

ologique  
onde  
e du  
ristes  
forme  
droit  
ement  
nous  
law.  
ur de

## SUR E. MACKAAY ET ST. ROUSSEAU, *ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT*, PARIS, DALLOZ, ÉDITIONS THÉMIS, 2008

Par

Christian Atias  
*Boulton Senior Fellow McGill University*

1. **Des questions** – Avant même de laisser la discussion s’instaurer sur l’apport de l’analyse économique du droit, sur les réponses qu’elle propose, il est peut-être possible de s’interroger sur les questions qu’elle se pose et qu’elle pose. Pour la réflexion théorique, cette étape préalable est indispensable. Il importe de savoir de quoi il est question et ce qui est en question.

L’analyse économique du droit travaille sur le droit, mais sur quel droit, sur quelle conception du droit, sur quelle partie du droit ?

2. **Des objectifs déclarés** – L’analyse économique du droit superbement présentée, explicitée et mise en œuvre par les Professeurs Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, veut être “une *méthode* qui emprunte des concepts de l’économie pour mieux *comprendre* le droit et en saisir *l’unité* profonde”<sup>1</sup>, en atteignant les conceptions doctrinales “de manière systématique et transparente”<sup>2</sup>. L’objectif est de mettre “au jour, [...] une *rationalité sous-jacente* des règles juridiques et les principaux effets prévisibles de leurs changements”<sup>3</sup>, afin de pouvoir porter sur elles “un jugement éclairé”<sup>4</sup>. Le propos est encore révéler “des fondements du droit”<sup>5</sup>.

C’est le droit dit positif qui est la cible.

3. **Questions sur la méthode** – Le projet pose de multiples questions. Dans une première série, surgit celle de la “méthode”. Elle n’est évidemment ni neutre, ni indifférente ; elle ne peut être adoptée sans réflexion ; elle doit être pensée à partir de l’objet, en l’occurrence de l’objet “droit”. “La démarche, c’est-à-dire la manière dont nous suivons les choses de près (*meqodos*), décide par avance de ce que nous découvrons dans les choses en fait de vérité. La méthode n’est pas une pièce d’équipement de la science parmi d’autres, c’est sa teneur fondamentale, à partir de laquelle se détermine avant toutes choses ce qui peut devenir objet et comment cela le devient”<sup>6</sup>.

Une deuxième série de questions porte sur l’objectif de “comprendre” le droit. Elles sont particulièrement délicates. “Comprendre” pourrait signifier ici

<sup>1</sup> E. Mackaay et St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Editions Thémis, 2008, p. XXI, n. 667, p. 179 ; c’est nous qui soulignons.

<sup>2</sup> E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 667, p. 179.

<sup>3</sup> E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 2121, p. 591.

<sup>4</sup> E. Mackaay et St. Rousseau, *ibidem*.

<sup>5</sup> E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 2121, p. 591.

<sup>6</sup> M. Heidegger, *Qu’est-ce qu’une chose ?*, 1935, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1962, Paris, Gallimard, 1971, traduction J. Reboul et J. Taminiaux, Collection Tel n° 139, p. 112.- J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, P.U.F., 2001, collection Thémis, p. 21.

expliquer ou justifier, voire déclicer les raisons, mais aussi apprécier, juger. À dire le vrai, la dissociation de ces opérations intellectuelles fait question en elle-même. Et les difficultés ont trait indissociablement à l'objet. Le droit dont il est question pourrait être l'ensemble des lois qui se font au Parlement, moyennant une procédure instituée, mais aussi moyennant l'intervention de divers pouvoirs et groupes de pression. Ce pourrait être aussi celui qui est mis en œuvre et informé, institué par le juge dans chaque espèce et dans l'exercice de son pouvoir prétoire. Ce pourrait être encore le droit tel qu'il devrait être ; et la question n'est pas claire, car le droit qui devrait être peut être celui qui est juste ou celui qui est cohérent ou celui qui est efficace et remplit les objectifs qu'il s'est donné.

L'analyse économique du droit se préoccupe manifestement du droit tel qu'il devrait être conçu et mis en œuvre pour parvenir à certains résultats ou, plutôt, pour en éviter d'autres.

**4. Questions sur des postulats** – Une deuxième série de questions porterait sur "l'unité du droit", sur la "transparence" recherchée, sur les "fondements du droit" à expliciter.

Cette unité peut être souhaitée ; l'objectif de cohérence est alors rejoint. Elle peut être constatée ; des critères devraient alors être établis avant toute observation. Elle peut enfin être postulée. L'analyse économique du droit apparaît souvent comme l'analyse de décisions supposées faire le droit et le contenir.

La "transparence" est présentée comme une exigence d'objectivité, sinon de scientificité. Elle l'est sous couvert d'un présupposé de rationalité qui, lui aussi, fait question<sup>7</sup> ; il ne peut être envisagé globalement et dans l'absolu, sans prendre parti sur le rôle des pouvoirs et de leurs décisions dans la formation du droit.

Quant aux "fondements", ils sont encore plus problématiques. Ces "points de départ" ne peuvent être retenus sans être puissamment et profondément pensés. "En fait, l'historicité est toujours refoulée dans la question du point de départ, pour que celle-ci s'instaure et prenne son sens"<sup>8</sup>.

À bien des égards, c'est l'efficacité qui semble servir de fondement au droit qu'étudie l'analyse économique du droit. Sa prétention à "assigner au droit la recherche d'objectifs préférables"<sup>9</sup> a été fortement critiquée au nom notamment de la préoccupation de la liberté : "l'homme n'est pas réductible à la seule efficacité"<sup>10</sup>.

**5. Une théorie générale et neutre ou les origines philosophiques de l'analyse économique du droit** – La nature de l'analyse économique du droit fait question en elle-même. Discours sur le droit, elle aspire à se parer des atours du réalisme, d'un réalisme exemplaire et inégalé. Elle traite d'une effectivité fondée sur l'expérience économique et sur les apports de la science économique.

Le risque est d'introduire, sous couvert d'une autre rationalité, un "vernissage logique"<sup>11</sup>. La théorie économique du droit pourrait être "dopée"<sup>12</sup>. Elle peut donc être éprouvée sur le terrain de cette rationalité renouvelée. Sa neutralité mérite réflexion. Elle est douteuse parce que les positions philosophiques et théoriques sur

<sup>7</sup> Voir notamment S. Goyard-Fabre, *Critique de la raison juridique*, Paris, P.U.F., Collection Thémis Philosophie, 2003, et notamment, p. 19 sur l'influence du modèle des mathématiques.

<sup>8</sup> M. Meyer, *Questionnement et historicité*, Paris, P.U.F., 2000, collection L'interrogation philosophique, p. 38. – Voir aussi, p. 7 et s.

<sup>9</sup> B. Oppetit, *Droit et modernité*, Paris, P.U.F., 1998, collection Doctrine juridique, p. 181.

<sup>10</sup> B. Oppetit, *ibidem*.

<sup>11</sup> R. Boudon, *L'art de se persuader des idées douteuses, fragiles ou fausses...*, Paris, Fayard, 1990, pp. 23, 29, 49.

<sup>12</sup> R. Boudon, *op.cit.*, pp. 129, 161, 165.

lesquelles elle repose ouvertement ne sont évidemment pas neutres. L'analyse économique du droit ne pourrait être, sans danger, une théorie ou une philosophie du droit qui s'ignore.

## I. L'analyse économique du droit, une méthode normative ?

**6. Légistique** – Par ses objectifs déclarés, l'analyse économique du droit paraît relever davantage de la légistique ou de la juristique que la théorie générale du droit. Elle propose des solutions pour améliorer la façon de poser les règles, en tenant mieux compte de leur incidence économique supposée prévisible. Elle substitue une analyse raisonnée aux intuitions assez fragiles de la tradition juridique. De tous temps, certaines règles ont été critiquées, d'autres ont été jugées préférables en considération des effets qui leur étaient prêtés sans autre vérification ; l'exemple de la prohibition des pactes sur succession, fondée sur la crainte de favoriser le "votum mortis" est connu. L'attitude et la préoccupation ne sont donc pas nouvelles ; ce qui change, c'est la façon d'y répondre.

L'analyse économique du droit ne se contente pas de telles hypothèses. C'est l'apport principal des instruments de la science économique que de permettre de les éprouver. Pour y parvenir, un parti est pris sur la règle de droit et sur son élaboration. L'analyse économique du droit peut ainsi prétendre au titre de théorie de l'une ou de l'autre.

### A. Une théorie de la règle de droit

**7. La définition dominante du droit** – Pour l'analyse économique du droit, ce dernier est dans les règles. La définition la plus ordinaire d'ensemble de règles de comportement, assorties de contrainte, paraît lui convenir parfaitement. Certains théoriciens de l'analyse économique du droit s'en sont préoccupés et ont mené la discussion sur ce terrain. Toutefois, le débat sur ce point semble souvent largement faussé pour deux raisons. D'une part, mené au nom et du haut de l'analyse économique du droit, il doit s'achever sur l'adhésion à une théorie du droit qui ne s'oppose pas à son essor ; la théorie est en quelque sorte "dos au mur". D'autre part, les tenants de l'analyse économique du droit semblent assez généralement tenir la question pour d'importance tout à fait secondaire ; leurs analyses et propositions doivent passer et passeront.

Au résultat, une aporie cruciale semble négligée. L'analyse économique du droit est à l'aise dans une conception interventionniste ou paternaliste. Elle propose la formulation de règles destinées à produire tel ou tel résultat économique par hypothèse voulu et recherché ; elle offre donc au législateur les moyens d'augmenter son action, voire sa maîtrise sur l'économie. Contrairement à une impression répandue, ses rapports avec le libéralisme sont moins clairs. Si le droit est un ordre social spontané, le résultat des règles délibérées peut se constater pour déplorer qu'elles le perturbent, et notamment qu'elles diminuent la qualité de l'information fournie. Dès lors que le droit français en particulier n'a jamais été vraiment inspiré par le libéralisme – en dépit de ce qu'ont voulu faire croire les tenants de l'interventionnisme d'État –, la question à poser à l'analyse économique du droit, comme aux autres théories juridiques, c'est celle de la transition : il faut inventer les voies par lesquelles l'État pourrait intervenir dans une économie réglementée pour lui réapprendre la liberté.

**8. De la généralité des règles de comportement** – Il n'est certainement pas possible de tenir pour une évidence que le droit serait dans les règles, dans des règles de comportement en particulier.

L'analyse économique du droit doit faire la part de la prudence aristotélicienne dans la formation du droit. S'il se situe quelque part sur le chemin qui se parcourt sans cesse dans les deux sens entre le général et le singulier, les conclusions tirées sur les effets des règles doivent être relativisées. Le droit n'est pas ce qui peut se décrire dans l'abstrait ; là seulement, il est question de comportements à combattre ou à favoriser. Sur ce chemin incertain, favoriser l'adoption de la solution la moins injuste n'est pas nécessairement une question d'efficacité.

**9. De l'effectivité des modèles de comportement** – Plus précisément, l'analyse économique du droit paraît vouloir raisonner sur des comportements et réactions réels là où l'individualisme méthodologique nous a appris à raisonner plus modestement sur des hypothèses imaginaires. Il s'agit de reconstruire, à partir des mouvements sociaux, les attitudes individuelles qui peuvent les expliquer. Ce qui manque, dans les affirmations économiques sur le droit et ses effets, c'est une petite expression pleine de sens – faut-il dire de bon sens ? – : “tout se passe comme si...”.

Elle éviterait toute confusion entre le droit et un programme d'action politique. Elle éviterait aussi de prendre les notions de droit pour des instruments, des “concepts opératoires”. Elle invite surtout à se demander si l'effet économique ou social de la règle dépend directement de son contenu. “Quand dire c'est faire” est une théorie du langage, non du droit ; il a trop souvent tendance, comme les politiques économiques, à faire l'inverse de ce qu'il dit. La règle ne fait que ce qu'elle fait entendre, en fonction de la façon dont elle s'insère dans un corps global, de la façon dont elle est comprise, mise en œuvre et acceptée.

### B. Une théorie de l'élaboration des règles

**10. De la législation à la régulation** – Les fonctions de la législation sont fort complexes et bien incertaines. Il ne peut être admis comme un postulat indiscutable qu'elle ait pour mission de réguler les comportements en fonction notamment de leurs effets économiques.

Le doute est d'autant plus permis que l'efficacité de cette régulation ne se vérifie guère. “Les phénomènes sociaux peuvent être le résultat des actions des hommes ; ils ne sont jamais l'exécution de leurs desseins”<sup>13</sup> ; c'est ce que démontrent des siècles d'histoire du droit. Les effets des règles sont parfaitement imprévisibles parce qu'ils se conjuguent avec les traditions juridiques et sociales, avec ceux d'autres règles, avec les particularités des situations individuelles, avec les idéologies dominantes ou souterraines...

L'exemple historique du normativisme kelsenien doit être conservé en mémoire. Pour faire tenir la pyramide des normes, il faut la scier entre deux hypothèses posées pour demeurer invérifiables, la norme hypothétique fondamentale et une effectivité globale et vague.

**11. La rationalisation des choix législatifs** – Les partis que prend le législateur peuvent assurément être réfléchis, préparés par des études notamment économiques rigoureuses et sérieuses. Cette façon d'opérer est évidemment

<sup>13</sup> Ad. Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society*, Londres, 1767, p. 187.

préférable ; chacun déplore qu'elle ne soit pas toujours suivie. C'est une chose que de ne pas légiférer à l'aveugle ou pour répondre à des revendications pressantes, à des fins électorales notamment ; c'en est une toute autre que de confondre l'étude des situations à régir avec les résultats à venir de la législation.

L'un des apports majeurs de l'analyse économique du droit serait assurément de parvenir à contribuer à l'amélioration du travail législatif. Deux voies ont été empruntées et devront l'être. En premier lieu, l'étude des influences et actions qui s'exercent sur les pouvoirs normatifs, législatifs et prétoriens, est de première importance. Il ne faut pas espérer, ni même peut-être souhaiter les empêcher. Il faut en tenir compte. Il faut “faire avec”, lorsqu'il s'agit de rendre les choix législatifs plus rationnels et plus efficaces. En second lieu, dans la réalisation de cet objectif, il importe de faire preuve d'une grande modestie ; ce serait un immense progrès que d'en apprendre les bienfaits au législateur lui-même. Ses objectifs seraient beaucoup plus souvent atteints s'ils ne supposaient pas des hommes différents, des hommes nouveaux, un monde différent, un monde nouveau. Aristote nous a maintes fois rappelé que nous vivons dans un monde sublunaire.

**12. L'effacement de l'irrationnel** – Le langage, la pensée, le discours, le raisonnement juridiques sont volontiers caractérisés par leur rigueur, par leur clarté. Il fut même un temps où des scientifiques enviaient ces caractéristiques. Le droit serait porteur de certitudes, de sécurité. C'est ce que demandent le citoyen, le justiciable, le profane au juriste.

L'analyse économique du droit pourrait bien reprendre ces mythes à son compte, au moins par défaut. Elle semble proposer une amélioration des règles de droit pour les rendre plus efficaces, plus sûres, comme si elles pouvaient acquérir ces qualités. L'irrationnel a toujours eu sa place dans le langage, la pensée, le discours, le raisonnement juridiques. Il ne pourrait très probablement pas en être éliminé. Le droit est assis sur des symboles et sur des légendes. L'histoire des grands principes, des notions les plus solennellement consacrées en atteste.

La décision de faciliter le divorce peut bien faire l'objet d'une analyse économique ; ses conséquences peuvent être étudiées. Rien ne peut empêcher qu'elle n'affecte l'image, hautement symbolique, du mariage.

## II. L'analyse économique du droit, une théorie du droit ?

**13. L'analyse économique de quel droit ?** – La question à laquelle l'analyse économique du droit est inexorablement et constamment reconduite est bien celle de savoir de quel droit elle entend faire l'analyse. Elle peut travailler sur un “droit” rationnel – ou prétendant à l'être – et cohérent – ou prétendant à l'être –, fabriqué par un législateur. Il faut souhaiter qu'il soit informé sur les conséquences économiques et sociales de ses initiatives. Elle peut aussi tenter d'analyser un droit qui se compose tous les jours à l'incessante rencontre de multiples règles délibérées qui entrent en concurrence, d'autres règles formées spontanément, des circonstances concrètes, des besoins, des intérêts, des cultures et des idéologies, et de pratiques communes. L'examen de ses effets prend alors un tour beaucoup plus théorique et contemplatif ; l'espoir d'améliorer ce droit là risque fort d'être vain. Ses effets éventuellement pervers ou néfastes ne peuvent être corrigés directement.

Ouvrir cette alternative, c'est poser la question des postulats idéologiques de l'analyse économique du droit. Il lui appartient de démontrer qu'elle peut ne pas être positiviste, qu'elle peut être la théorie de droits conçus autrement. Héritière de la philosophie des Lumières et de son positivisme, elle ne pourrait prétendre ni à une sorte d'universalité, ni à une quelconque neutralité.

### A. Un guide pour la mise en œuvre de la règle

14. **Inférence, induction, incidence** – Comme la cohérence du droit, la rationalité juridique est toute relative. Elle est faite de complexités, de compromis, d'accommodements. L'objectif de "montrer la logique"<sup>14</sup> du droit est donc du plus grand intérêt. Il suppose toutefois de s'entendre sur la logique<sup>15</sup> dont il est question. Ce n'est pas la logique ordinaire ; elle est propre au droit et tolère bien des contradictions, bien des approximations.

Les inférences juridiques sont ordinairement bien fragiles. Elles se fondent davantage sur des habitudes et des traditions que sur la logique même. Les inductions juridiques sont assez souvent plus hypothétiques encore que celles des autres domaines.

L'analyse économique du droit doit tenir compte de ces caractéristiques auxquelles elle ne renonce nullement, bien au contraire. Elle compose ses études de l'incidence des règles, et ses propositions de clarification et de vérification, sur la base d'une reconstruction elle-même hypothétique, celle de l'individualisme méthodologique. Le réalisme prôné est donc bien particulier.

15. **Bonne et mauvaise foi, détournement et opportunisme** – La référence à la bonne foi a été empruntée par le droit français à un droit romain abâtardi par les romanistes du Moyen-Âge. Il ne faut donc pas attendre d'elle une grande précision ; elle est nécessairement équivoque. Elle est encombrée de mille cas-types, de préjugés changeants, d'idéologies multiples et aussi de réactions personnelles.

L'analyse économique du droit propose de lui substituer la notion d'opportunisme. Elle paraît plus rationnelle parce qu'elle est moins ancienne, moins sur-déterminée, moins moralement marquée. Le progrès n'est pas assuré. La présomption de mauvaise foi que les juges attachent volontiers à toute intention spéculative ne disparaîtrait certainement pas s'ils raisonnaient sur l'opportunisme du spéculateur. Les anciens sillons tracés sur le champ de la bonne foi se prolongeraient sans doute sans grande variation.

### B. Une reconstruction des raisons de la règle

16. **Concept ou mythe fondateur ?** – L'intention du législateur est un mythe ; nul n'en doute. Elle n'a pas d'existence réelle, parce que l'adoption des dispositions légales fait l'objet de décisions collectives ; nul ne peut savoir quelle fut l'intention de la majorité des votants. Le jeu des amendements interdit également de s'en tenir à l'intention des rédacteurs de l'avant-projet et du projet. Elle est "déterminée" de façon variable en fonction des mises en œuvre successives de la disposition, des variations idéologiques...

Ce mythe est fondateur. Il n'a de sens que parce qu'il montre que la loi n'appartient pas à ses auteurs. L'intention du législateur est la référence qui guide la réflexion sur ce que pourrait être la bonne règle, la recherche de la raison de droit. L'analyse économique du droit ne peut réduire son examen à la décision législative ou prétorienne ; c'est un phénomène beaucoup plus complexe qu'elle doit prendre pour objet.

<sup>14</sup> E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 22, pp. 6-7.

<sup>15</sup> M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, Paris, P.U.F., 2001, collection Thémis, p. 1.

17. **Ratio legis et ratio juris ?** – L'analyse économique du droit ne peut faire l'économie de la réflexion sur la distance incommensurable qui sépare la *ratio legis* de la *ratio juris*.

Elle semble parfois la méconnaître. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il est supposé que la règle de répartition du trésor entre l'inventeur et le propriétaire du fonds où il a été découvert s'explique par la volonté "d'intéresser aussi bien l'inventeur que le propriétaire à la mise en circulation"<sup>16</sup>. La raison de droit est plus complexe ; elle tient notamment à la réserve législative face au hasard, à la chance qui ne porte guère "le jugement intuitif de justice". La même observation vaut pour le régime juridique du doute sur l'authenticité d'un tableau ; il est bien douteux que la préoccupation de ne pas "décourager la prise de risques par les experts et éventuellement même l'investissement dans l'acquisition du talent d'expert"<sup>17</sup> soit la raison de droit des solutions consacrées.

18. **Raisons et effets du droit** – À supposer même qu'une disposition légale ait été adoptée pour tenter de provoquer de tels effets, pour produire de tels résultats, ils ne se produiront que bien rarement. La référence à la raison de droit tient compte de ces interactions multiples et complexes, de ces allers et retours constants de la règle à la singularité de l'espèce ; c'est pourquoi, elle résiste à l'analyse économique.

"Décourager l'inexécution du contrat"<sup>18</sup> peut être un objectif du législateur ; ce ne peut guère être une raison de droit. La Cour de cassation qui tient toute inexécution du contrat pour une attitude contraire au droit<sup>19</sup> s'égare dans une vision moralisatrice et disciplinaire. Dans bien des cas, l'inexécution du contrat est légitime et licite ; son régime juridique n'est pas constitué seulement de sanctions.

19. **L'analyse économique de la pathologie du droit. Des erreurs dans le droit** – L'analyse économique du droit apporte à la réflexion sur le droit, sur sa formation, sur sa mise en œuvre, des informations de grand intérêt. Elle a incontestablement sa place aux côtés de l'histoire du droit, de la sociologie juridique, de la philosophie et de la théorie du droit.

Elle le complète utilement, en révélant des aspects méconnus du phénomène juridique. En particulier, elle pourrait contribuer à l'élaboration d'une théorie de l'erreur dans le droit<sup>20</sup>. Il n'est pas rare que le législateur ou les juges s'égarent. Cette réalité est tenue pour une anomalie exceptionnelle et négligeable ; c'est un postulat aussi coûteux que dangereux. De trop nombreuses erreurs affectent l'image du droit, sa signification symbolique ; son acceptation sociale est en cause.

L'analyse économique de la pathologie du droit, des erreurs de raisonnement, des explications de leur survenance, de leurs conséquences et des remèdes susceptibles de les éviter ou d'en diminuer le nombre, serait d'une utilité certaine. Il faut espérer qu'elle se développera rapidement.

<sup>16</sup> E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 904, pp. 244-245.

<sup>17</sup> E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 1492, p. 411.

<sup>18</sup> E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 1337, pp. 373-374.

<sup>19</sup> Cass. com., 30 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n. 258.

<sup>20</sup> E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 1248 et s., pp. 349-350 : "Observations sur l'erreur judiciaire".