de Posner est fondé sur des analyses théoriques. Les études empiriques commencent seulement à paraître.

La thèse de l'efficacité du droit peut aussi – et c'est un courant sous-jacent dans l'oeuvre de Posner – avoir une portée *normative*. Non seulement le droit classique reflète-il en fait une tendance vers l'efficacité, mais encore le droit *devrait* avoir cette caractéristique. Les branches du droit qui ne l'ont pas devraient être modifiées. Parmi celles-ci, se trouvent, aux yeux de Posner, les lois visant à venir en aide aux moins fortunés de la société tout autant que des réglementations désuètes, qui servent plus le bien-être des industries concernées que celui du grand public<sup>48</sup>. Voilà une thèse de politique législative qui avait de quoi séduire l'Amérique en quête de déréglementation et de dégraissage de l'appareil étatique<sup>49</sup>.

Il est difficile de savoir si c'est le volet normatif ou le volet descriptif qui a contribué le plus au succès de la synthèse posnérienne. Quoi qu'il en soit, le descriptif est une condition de validité du normatif et il est donc intéressant d'étudier le sort de la thèse descriptive. La littérature de l'analyse économique du droit est remplie d'études raffinant la thèse de l'efficacité du droit ou l'appliquant à d'autres domaines, comme le droit de la famille, le droit commercial, la procédure et la preuve, les sûretés, les principes du droit administratif et constitutionnel, le droit pénal et même les libertés fondamentales. Un certain nombre d'études expérimentales et empiriques a vu le jour. On trouve également, dans une perspective plus clairement normative, des études de différentes formes de réglementation : le transport, les télécommunications, l'énergie, l'environnement, la protection du consommateur, les corporations professionnelles etc. Nous renvoyons volontiers le lecteur à l'excellent survol de Veljanovski qui comporte une bibliographie très volumineuse<sup>50</sup>.

### (ii) Résumé des thèses centrales de Posner.

Il importe, pour la suite de l'exposé, de mettre en évidence quelques-unes des thèses centrales de Posner concernant le droit commun. La *common law* classique reflète, aux yeux de Posner, une tendance vers l'efficacité économique en ce sens que les règles juridiques amènent les citoyens à adopter les comportements qui maximisent la richesse collective<sup>51</sup>.

**La richesse maximisée.** La notion de richesse est définie par rapport à l'échange. A contemple un bracelet appartenant à B. B accepte de le lui céder pour 10 000\$. Le contrat est conclu. Les deux contractants, en exécutant le

---

<sup>48</sup> Posner, op.cit., nt. 46, 404, 405.

<sup>49</sup> Macneil, dans un article récent, soutient que, malgré les succès de l'analyse économique du droit dans les milieux universitaires, le mouvement n'a pas du tout réussi à faire reculer la tendance vers l'interventionnisme étatique. (I. R. Macneil, *Bureaucracy, Liberalism, and Community - American Style*, *Northwestern U. L.Rev.* 79 (1984-1985) 900, à la p. 917).

<sup>50</sup> Veljanovski, C.G., *The New Law-and-Economics - A Research Review*, Centre for Socio-Legal Studies, Oxford, 1982.

<sup>51</sup> Voir Posner, R.A., *The Economics of Justice*, Harvard U.P., 1981, chap. 3 et 4

contrat, démontrent qu'ils estiment eux-mêmes améliorer leur sort. Toutes autres choses égales, la richesse collective a augmenté.

Comparez cette situation à celle où A valorise toujours plus le bracelet que la somme que B demande pour s'en départir, mais où il n'a pas les moyens de se l'offrir. Un despote éclairé qui cherchait à maximiser le bonheur de ses sujets attribuerait à A le bracelet : puisque A le valorise plus que B, le bonheur global augmentera. Ce raisonnement pourrait être étendu sans difficulté au *vol*; cela conduit aux résultats monstrueux qu'on reproche à l'utilitarisme classique.

La théorie de Posner prend ici ses distances par rapport à l'utilitarisme. Ne sont admissibles comme augmentations de la richesse que les opérations *fondées sur la volonté et la capacité de payer*. La théorie que propose Posner a donc deux piliers : le consentement comme indication de valeur et la capacité de payer provenant, faut-il présumer, d'une autre activité productrice de valeur.

La conception de Posner se distingue en outre d'un vulgaire économisme qui aurait assimilé la richesse collective à la somme des biens qui ont un prix monétaire. Au contraire, Posner entend englober dans sa vision les échanges non marchands, dans lesquels la volonté de payer est exprimé autrement qu'en argent, mais néanmoins accepté par l'autre partie : le mariage, l'altruisme parental, les trocs entre amis.

**Le rôle de l'État.** Le modèle néo-classique permet de conclure, on s'en rappelle, que, en l'absence d'imperfections, le marché autonome maximise la richesse collective définie en ce sens. Pour atteindre ce résultat, l'État fournit les biens publics tels la défense nationale et la police. Il fait aussi respecter les principes de la concurrence. L'État introduit en outre une série d'institutions juridiques qui sous-tendent directement le fonctionnement du marché.

**Les institutions juridiques.** D'une manière générale, la nature et l'attributions de ces institutions varient selon que les coûts de transaction sont bas ou élevés. Dans le premier cas, les personnes concernées peuvent facilement modifier les règles posées par l'État qui ne leur conviennent pas ou y suppléer. Lorsque les coûts de transaction sont élevés, cette solution est exclue et l'attribution initiale des droits risque d'être définitive. Il importe alors de faire le juste choix dès le départ.

**Les droits exclusifs.** En premier lieu, l'État doit définir et faire respecter des droits de propriété au sens large. Les coûts de transaction touchent le choix de la forme du droit aussi bien que du titulaire.

**La forme du droit.** Un premier choix s'impose pour ce qui est de la forme du droit. Faut-il protéger l'intérêt en question par un droit de propriété ou par un simple droit à l'indemnité<sup>52</sup>? Dans la première hypothèse, le titulaire peut *empêcher* – au besoin, à l'aide de la puissance publique – l'usage de son bien par un tiers. Si le tiers veut se servir du bien, il doit *l'acheter* au titulaire actuel. C'est le titulaire du droit qui fixe le prix auquel un tiers peut se servir de la ressource. Les droits réels sont d'évidents exemples de cette institution.

Contrastez cela avec ce qui se produit dans le cas d'expropriation. Le titulaire du droit est protégé seulement dans la mesure où l'expropriant ne peut simplement prendre le bien. L'expropriant doit indemnité. Mais cette indemnité

---

<sup>52</sup> Calabresi, G. et Melamed, A.D., Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, *Harv. L.Rev.* 85 (1972) 1089.

est fixée par l'autorité publique et peut fort bien ne pas correspondre à la valeur que le titulaire lui-même attache à son bien. Cette limitation de la protection se justifie, au yeux de Posner, dans la mesure où elle empêche le titulaire, par pur opportunisme, de fixer un prix excessif.

Une deuxième justification se présente comme suit. Supposons qu'il est difficile de déterminer lequel, parmi plusieurs usages concurrents d'un bien, est le plus productif ou que, à la suite de changements technologiques, l'usage le plus productif à une époque antérieure ne l'est plus à actuellement. Lorsque les coûts de transaction sont peu importants, A, qui entend faire du bien un usage plus productif que B, le titulaire actuel, peut simplement l'acheter à ce dernier. Il n'y a donc pas de risque de gaspillage.

Si les coûts de transaction sont au contraire prohibitifs, la correction par l'entente entre particuliers est exclue et le droit de propriété peut rester fixé dans un usage non optimal. C'est dans ce cas également que le simple droit à l'indemnité présenterait un avantage : si l'usage envisagé par A est le plus productif, alors que B est titulaire du droit, A peut se servir du droit à la condition de payer le « tarif » que fixera le tribunal. *C'est dire que le droit attribuerait des droits de propriété complets dans des situations de coûts de transaction peu élevés, de simples droits à l'indemnité dans le cas contraire.*

**Le titulaire du droit.** A qui faut-il attribuer le droit? Si les coûts de transaction sont bas, l'attribution de ces droits est sans importance. S'ils ne sont pas confiés dès le départ à la personne qui en fera l'usage le plus productif, celle-ci les achètera au titulaire actuel. Dans un marché à faibles coûts de transaction, les droits subjectifs gravitent vers l'usage le plus productif de richesse collective.

Mais que faire lorsque les coûts de transaction sont prohibitifs? Il convient alors de *simuler* le marché. Il faudrait attribuer le droit à celui des intéressés qui l'achèterait à tout autre, s'il n'en était pas le titulaire au départ, c'est à dire la personne qui fait l'usage le plus productif du bien. (Même en présence de faibles coûts de transaction, on pourrait suivre ce principe. On économiserait ainsi les frais de transaction).

Le régime peut donc se résumer comme suit :

- (i) Accordez les droits à celui dont on peut présumer qu'il les achèterait à tout autre s'il ne les avait pas.
- (ii) Accordez des droits absolus seulement lorsque les coûts des transactions sont faibles.
- (iii) Dans toute autre hypothèse, accordez des droits protégés seulement par un droit à l'indemnité en cas de violation.

**Les contrats.** Dans le domaine des contrats, le principal but du droit est de diminuer les coûts de transaction. Le droit vérifie si le consentement s'est réalisé véritablement, de manière à éviter des contrats qui ne comportent pas de gains pour les deux parties. Les contrats nommés fournissent des modèles alertant les parties aux éventualités les plus communes et leur proposent des formules qui ont fait leur preuve par le passé dans des situations analogues. Les contrats nommés les dispensent de négocier les détails à chaque cas. Il leur reste évidemment libre de faire le contraire, si cela leur paraît avantageux.

Les droits résultant du contrat peuvent être analysés comme des droits de propriété au sens large. Il se pose à leur sujet, comme pour tous autres droits, le

problème des moyens de les faire respecter. Le droit fait oeuvre utile en prêtant la main forte dans l'exécution.

**La thèse de l'inexécution efficace.** Au sujet du respect des droits contractuels, Posner pose une thèse qui peut, à première vue, surprendre le civiliste. C'est la thèse dite de *l'inexécution efficace*. Supposons que A et B ont conclu un contrat portant sur l'achat d'un certain nombre d'objets dont B a besoin dans son usine. Au moment de l'exécution se présente chez A un tiers C qui est très mal pris et offre d'acheter ces objets pour le double du prix convenu avec B.

Posner estime que, dans cette hypothèse, A ferait bien de livrer la marchandise à C. Le prix convenu avec celui-ci lui permettrait d'indemniser intégralement son créancier initial B (à supposer que celui-ci puisse se pourvoir ailleurs pour à peu près la même somme) et de retirer lui-même un profit net. L'opération semble présenter un avantage pour tous les participants et le droit a donc intérêt à l'encourager.

Qui doit déterminer si l'inexécution est justifiée? Le principal intéressé, soit le débiteur A. Comment s'assurer qu'il fait le calcul exact? En fixant d'avance les frais associés à l'inexécution et d'en imposer le fardeau au débiteur. Ces frais se limitent aux dommages *prévisibles* de l'inexécution : les frais imprévisibles ne peuvent faire l'objet du calcul que l'on impose au débiteur. Cette idée reprend le raisonnement déjà proposé dans le domaine de la faute.

La common law classique, d'après Posner, se conforme à cette thèse. Elle refuse l'exécution en nature forcée des contrats ainsi que les clauses pénales qui visent le même but. Elle n'admet, dans le cas de l'inexécution, que les dommages-intérêts judiciaires correspondant au préjudice prévisible ou des clauses qui les fixent à l'avance (*liquidated damages clauses*).

### C. LA CONTESTATION DE LA CONCEPTION DE L'ÉCOLE DE CHICAGO

#### 1. Les sources d'insatisfaction

A la fin des années 70 et au début des années 80, les chefs de file de l'analyse économique du droit ont dû croiser le fer avec ceux qui contestaient la validité générale de l'analyse économique du droit. Les actes d'un premier symposium ont été publiés dans le *Journal of Legal Studies* sous le titre *Les changements de la common law : perspectives juridiques et économiques*<sup>53</sup>. Une nouvelle confrontation a eu lieu sous le titre *L'efficacité en tant que objet du droit*. Les textes ont été publiés dans la *Hofstra Law Review*<sup>54</sup>. D'autres contributions au débat ont été publiés ailleurs<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives, *JLS* t. 9, no 2 (mars 1980).

<sup>54</sup> Symposium on Efficiency as a Legal Concern, *Hofstra Law Review* t. 8, nos 3 et 4 (1980) et la réplique de Posner, A Reply to Some Recent Criticism of the Efficiency Theory of the Common Law, *Hofstra L. Rev.* t. 9 (1981) 775.

<sup>55</sup> Pennock, J.R. and Chapman, J.W., *Ethics, Economics and Law*, New York U.P. (Nomos XXIV), 1982; *J. of Legal Education*, t. 33, no 2 (1983); Leff, A.A., Unspeakable Ethics, Unnatural Law, *Duke L. J.* (1979) 1229; Veljanovski, C.G., Wealth Maximisation, Law and Ethics - On the Limits of Economic Efficiency, *Int. Rev. of Law and Econ.* 1 (1981) 5; Weinrib, E.J., Utilitarianism Economics, and Legal Theory, *Univ. of Toronto L. J.* 30 (1980) 307.



Les participants au débat pouvaient s'inspirer d'une réflexion générale à laquelle s'était livré le célèbre juriste anglais Herbert Hart au sujet de la philosophie du droit américaine. Hart conclut sa réflexion comme suit :

Personne qui a lu le volumineux et savant ouvrage du professeur Posner et la doctrine importante à laquelle il a donné lieu, visant à établir les fondements utilitaires du droit, ne peut manquer d'en tirer profit. Ceci ne résulte pas, je pense, de ce que l'ouvrage atteint son objectif apparent, mais parce que sa subtilité détaillée vous force à réfléchir sur ce qui est nécessaire, en dehors d'une théorie de l'utilité, pour construire une théorie critique satisfaisante de la règle du droit. On se rend compte que ce qui est nécessaire est une théorie des droits moraux individuels et de leurs rapports à d'autres valeurs poursuivies au moyen du droit, une théorie autrement plus complète et détaillée que toutes celles qui ont été proposées jusqu'ici.<sup>56</sup>

La critique formulée à l'endroit de l'analyse économique du droit est de divers ordres, technique aussi bien que fondamentale. La critique fondamentale peut être analysée comme une spécification de la réflexion de Hart.

**La circularité**<sup>57</sup>. On reproche tout d'abord à l'analyse économique du droit une circularité dans le raisonnement. L'efficacité est définie par référence aux plans d'action individuels et des possibilités d'échange. Si l'individu est présumé rationnel, son plan d'action est efficace, en ce qu'il l'amène à réaliser la plus haute satisfaction avec les moyens donnés. Pour augmenter ses satisfactions, il lui reste alors les échanges. L'économie atteint son point d'efficacité lorsque tous les échanges promettant des gains ont été réalisés.

C'est ici que se présentent des difficultés, puisque ce qui est un gain intéressant pour un participant dépend des moyens qu'il a de se le permettre. Or, cela dépend des droits de propriété dont il est le titulaire. *Tant que les droits de propriété n'ont pas été attribués, le point d'efficacité est indéterminable.* Aucun marché, aucun prix n'est concevable avant que les droits ne soient fixés comme points de départ.

L'efficacité ne saurait donc fournir le fondement d'une théorie concernant l'attribution des droits. Tout au plus pourrait-elle indiquer la forme générale des droits. Elle pourrait, en outre, permettre des jugements sur l'attribution de droits dans un système évolué, cas par cas, à la marge, comme diraient les

---

<sup>56</sup> American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream, *Georgia L. Rev.* t. 11, no 5 (1977) 969, à la p. 988-89 (traduction).

<sup>57</sup> Cette thèse est soutenue par des penseurs d'écoles très différentes: Samuels (dernièrement encore dans Samuels, W.J. et Mercuro, N. Posnerian Law and Economics on the Bench, *Int. Rev. of Law and Econ.* 4 (1984) 107, à la p. 112.) qui est institutionnaliste, Baker (Baker, C.E., The Ideology of the Economic Analysis of Law Philosophy and Public Affairs 5 (1975) 3 et Starting Points in the Economic Analysis of Law, *Hofstra L. Rev.* 8 (1980) 939), que l'on dit proche des milieux des *Critical Legal Studies* - la gauche de la philosophie américaine, Dworkin (dans tous ses écrits; voir par exemple Is Wealth a Value? *J. Legal Studies* 9 (1980) 191 et Why Efficiency? *Hofstra L. Rev.* 8 (1980) 563), Epstein, qui soutient la théorie de la *corrective justice*, (voir son dernier livre *Takings - Private Property and the Eminent Domain Power*, Harvard U.P., 1985), Nozick, qui est libertarien (voir infra).

économistes, *les autres droits étant fermement établis*<sup>58</sup>. Mais cela est une chose tout autre qu'une théorie générale du droit.

**La thèse de l'efficacité est non falsifiable.** Un argument voisin est celui qui soutient la non-falsifiabilité de la thèse de l'efficacité. Supposons, en effet, que nous constatons, en faisant la vérification de la thèse, que les droits dans une interaction appartiennent à la partie qui n'en fait pas l'usage le plus productif. En apparence, nous devrions alors compter cela comme une observation tendant à infirmer la thèse. Mais voilà un échappatoire : nous pouvons invoquer l'existence de *coûts de transaction* insoupçonnés qui empêchent l'adoption de la solution efficace<sup>59</sup>. La thèse de l'efficacité devient alors une simple tautologie.

On peut sortir de ce dilemme de deux façons. La première est de considérer la thèse de l'efficacité non pas comme une véritable hypothèse, mais comme une *heuristique*. On postule l'efficacité du droit et, lorsqu'on rencontre des anomalies, on en tire la conclusion qu'il existe dans la réalité des types de coûts de transaction dont le modèle ne tient pas encore compte. Il convient alors d'explicitier ces coûts.

Évidemment, une telle démarche « ferme » le modèle d'une manière purement formelle. N'est-ce pas une simple fuite en avant? C'est ici que doivent jouer la responsabilité et le génie du scientifique. Il faut savoir fermer le modèle d'une manière qui n'est pas factice<sup>60</sup>, qui laisse paraître des coûts de transaction se produisant dans un éventail de circonstances.

L'autre voie de sortie est de considérer la thèse comme une véritable *proposition descriptive*. Il s'agit alors de préciser la nature des coûts de transaction admissibles, ce qui permet une vérification en règle de la thèse, quitte à rendre le modèle moins « réaliste ». L'étude de ce qu'englobe la notion de coûts de transaction est actuellement encore rudimentaire.

**La thèse de l'efficacité est a-historique**<sup>61</sup>. L'efficacité de la common law est présentée comme si elle était atteinte une fois pour toutes. Le droit évoluerait en sens unique vers la perfection. Or, même en admettant le raisonnement proposé par les tenants de l'analyse économique du droit, on doit conclure que ce qui est efficace à une époque peut fort bien ne l'être plus à l'époque suivante. L'efficacité *varierait* dans le temps. Mais s'il y a des forces qui poussent le droit vers des solutions efficaces, il faut penser qu'elles opèrent à chaque époque. Et alors l'analyse économique du droit pourrait utilement se poser une question différente : *devant un changement de la règle juridique, quels sont les coûts dont la modification – entraînant un déplacement du point d'efficacité – en fournit l'explication? Pourquoi les contemporains ont-ils préféré la nouvelle règle à l'ancienne?*

Ces questions ne sont pas entièrement absentes de l'analyse économique du droit. Umbeck a étudié l'évolution des institutions juridiques à l'époque de la

---

<sup>58</sup> O'Driscoll, G. P. et Rizzo, M.J., *The Economics of Time and Ignorance*, Blackwell, 1985, à la p. 122.

<sup>59</sup> Voir Veljanovski, C.G., (1982), op. cit., nt. 22, à la p. 96.

<sup>60</sup> Voir Becker, (1976), *Economic Approach*, op. cit., nt. 8, à la p. 7.

<sup>61</sup> Voir Veljanovski, C.G., (1982), op. cit., nt. 22, 97.

ruée vers l'or<sup>62</sup>. D'autres études historiques ont paru dans les revues consacrées aux analyses économique du droit positif. Chez les historiens, on décèle, sous l'inspiration notamment de D.C. North, un courant de pensée qui entend étudier l'histoire dans cette optique<sup>63</sup>. Posner lui-même s'est livré à ce type d'étude dans son livre sur l'économie de la justice<sup>64</sup>. Mais le mouvement n'a pas encore tiré de ces études les conclusions qui s'imposent pour la théorie économique du droit.

**La subjectivité des valeurs.** Supposons cependant ces difficultés aplanies. Nous abordons l'analyse de la responsabilité civile par le biais de la thèse de Hand. Le juge, rendant sa décision au sujet de la faute de l'auteur de l'accident, doit comparer le coût des actes préventifs pour l'auteur du préjudice, la probabilité de l'accident que pouvait percevoir celui-ci et le coût de l'accident, qui, lui, frappe la victime et doit donc se rapporter aux valeurs de cette dernière. Le jugement comporte donc nécessairement la comparaison de valeurs de deux personnes distinctes. Or, la science économique refuse traditionnellement tout statut scientifique à ce qu'elle appelle les *comparaisons interpersonnelles d'utilité*.

Cette objection vaut également à l'égard de la thèse posnérienne de l'inexécution efficace (car il faut comparer le profit réalisé par le débiteur et l'utilité perdue par son créancier initial, laquelle, à défaut de consentement de celui-ci, l'indemnité ne peut traduire qu'imparfaitement). Il en va de même de l'indemnité accordée à l'exproprié à qui on prend un bien au profit du plus grand bien de la communauté. Le raisonnement s'étend ainsi à toute démarche où, en dehors de l'accord de tous les intéressés, l'on cherche à imposer à un groupe un projet qui profite à un autre. Les prétextes peuvent être variés : une analyse coûts-avantages sur le plan social, une appréciation de l'intérêt public, la nécessité de surmonter un blocage par des *bastions*<sup>65</sup> (en anglais : *hold outs*) qui essaient d'exploiter un « monopole » ou à qui on reproche une autre forme de comportement stratégique.

Il est sans doute vrai que nous faisons régulièrement ce genre de comparaisons interpersonnelles dans la vie courante. Mais cela n'en diminue en rien l'arbitraire et, surtout, ne fournit aucune justification à une démarche tendant à en élargir la portée. *Toute décision concernant l'utilité d'autrui relève nécessairement du paternalisme, si ce n'est de la tyrannie. Elle constitue une réduction de la liberté.*

**La source évanescence de l'efficacité.** Si la *common law* traditionnelle est efficace, il faut en fournir une explication. A défaut de modèle explicatif, ces observations, même exactes, pourraient être le fruit d'une coïncidence fortuite.

Ce précepte n'a pas échappé aux tenants de l'analyse économique du droit. Ils ont formulé une série de modèles où l'efficacité du droit est le résultat d'un

---

<sup>62</sup> Voir nt. 37.

<sup>63</sup> Des études historiques remarquables se trouvent dans North, D.C. et Thomas, R.P., *The Rise of the Western World*, Cambridge U.P., 1973 (traduit comme *L'essor de l'Occident*, Flammarion, 1980; Rosenberg, N. et Birdzell, L.E. Jr., *How the West Grew Rich*, Basic Books, 1986; Lepage, 1978 (nt. 10) et 1985 (nt.26).

<sup>64</sup> Posner, R.A., *Economics of Justice*, Harvard, 1981, Part II.

<sup>65</sup> Mes remerciements à M. Pierre Lemieux de m'avoir suggéré ce terme.

processus évolutif. La force motrice de cette évolution est non pas le génie des juges, mais l'intérêt des parties à porter des affaires devant les tribunaux ou à les contester. Dans un modèle, une règle inefficace ferait l'objet de litiges jusqu'à ce qu'elle soit renversée.

L'idée d'une évolution à l'intérieur du droit est sans doute intéressante. Le droit ne se modifie généralement que lentement, un peu comme une langue naturelle. Mais les modèles proposés pour traduire ce mouvement sont inadéquats. Ils proposent tout un éventail de mécanismes explicatifs, les uns incompatibles avec les autres. Pis, les modèles ne réussissent pas à produire l'évolution postulée, comme nous avons eu l'occasion de le montrer ailleurs<sup>66</sup>. Dans un article récent, Rubin, un des initiateurs de ce courant, conclut que les forces motrices postulées pour l'efficacité de la *common law* sont tout aussi présentes au parlement. Si mouvement vers l'efficacité il y a, il devrait se manifester autant dans les lois que dans la jurisprudence. Rubin soumet cependant que l'apparente efficacité de la *common law* doit s'expliquer par des différences de coûts d'organisation entre le XIX<sup>e</sup> et le XX<sup>e</sup> siècles, époques où, dans les pays de *common law*, la jurisprudence et la législation respectivement furent les sources dominantes du droit<sup>67</sup>.

**La question distributive.** L'analyse économique du droit, se fondant en cela sur le modèle néo-classique, postule, aux fins d'analyse, la séparation de l'allocation et de la distribution des ressources. Dans cette conception, on peut utilement étudier les mesures à prendre pour maximiser la taille du gâteau (la question allocative), sans tenir compte des morceaux attribués à chacun (la question distributive), tout en espérant corriger la distribution par la suite, si besoin en est.

Si le droit ne reflète que le souci d'efficacité, il faudrait conclure que la distribution ne figure pas parmi ses objets. Or, il suffit d'observer la législation depuis la première guerre mondiale pour se convaincre de la fausseté de cette thèse. Les droits peuvent représenter une forme de richesse et leur attribution est alors une question pour laquelle il vaut la peine de se battre.

Devrait-on alors prendre la thèse au sens normatif et dire que le droit *devrait* se tenir loin de la question distributive? Ce serait tout aussi inadmissible. La liberté, l'abolition de l'esclavage relève de la distribution, même si ce principe a, de toute évidence, également des effets allocatifs. Aucun juriste n'accepterait que cette question soit exclue du droit.

Les tenants de l'analyse économique du droit répliquent alors que l'abolition de l'esclavage découle de l'efficacité<sup>68</sup>. Une personne libre, qui a droit à l'ensemble des fruits de son travail, est, par hypothèse, plus productive que l'esclave. La rémunération de l'esclave est aléatoire, au bon vouloir de son maître, et sans doute moins élevée que celle de la personne libre. Sur la base de la différence, l'esclave pourrait emprunter l'argent et acheter sa liberté, ce qui a

---

<sup>66</sup> Hollander, A. et Mackaay, E., Are judges economists at heart?, dans: *Artificial Intelligence and Legal Information Systems*, vol. 1, sous la direction de C. Ciampi, North-Holland, 1982, 129.

<sup>67</sup> Rubin, P.H., Common Law and Statute Law, *J. Legal Studies* 11 (1982) 205, à la p. 211.

<sup>68</sup> Demsetz, 1967, Towards A Theory of Property Rights, repr. dans Manne, op. cit., nt. 21, p. 25; Posner, 1981, op. cit., nt. 64, p. 110.

été observé aux États-Unis du temps de l'esclavage. En suivant le précepte de Posner au sujet de l'attribution des droits, on serait donc amené à accorder la liberté à chaque esclave dès le départ, évitant ainsi les frais de transaction associés au rachat de la liberté. Mais est-ce vraiment ainsi qu'on arrive à formuler une théorie des droits fondamentaux?

## 2. Quelques écoles contestataires

Il est impossible d'examiner dans cet article tous les courants d'opposition à l'analyse posnérienne du droit. Nous ne retenons que l'école autrichienne et des courants voisins.

### a. L'école autrichienne

Ce courant de pensée doit son nom aux grands économistes autrichiens qui lui ont donné naissance : Menger, von Mises, Hayek, Lachmann. Ses plus fervents partisans se trouvent actuellement aux États-Unis : Kirzner, O'Driscoll, Rizzo<sup>69</sup>.

L'école autrichienne est avant tout un courant de pensée économique. Elle s'oppose à ce titre à la théorie néo-classique. Les implications juridiques de ce courant n'ont été mises en évidence que récemment, et ce par contraste aux thèses juridiques que Posner et autres tenants de l'école de Chicago croyaient pouvoir tirer du modèle néo-classique.

**Différences avec la pensée néo-classique.** La conception autrichienne se distingue du modèle néo-classique par deux postulats fondamentaux : la subjectivité radicale des valeurs et l'imperfection inéluctable de l'information. Ces deux idées, la subjectivité des valeurs et l'imperfection de l'information, ne sont pas, à vrai dire, étrangères à la tradition néo-classique. Mais celle-ci se croit justifiée, pour des raisons d'ordre pratique, de ne pas en tenir compte dans toute leur rigueur.

**La subjectivité des valeurs et des coûts.** Les économistes s'entendent pour dire que le coût d'une ressource dans une application donnée est la valeur de la meilleure application « alternative » qu'on pourrait en faire. Le coût résulte de la nécessité de faire des choix. En préférant telle option à telle autre, on se passe des avantages prévus de cette dernière. Ces avantages constituent le coût du choix de la première option<sup>70</sup>. Le coût est « coût d'opportunité ».

Mais comment valoriser ces avantages? Cela revient nécessairement aux individus concernés. C'est dire que, selon la conception des autrichiens, il est rigoureusement impossible de mesurer objectivement des coûts. *Le coût n'existe que dans l'esprit du décideur et seulement tant qu'il délibère sur le choix.* Une fois la décision prise, le coût a disparu; il n'influe plus sur le choix; il est « *sunk* ».

Cette position entraîne plusieurs conséquences importantes. Tout le discours néo-classique sur l'intervention de l'État dans l'économie repose sur un

---

<sup>69</sup> Sur le courant autrichien dans son ensemble, voir Reekie, W.D., *Markets, Entrepreneurs and Liberty - An Austrian View of Capitalism*, Wheatshaf Books, 1984; Shand, A. H., *The Capitalist Alternative - An Introduction to Neo-Austrian Economics*, New York U.P., 1984; aussi McKenzie, R.B., *The Limits of Economic Science*, Kluwer-Nijhoff, 1983, chap.4.

<sup>70</sup> Voir Buchanan, J.M., *Cost and Choice*; U. of Chicago Press, 1969/1978; Shand, op. cit. nt. préc., p. 54 s.

calcul des coûts et bénéfices sociaux de cette intervention. Or, si le coût ne peut être objectivement mesuré, ce discours est arbitraire. La planification centrale ne peut avoir, dans cette conception, aucun fondement scientifique. Les correctifs que propose l'analyse économique du droit dans le cas d'un écart entre le coût privé et le coût social sont foncièrement viciés et arbitraires. Cela touche directement la pièce maîtresse de l'analyse économique du droit, soit sa lecture du régime de la responsabilité civile.

**L'entrepreneur.** La conception autrichienne refuse aussi la modélisation proposée par les néo-classiques en ce qui a trait au comportement de l'entrepreneur. Celui-ci est supposé maximiser le profit qui est la différence entre les coûts et les revenus, que l'on croit objectivement mesurables en fonction des prix observés au marché. Or, pour les autrichiens, les coûts traduisent les possibilités de profit contemplées par l'entrepreneur lui-même et donc nécessairement cachées à l'observateur externe. Le profit rémunère la perspicacité ou l'inventivité de l'individu qui a entrepris le risque de mettre en circulation des biens qui autrement ne seraient pas ou pas aussi vite disponibles. Cette idée rejoint l'autre fondement de la pensée autrichienne, à savoir l'imperfection radicale de l'information.

**L'incertitude.** Le modèle néo-classique traduit la conception d'une économie en équilibre : les prix sont connus, comme le sont les techniques de production. On admet à la rigueur que l'information n'est pas parfaite, mais on présume alors que les personnes concernées connaissent les probabilités associées aux différents états du monde et peuvent, en intégrant ces probabilités dans leurs calculs, comparer des options certaines et incertaines et déterminer objectivement la meilleure.

Les autrichiens refusent cette façon de voir. Pour eux, l'économie doit être analysée comme étant en quête permanente de nouvelles façons de créer des satisfactions. Le rôle de l'entrepreneur est précisément de découvrir ces nouveautés et de les mettre en oeuvre. Le génie d'entrepreneur consiste à exploiter des possibilités de gain que d'autres ne perçoivent pas ou estiment sans intérêt. Il ne s'agit pas ici de « mieux mesurer les probabilités » ; il s'agit bien de *sauter dans l'inconnu*. L'inconnu, l'incertitude fondamentale, est, pour les autrichiens, un trait inéluctable de la vie humaine.

**Les règles.** Sauter dans l'inconnu ne veut pas dire y sauter les deux yeux fermés. L'homme n'est pas entièrement dépourvu face à l'incertitude. Au contraire, la recherche psychologique laisse entendre qu'il adopte des stratégies visant à simplifier la situation de décision, des *règles*<sup>71</sup>. La règle permet à l'homme de répondre de façon routinière à des situations récurrentes. Certains traits de la situation « déclenchent » l'application de la règle, sans qu'une analyse exhaustive ne soit entreprise pour mettre en évidence l'ensemble des traits intéressants. On trouve ainsi une réponse à la complexité. *Mais la règle est en même temps une réponse à l'incertitude. On l'applique même si la situation nouvelle ne ressemble qu'en partie à celles qu'on a déjà rencontrées.*

Comment les règles sont-elles choisies? Elles ne font pas l'objet d'un calcul rationnel : on n'a pas les données nécessaires. Les autrichiens soumettent que

---

<sup>71</sup> O'Driscoll, G.P. et Rizzo, M.J., *The Economics of Time and Ignorance*, Blackwell, 1985, pp. 119-122. Voir aussi Mackaay, 1982, op. cit., nt. 14, chap 6.

c'est précisément notre ignorance relative des lois (au sens scientifique) régissant une situation qui nous empêche de faire le calcul postulé et nous oblige à avoir recours aux règles. La règle s'impose graduellement au cours d'un processus de tâtonnement (*trial and error*). Elle ne garantit pas le meilleur résultat dans tous les cas, mais représente néanmoins une avance par rapport à une stratégie de décision purement aléatoire. Elle est maintenue tant qu'une règle supérieure ne s'est pas imposée. Cela peut très bien résulter de l'absence d'exploration d'autres règles et n'indique pas nécessairement que la règle est optimale au sens que l'économiste aime à donner à ce concept.

L'ensemble des règles dont se sert une personne représente un capital humain utile, même si le titulaire aurait du mal à les expliciter et serait parfaitement incapable d'expliquer pourquoi elles sont préférables à d'autres règles. Comme toute autre forme de capital, sa création exige un investissement, un effort particulier, entrepris dans l'espoir d'un usage répété. Il est évident que le titulaire s'opposera à la dépréciation prématurée de son capital-règles. Cela explique un certain conservatisme chez ceux qui laissent guider leur activité par des règles. Tout le problème devient alors de déterminer dans quelles circonstances il convient d'abandonner une règle qui a rendu de grands services par le passé.

#### **Économie déséquilibrée, marché perpétuellement équilibrant.**

L'économie est, dans la conception autrichienne, par essence *déséquilibrée*. Comment se crée un ordre – perpétuellement remis en question – dans ce bouillonnement de plans divergents et de préférences individuelles? La question renferme un problème de *coordination* et un problème de *découverte*. Pour les autrichiens, le marché résout les deux problèmes à la fois. Il coordonne les actions des individus et récompense, par le biais des profits et des pertes, les plans individuels. Il y aura des réussites et des erreurs. Le marché implique nécessairement le « droit de se tromper ». Il peut provoquer ainsi un apprentissage chez les individus concernés. Cette coordination est évidemment remise en cause continuellement par l'activité innovatrice des entrepreneurs.

Le marché résout, en outre, le problème de calcul. Comment, en effet, pourrait-on, dans une planification centrale *respectueuse de l'autonomie des individus, aussi bien comme consommateurs que comme producteurs*, fixer les paramètres de la production? Ce n'est pas uniquement un problème de grands nombres, bien que même les plus puissants ordinateurs actuellement connus ne suffisent pas à cette tâche. *L'impossibilité vient de ce que, en dehors des situations de décision, des choix effectués, on ne peut observer les préférences, les plans d'action des individus. Cette information reste nécessairement éphémère. Toute procédure de planification navigue dans le brouillard; en fixant les paramètres de la production, elle empiète sur l'autonomie de l'individu. En outre, elle ne peut décréter l'innovation et dans la mesure où elle en provoque, les nouveautés introduites correspondent aux préférences des bureaucrates, plutôt qu'à celles des destinataires ultimes.*

Si l'économiste, dans la conception autrichienne, entend proposer un objectif « économique », ce doit être de faciliter le fonctionnement de cette procédure de découverte par des individus autonomes. Il convient donc de faire fonctionner le marché autonome autant que possible.

**La fonction du droit.** Ces considérations entraînent une conception où le droit a pour objectif de fixer clairement les droits subjectifs – un point commun avec la conception néo-classique – et de les faire respecter dans toute la mesure du possible – un contraste avec la conception néo-classique. Même à supposer que le juge, dans une affaire de responsabilité civile, pourrait effectuer les comparaisons que Posner lui demande, l'équilibrage cas pas cas serait une source d'incertitude telle que tout présumé avantage du calcul d'optimalité serait annulé. Le juge, dans la conception autrichienne, doit donc viser la certitude du droit et s'interdire de lire dans les contrats des clauses qui ne s'y trouvent pas. Dans le domaine de responsabilité civile, les autrichiens préfèrent la responsabilité objective au régime qui fait intervenir la faute et qui introduit des comparaisons interpersonnelles. Le juge doit, suivant la conception autrichienne, se donner pour objectifs la *certitude du droit*, le *respect des droits subjectifs* quelle qu'en soit la source et le *recours maximal aux choix privés*.

### **b. Les libertariens**

Le point de vue libertarien est lié, mais distinct de la conception autrichienne, même s'il y a des personnes, comme M. Rothbard, qui appartiennent aux deux écoles. Parmi les libertariens, on trouve par ailleurs un philosophe comme Nozick et un économiste comme Pierre Lemieux<sup>72</sup>.

La thèse libertarienne constitue une position *normative*. Pour le libertarien, la nature prédispose l'homme, en tant qu'être doué de raison et dont l'action n'est pas déterminée par l'environnement, à chercher sa propre survie et son propre épanouissement. L'homme lui-même est mieux placé que tout autre à sa place pour poursuivre cet objectif. Il en résulte que le point de départ de toute société doit être le droit de chaque individu à l'autodétermination. Ce droit précède toute considération de la forme de la société.

Le droit à l'autodétermination traduit la liberté de l'individu. Ce droit comporte tout d'abord le pouvoir du titulaire sur sa propre personne : l'absence d'esclavage. Cette liberté première en entraîne d'autres. D'abord, le pouvoir de disposer de sa force de travail comme on l'entend. Cette autonomie se complète par le droit aux fruits qui résultent de ce travail, ce qui comprend, à son tour, le droit de s'approprier les ressources que l'on défriche le premier, met en circulation, rend disponible aux hommes.

Dans cette conception, il n'y a que trois sources légitimes de propriété. D'abord, l'appropriation en tant qu'inventeur, défricheur, premier occupant. Puis, le transfert par succession ou autre acte à titre gratuit (don). Enfin, l'échange volontaire. La question de la légitimité de la propriété s'épuise dans la manière d'acquisition. Toute autre façon d'acquérir la propriété est illégitime. L'expropriation est donc par principe une spoliation illégitime. Elle constituerait, dans cette conception, une injustice. Inversement, toute propriété légitimement acquise est juste, quelle que soit la répartition de la propriété entre citoyens.

La conception libertarienne souscrit aussi au dogme de la *liberté contractuelle*. Tout échange consensuel reflète la volonté des parties et est de ce

---

<sup>72</sup> Voir par exemple Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, 1974; Rothbard, M.N., *The Ethics of Liberty*, Humanities Press, 1982; Lemieux, P., *Du libéralisme à l'anarcho-capitalisme*, P.U.F., 1983; voir aussi l'excellent résumé de Lepage (1985), op. cit., nt. 26, chap. X et XI.



fait juste. Hormis le cas de fraude ou de contrainte, les parties doivent respecter à la lettre les engagements qui en résultent. Cette thèse traduit le principe, bien connu des juristes, de la force obligatoire des conventions. On peut lui en associer un autre, le principe de l'effet relatif des conventions, qui veut que les contrats ne sauraient engager les tiers.

La liberté ainsi conçue trouve sa limite dans la liberté des autres. Personne ne doit pouvoir imposer sa volonté à autrui. La fonction de l'État – la seule dans cette conception – est d'explicitier et de faire respecter les droits initiaux – les libertés des citoyens, dont fondamentalement la propriété – et leurs limites. Cette vision débouche sur un *État minimal*. Elle est à la limite *anarchiste*.

Nous n'entendons pas approfondir l'étude de cette pensée. Elle fait partie du patrimoine de la philosophie du droit. Ce qui mérite cependant d'être souligné, c'est que cette vision renoue avec la tradition du droit naturel qui avait perdu droit de cité dans la philosophie du droit devant des conceptions où tout droit résulte de la volonté humaine, plus précisément d'un acte de l'État. Le droit naturel fournit un critère de justice antérieur à l'ordre juridique positif, dont il permet de juger la justice. La question intéressante à poser est celle de savoir si l'avance des connaissances nous permet actuellement de mieux saisir la nature humaine dont s'inspire le droit naturel que ne pouvaient le faire nos ancêtres jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle. Pouvons-nous, par exemple, adéquatement expliquer la justesse de la conception des droits de l'homme incorporée dans les constitutions issues des révolutions françaises et américaines? En outre, si les individus peuvent limiter leur liberté par des conventions, n'est-il pas légitime de rechercher si les limitations étatiques à l'action individuelle trouvent leur fondement dans une convention fondamentale ou constitutionnelle à laquelle tous souscrivent? C'est ce que proposent les contractualistes.

### **c. Les contractualistes**

La position contractualiste (en anglais : *contractarian*) est l'oeuvre notamment de Buchanan, de Tullock et, plus récemment, de Brennan et de Vanberg<sup>73</sup>. Ce courant, tout comme la pensée libertarienne, présente des points communs avec la pensée autrichienne, notamment l'accent qu'il met sur la subjectivité des valeurs.

La pensée contractualiste doit son nom à son principal objet d'étude qui est le contrat social, c'est à dire l'entente présumée ou réelle par laquelle les citoyens consentent à restreindre leur liberté en se soumettant à des règles formulées, par hypothèse, dans l'intérêt de tous. Les contractualistes étudient comment s'établit et se maintient ce contrat qu'on pourrait appeler constitutionnel et quelles sont les propriétés de différents arrangements constitutionnels possibles.

Comment relier cette perspective aux considérations micro-économiques évoquées jusqu'ici? Buchanan, dans un article encore peu remarqué, trace la

---

<sup>73</sup> Voir Buchanan, J.M. et Tullock, G., *The Calculus of Consent*, U. of Michigan Press, 1962; Buchanan, J.M., *The Limits of Liberty*, U. of Chicago Press, 1975; Brennan, G. et Buchanan, J.M., *The reason of rules - Constitutional political economy*, Cambridge U.P. 1985; Vanberg, V., *Liberty, Efficiency and Agreement: The Normative Element in Libertarian and Contractarian Social Philosophy*, article à paraître.

voie<sup>74</sup>. Partons du théorème de Coase, dans la conception néo-classique. En l'absence de coûts de transaction, tous les échanges susceptibles de procurer des gains sont réalisés. L'économie atteint le point d'efficacité.

**Les coûts de transaction.** Introduisons maintenant les coûts de transaction, par lesquels, suivant la conception néo-classique, il faut entendre l'ensemble des facteurs empêchant les parties de réaliser tous les échanges mutuellement avantageux. De quoi s'agit-il? Bien sur, ce terme englobe, au premier chef, des difficultés de communication et d'information. La nature et les effets de ces difficultés peuvent se modifier dans le temps à la suite de changements techniques. Ce type de coûts de transaction est comparable à des coûts de transport. Dans les deux cas, une réduction des coûts promet des gains, mais, à un état donné des connaissances, les citoyens tirent, par hypothèse, le meilleur profit des moyens disponibles.

**Les comportements stratégiques.** Mais les coûts de transaction peuvent être d'un ordre tout à fait différent. La conclusion d'ententes fructueuses peut échouer parce que les parties ne peuvent s'entendre sur la façon de partager les bénéfiques conjoints qui en résulteraient. Dans l'espoir d'avoir la part du lion, chaque partie adopte une position intransigeante ou essaie sournoisement de tricher, une fois l'entente conclue. Les économistes parlent alors de *comportements stratégiques*.

On rencontre des comportements stratégiques dans une grande variété de situations. A l'intérieur de groupes nombreux, il y a le phénomène des *resquilleurs*<sup>75</sup>, c'est à dire des personnes qui essaient de vivre du travail des autres. Ou encore, une personne peut refuser de collaborer à un projet qui promet des avantages considérables pour le groupe dont il fait partie, dans l'espoir de s'accaparer d'une partie importante de ces avantages. On l'appelle, comme nous l'avons vu, *bastion (hold-out)*. Dans des contextes plus restreints, on observe que, lorsque deux ou trois parties sont appelées à négocier, elles ne réussissent pas toujours à s'entendre, alors que, en apparence, aucun problème technique de communication ne les empêche de se parler. Le juriste connaît bien l'exemple des problèmes entre voisins. La négociation échoue, disent alors les économistes, parce qu'il y a *monopole bilatéral*. On pourrait encore citer le domaine de l'assurance, où certains risques deviennent « inassurables » du fait que, l'assureur ne pouvant, à un coût acceptable, surveiller le comportement de l'assuré, celui-ci, une fois l'assurance conclue, n'a plus aucune raison à se montrer prudent et augmente ainsi l'étendue du risque. L'assurance est alors impossible en raison du problème de *risque moral*.

**Les comportements stratégiques concernent la distribution.** Les comportements stratégiques, qui empêchent la conclusion d'ententes fructueuses à la manière imaginée par Coase, ne sont pas des difficultés

---

<sup>74</sup> Buchanan, J.M., Rights, Efficiency, and Exchange: The Irrelevance of Transactions Cost, dans *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, sous la direction de Neumann, M., Duncker & Humblot, 1984, p. 9.

<sup>75</sup> L'anglais emploie, selon les contextes, les termes *free loader* (celui qui ne contribue pas au financement d'un bien public, tout en ne se privant pas de s'en servir) et *shirker* (celui qui, dans un travail d'équipe, traîne la patte par comparaison aux compagnons de travail)(voir aussi nt. 38).

techniques, comme les problèmes de communication. Ils reflètent des soucis *distributifs*. L'individu qui adopte un tel comportement essaie de s'enrichir au dépens des autres. Ce phénomène se retrouve, sous différents déguisements, dans tous les secteurs<sup>76</sup>. On peut penser, comme l'a bien démontré Williamson<sup>77</sup>, que le problème est aggravé par des difficultés d'information et par la tendance de l'esprit humain à traiter des problèmes complexes par des procédures simplificatrices, qui sont théoriquement non optimales (théorie de la *rationalité limitée* ou *bounded rationality*)<sup>78</sup>

Pourquoi les comportements stratégiques sont-ils alors presque ignorés dans le modèle néo-classique? C'est sans doute parce que, dans un marché concurrentiel, caractérisé par la présence de nombreux vendeurs et acheteurs, *il existe, par hypothèse, un prix d'équilibre unique qui rend vain tout comportement stratégique*.

Il est clair que le modèle néo-classique reflète en ce sens une situation très particulière et qu'il n'est pas licite de juger des contextes institutionnels différents par rapport à ce modèle. Revenons alors au point de départ, la source subjective des valeurs. Dans une perspective subjectiviste, la seule source de valeur est le jugement individuel. Le choix effectué, l'échange réalisé sont les seuls points qui permettent d'observer ce jugement. Tant qu'il est loisible aux individus de s'entendre et qu'un contrat n'intervient pas, la seule conclusion admissible est que l'état actuel paraît optimal aux participants. Rien ne permet à un observateur externe de déterminer qu'il reste, en dehors des contrats effectivement conclus, un potentiel d'échange non exploité.

**L'efficacité.** L'état observé de l'économie est donc, par définition mais dans un sens parfaitement banal, efficace. L'attribution des droits et les règles de responsabilité peut fort bien influencer sur l'usage des ressources. Mais cette observation ne touche pas à la question de l'efficacité : dans chaque cadre institutionnel donné, le point d'efficacité est automatiquement atteint par les échanges observés.

Mais, dira-t-on, tout est alors efficace et le concept est inutile. Pas tout à fait, car il est loisible aux membres d'une communauté de se mettre d'accord pour modifier le cadre institutionnel. Si un tel accord se réalise, il signale que, aux yeux des participants, un gain pour tous vient d'être réalisé et que, *rétrospectivement*, la situation antérieure est jugée inefficace. Mais *avant le changement*, ce jugement reste spéculatif; il relève de la vision des entrepreneurs (au sens autrichien) politiques.

---

<sup>76</sup> Cooter, J.L., The Cost of Coase, *J. Legal Studies* 11 (1982) 1 et id. et al., Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior, *J. Legal Studies* 11 (1982) 225; Hoffman, E. et Spitzer, M.L., The Coase Theorem: Some Experimental Tests, *J. Law Econ.* 25 (1982) 73 et id., Experimental Tests of the Coase Theorem with Large Bargaining Groups, *J. Legal Studies* 15 (1986) 149, qui soutiennent que, dans des expériences de négociation, les sujets tendent à arriver aux ententes prévues par Coase.

<sup>77</sup> Williamson, O.E., *Markets and Hierarchies*, Free Press, 1975, p. 8 et s.

<sup>78</sup> Voir Mackaay, 1982, op. cit., nt. 14, chap. 6.

Buchanan propose que le test de l'accord que comporte la notion d'efficacité soit élevé au niveau des règles fondamentales<sup>79</sup>. *L'élément volontaire inhérent aux conceptions subjectivistes porte donc, dans sa conception, sur l'adhésion aux règles fondamentales.* Une convention constitutionnelle est efficace lorsque tous y souscrivent. On voit le parallèle avec le test de Pareto au modèle néo-classique : l'optimalité n'est jugée qu'à l'unanimité des personnes concernées. Il est cependant concevable que, pour la gestion des affaires courantes, les adhérents consentent – unanimement – à se donner des règles de décision qui ne demandent pas l'unanimité. C'est ainsi que, même dans la conception subjectiviste de Buchanan, on arrive à justifier la contrainte étatique.

**Le contenu du pacte constitutionnel.** On peut alors s'interroger sur le contenu que les participants voudront donner au contrat fondamental. Peut-il permettre à une majorité d'exploiter la minorité ou l'inverse? Peut-il prévoir une redistribution importante de manière à réduire l'écart entre riches et pauvres? D'une manière générale, les participants sont-ils libres de fixer les termes du contrat comme ils l'entendent? En première analyse, la réponse est affirmative. C'est là la conséquence ultime de la conception subjectiviste.

**Pourquoi la concurrence?** Pourtant, l'expérience des siècles peut apporter des exemples de situations vécues que les participants estiment opportun d'interdire ou d'empêcher à l'avenir. Il est ainsi possible, comme le note Buchanan<sup>80</sup>, que les citoyens se mettent d'accord sur des règles – juridiques ou autres – qui rendent peu profitables des comportements stratégiques. A cette fin, ils peuvent vouloir promouvoir la concurrence. La concurrence est alors recherchée non pas tant parce qu'elle est efficace au sens des néo-classiques, mais parce que l'expérience fait voir aux citoyens les avantages qu'il y a à éviter les conflits distributifs, l'abus de monopoles corporatistes et d'autres privilèges accordés par la puissance publique.

**Pourquoi les libertés publiques?** De même, il est permis de penser que les libertés publiques reflètent l'expérience vécue des abus de pouvoir qui peuvent survenir en leur absence. Le pouvoir que l'on accorde à certains pour la gestion des affaires courantes est presque inévitablement abusé. La logique du pouvoir est telle, comme l'a bien montré Olson<sup>81</sup>, que, lorsqu'un petit groupe de citoyens en est titulaire, ils ont intérêt à se ménager une situation privilégiée payée par le plus grand nombre d'autres citoyens. Ces privilèges peuvent prendre une forme juridique : les droits subjectifs peuvent servir à les consolider. Ces privilèges ont tendance à durer et à s'accumuler.

Ce qu'il importe de noter, c'est que, si un autre petit groupe met fin au règne du premier, ce groupe changera sans doute les titulaires des droits privilégiés, mais n'a aucune raison de toucher aux mécanismes par lesquels ces droits sont créés. Il n'y a donc pas « d'apprentissage social », seulement oscillation de pouvoir, luttes intestines. Ce n'est que dans les situations où une grande coalition de citoyens vient au pouvoir – temporairement, sans doute,

---

<sup>79</sup> Voir Buchanan, op. cit., nt. 74, p. 14.

<sup>80</sup> id, p. 20.

<sup>81</sup> Voir Olson, M., *Rise and Decline of Nations*, Yale U.P., 1982 (traduction française: *Grandeur et décadence des nations*, Bonnell, 1983)

parce que les décisions se prennent difficilement lorsque le groupe est nombreux – ou lorsqu'une guerre provoque de puissants sentiments de solidarité, que l'on peut s'attendre à voir instaurer des *droits limitant les abus par des petits groupes*. Comme la grande coalition est, par nature, temporaire, elle voudra donner à ces droits une forme qui les met autant que possible à l'épreuve des petits groupes à la recherche de privilèges. C'est ce qui explique la forme des droits fondamentaux dans les constitutions. On peut penser que l'institution de tels droits réduit les possibilités d'abus qui appellent la mobilisation – difficile et coûteuse – de grandes coalitions. Elle réduit, du même coup, la possibilité de consacrer des ressources à des activités purement redistributives.

Les libertés publiques seraient, suivant cette conception, le fruit d'un apprentissage social relativement aléatoire – même si la découverte d'un pays peut être imitée par les autres. On peut s'attendre à ce qu'elles surgissent lors de périodes de bouleversement ou de révolution. Elles limitent les pouvoirs accordés aux titulaires de la puissance publique. Mais l'apprentissage n'est jamais achevé. De nouveaux abus peuvent être inventés. Ils exigeront de nouveaux contrepoids. La science économique peut-elle, par le biais de la théorie des jeux par exemple, nous faire voir dans quelle mesure les structures se prêtent aux abus? Ce serait un excellent service à rendre à la théorie du droit<sup>82</sup>.

**Le malaise britannique.** A l'intérieur des démocraties occidentales, où il existe une grande dispersion du pouvoir, on observe, depuis quelque temps, l'émergence de ce que d'aucuns ont appelé le *malaise britannique*<sup>83</sup>. Les divers groupes sociaux, au titre d'assurance collective ou de réduction des inégalités, s'accordent des droits importants, des droits-sécurité ou des droits-prestation, qui finissent par saper l'esprit d'initiative.

Devant ce phénomène, il convient d'observer que la sécurité est sans doute une des composantes importantes du bien-être des citoyens. La sécurité elle-même a deux aspects : ne pas perdre l'acquis (sécurité absolue) et ne pas perdre de vitesse par rapport aux voisins (sécurité relative). Le marché concurrentiel ne garantit ni l'une ni l'autre forme de sécurité, bien qu'on puisse penser que, statistiquement et d'une manière générale, elle tend à améliorer le sort des citoyens. Mais si les sciences de la nature confèrent au citoyen le sentiment de protection contre les aléas naturels, n'est-il pas logique de rechercher, par le canal politique, une protection contre les aléas économiques, contre ceux de l'insécurité?<sup>84</sup> On demanderait alors l'institution de droits qui traduisent cette idée.

---

<sup>82</sup> Voir le très stimulant ouvrage de Axelrod (1984), op. cit., nt. 36.

<sup>83</sup> Voir Brittan, S., How British is the British Sickness, *J. Law Econ.* 21 (1978) 245.

<sup>84</sup> Qu'on ne pense surtout pas que le phénomène soit exclusif aux Anglais. P. Robert (La France statufiée, *Le Devoir*, 6 February 1985, p. 8 (repr. du *Monde* du 1 février 1985) écrit:

«Devant la crainte de l'incertitude - la peur est toujours mauvaise conseillère, dit la sagesse populaire - et pour se protéger des turbulences qui les menacent, les Français se sont lancés à corps perdu dans la course aux statuts, chacun s'efforçant d'arracher, tant qu'il est encore temps, quelque avantage réglementaire qui réduise ses risques et perpétue ses situations acquises.»

Si ce régime fait l'objet d'un consensus, pourquoi alors parler de *malaise* ? C'est que cette sécurité ne peut exister qu'en vase clos. Tant qu'une société interagit avec d'autres qui tolèrent plus d'innovation au prix éventuellement de plus grandes inégalités, la jalousie fera surgir chez un certain nombre de citoyens de cette société un mécontentement les poussant à remettre en cause l'équilibre sécuritaire.

Or, la sécurité exige l'adhésion de *tous* les participants à un système économique. L'innovation, elle, peut être le fait d'un *petit nombre d'entre eux*; elle perturbe la sécurité, les droits acquis, dès lors que les autres les envient. C'est dire que, dans la société des nations, l'innovation impose sa loi et ne pourra être contrée que par d'autres innovations.

Pour que l'innovation puisse suivre son cours, il faut rémunérer les innovateurs. Le régime communément adopté à cette fin est celui du marché privé. Le marché ne se soucie pas des inégalités. Pourtant, les pauvres dans les sociétés riches sont moins pauvres que les pauvres dans les sociétés pauvres. Il est difficile de croire que la solidarité soit plus développée dans celles-là que dans celles-ci. Ne faut-il pas croire que le seul fait de vivre à l'intérieur d'une société riche augmente le pouvoir de fait qu'on a de faire payer les riches? Umbeck a sans doute raison d'affirmer que « c'est la force, non l'équité, qui détermine la distribution de la richesse dans la société »<sup>85</sup>. L'innovation, la liberté du marché trouvent ici leur limite, comme le savent très bien ceux qui oeuvrent dans le domaine des relations de travail.

Les remarques qui précèdent mènent à la conclusion que, si le contrat social reflète nécessairement la volonté des adhérents, l'histoire a appris aux hommes qu'ils ne peuvent lui donner tout contenu désiré. Le positivisme juridique trouve ici des limites. La science économique promet de fournir aux juristes des outils les aidant à déterminer les contraintes de la liberté constitutionnelle.

### III. Perspectives

L'analyse économique du droit constitue-t-elle une théorie du droit? N'est-elle, au contraire, qu'une mode passagère servant à justifier des politiques conservatrices?

On ne peut nier que l'analyse économique a fourni des armes à ceux qui soutiennent l'actuel président des États-Unis. Mais elle a soutenu également des points de vue fort différents, plus interventionnistes, comme celui d'Ackerman<sup>86</sup>. En outre, il serait faux de refuser à l'analyse économique du droit tout autre rôle que celui de soutien de prises de position politiques. L'attrait initial du mouvement provenait de la découverte d'un outil relativement simple à manier avec lequel on pouvait comprendre le droit, aussi bien dans des questions de détail concret que dans les grands principes.

Le débat philosophique au début des années 1980 a établi que le modèle néo-classique, tout puissant et maniable qu'il soit, ne saurait fournir, à lui seul,

<sup>85</sup> Voir Umbeck (1981), op. cit., nt. 37, à la p. 57.

<sup>86</sup> Voir Ackerman, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, Yale, 1980; id., *Reconstructing American Law*, Harvard U.P., 1984.

une théorie du droit. Il permet bien d'élucider le fondement de certaines règles, les points de départ étant fixés. Il permet d'apprécier des changements à la marge, comme dirait l'économiste. L'analyse économique aide ainsi le juriste à mieux comprendre la cohérence du droit, ce qui est un apport non négligeable. Les choix fondamentaux ne peuvent cependant être expliqués à l'intérieur du modèle proposé par l'école de Chicago.

Cela ne veut pas dire pour autant que les chercheurs qui forment cette école n'aient pas eu des intuitions profondément perspicaces, ni que l'analyse économique ne puisse fournir d'autres contributions au droit. Sur le plan normatif, les libertariens démontrent quelle pourrait être une telle contribution. Sur le plan descriptif, il nous semble que les écoles autrichienne et contractualiste proposent une vision plus générale, mais moins maniable que la conception néo-classique. Ces deux écoles s'interdisent un certain nombre de jugements que les néo-classiques posent sans sourciller. Elles partagent cependant avec le modèle néo-classique la vision de l'homme comme décideur rationnel cherchant à maximiser son bien-être, à l'intérieur de contraintes qui proviennent aussi bien de la nature que de ses propres facultés et de son interaction avec les autres hommes. Le modèle néo-classique pourrait être analysé comme une particularisation de la théorie autrichienne, une fois certaines prémisses simplificatrices admises, comme celle qui postule l'absence d'incertitude et celle qui admet les comparaisons interpersonnelles d'utilité dans certains cas précis.

La conception autrichienne est particulièrement intéressante pour le juriste, en ce qu'elle lui permet d'expliquer la complexité de la tâche du juge, ainsi que le rôle que jouent les règles et la raison de leur relative inertie. L'école autrichienne met l'accent sur les facteurs de l'incertitude et de la complexité, qui entraînent chez l'homme des comportements difficilement explicables dans la simple logique d'optimisation proposée par le modèle néo-classique. Du coup, les institutions prennent une plus grande place dans la conception autrichienne. Il convient d'étudier les lois de leur développement et de leur déclin. La conception autrichienne surmonte ainsi le reproche d'a-historicité qu'on a fait au modèle néo-classique.

La vision contractualiste, telle que nous l'avons esquissée, propose, pour ce qui est des choix fondamentaux de la société, une perspective qui relève moins du dogme que de l'apprentissage historique. Souvent, l'apprentissage se réalise davantage par l'élimination d'options qui s'avèrent indésirables, que par le façonnement de celles que l'on croit désirables. Cette conception laisse place à des croyances qui pourraient s'avérer ultérieurement non fondées. (Pourquoi les inégalités, pourquoi le marché libre, la concurrence, la démocratie?) Mais, plutôt que de les ériger en dogmes, elle nous invite à nous interroger sur leur genèse et sur les raisons de leur survivance en tant que dogme.

Nous avons rencontré, dans ce survol de l'analyse économique du droit, divers types de droits : des droits de propriété, des libertés publiques, des droits-sécurité et des droits-prestation, des pouvoirs d'établir des règles contraignantes. Ces droits peuvent ou non consacrer des situations de privilège, restreignant la liberté d'agir d'autres que le titulaire. L'analyse économique permet d'étudier, suivant les contextes, les conditions d'existence des divers droits, leurs fonctions, leurs limites.

De même, on peut espérer bâtir, à l'aide de la théorie des jeux, une typologie des normes : normes de coordination, normes qui consacrent des inégalités, normes qui dénouent des dilemmes de prisonnier. L'analyse devrait nous permettre de mieux comprendre les conditions de stabilité et de fonctionnement des normes.

La conception économique est intéressante d'un autre point de vue. Elle permet d'établir des ponts avec d'autres sciences sociales. Les sociologues Boudon et Opp, par exemple, s'inspirent de visions de l'homme qui rejoignent celle de l'économiste. Opp propose une théorie de l'émergence des normes qui est dans le prolongement de celle de Demsetz : les normes surgissent afin d'internaliser les externalités<sup>87</sup>. De façon analogue, toute la recherche sur la rationalité limitée est à cheval sur l'économie et la psychologie.

Les analyses que nous avons présentées reposent toutes sur le postulat de *l'individualisme méthodologique* : chaque être humain est lui-même le mieux placé pour décider de son propre bien-être; toute explication de l'action humaine doit être formulée en termes de décisions individuelles; on ne saurait concevoir l'individu comme une simple fonction de phénomènes collectifs. Les modèles économiques que nous avons examinés plus haut reflètent la thèse selon laquelle il convient d'éviter le paternalisme. Pourtant, notre société n'hésite pas à faire preuve de paternalisme à l'égard des enfants (nés ou à naître), des prisonniers, des pauvres (du tiers-monde ou en son propre sein). Les juges et les gouvernants en font preuve tous les jours à l'égard des adultes.

Si l'être humain faisait ses décisions de manière parfaitement prévisible, quel mal y aurait-il au paternalisme? On ne ferait qu'effectuer les calculs qu'autrement les individus auraient accomplis par eux-mêmes. La centralisation des décisions pourrait même donner lieu à des économies d'échelle.

La liberté, comme principe normatif autant que comme prémisse descriptive, se fonde sur l'idée que le comportement humain n'est pas intégralement prévisible. Cela pose, dans une forme différente, le problème du déterminisme. Or, la science tire son utilité des liens causaux – éléments de déterminisme – qu'elle démontre. Doit-elle, de ce fait, nier la liberté du sujet? Trois chercheurs biologistes apportent à cette question une réponse qui nous paraît intéressante :

« Ce qui caractérise le développement et les actions de l'homme, c'est qu'ils sont la conséquence d'une immense grille de causes en interaction et en intersection. Nos actions ne sont pas aléatoires ou indépendantes par rapport à l'ensemble de ces causes en tant que système, car nous appartenons au monde matériel. Mais dans la mesure où nous sommes libres, nos actions sont indépendantes de toute cause unique, voire de tout petit sous-ensemble de ces causes multiples : tel est le sens précis de la liberté dans un monde causal »<sup>88</sup>.

Si l'analyse économique rappelle cette vérité élémentaire aux bâtisseurs d'empires de normes de plus en plus détaillées, tatillonnes et envahissantes, elle n'aurait pas été inutile et mériterait une attention plus soutenue qu'elle n'en a reçue jusqu'ici parmi les Européens.

<sup>87</sup> Voir Opp, K.D., *Die Entstehung sozialer Normen*, Mohr, 1983.

<sup>88</sup> Voir Rose, S., Kamin, L.J., et Lewontin, R.C., *Not in Our Genes - Biology, Ideology and Human Nature*, Penguin, 1984, p. 289 (traduction).