

AVANT-PROPOS

Par

Jean-Louis Bergel et Jean-Yves Chérot

Que la législation¹, le droit issu des décisions des juges, voire les constitutions² aient pu avoir pour objet et pour projet depuis l'“invention de l'économie”³ de construire une politique économique fondée sur les règles du marché, le laisser faire et la libre concurrence, c'est sans doute une des données de la science du droit parmi les plus intéressantes et les moins analysées par les juristes depuis deux siècles.

Que l'analyse économique du droit vienne réveiller le dogmatisme juridique formaliste et permette par une dose de réalisme de faire voir que de nombreuses règles de droit sont les manifestations d'un modèle économique ou de principes que la théorie économique est seule à formaliser, quoi donc de plus intéressant et de plus stimulant pour la recherche juridique ?

Cependant l'analyse économique du droit – et ici on ne distinguera pas, malgré leurs divergences, entre différentes écoles – peut conduire plus ou moins ouvertement d'une analyse purement descriptive de type réaliste à une nouvelle dogmatique pouvant éventuellement devenir dans certaines de ses expressions une justification du système économique sous-jacent.

C'est un des enjeux des travaux publiés dans cette nouvelle livraison des cahiers de méthodologie juridique.

Les études sont issues dans leur grande majorité de rapports présentés lors d'une table ronde organisée le 6 juin 2008 par le Laboratoire de théorie du droit de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille⁴ autour d'Ejan Mackaay à l'occasion de la publication aux éditions Dalloz de son “*Analyse économique du droit*”⁵, un ouvrage attendu et co-écrit avec Stéphane Rousseau. Ejan Mackaay a ouvert les travaux par des “remarques introductives” qui précisent le projet des auteurs. Ce projet repris, réécrit et réexposé dans les “remarques introductives” était l'occasion – c'était l'objet de la table ronde – de l'examen des apports de l'analyse économique du droit à la science du droit.

¹ Karl Polanyi, *The Great Transformation*, New York, Rinehart, 1944 ; trad. française, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard, bibliothèque des sciences humaines, 1983.

² Ch. A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, The Free Press, 1913 ; traduction française, *Une relecture économique de la Constitution des États-Unis*, Economica, coll. “droit public positif”, 1988.

³ Catherine Larrère, *L'invention de l'économie au XVIIIe siècle*, Puf, Léviathan, 1992.

⁴ Sont venues s'y ajouter deux études de Marc Deschamps et Frédéric Marty qui étaient présents à la table ronde mais qui n'y avaient pas présenté de rapports et une étude écrite dans un autre contexte mais qu'Otto Pfersmann nous avait fait parvenir et qui ajoute de nouvelles perspectives aux travaux qui étaient entrepris.

⁵ Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. “méthodes du droit”, 2008, 728 pages. Voir le commentaire de Christian Atias dans la chronique “Pistes pour la pensée juridique”, *RRJ* 2008-2.

Ejan Mackaay met surtout l'accent sur les apports descriptifs de l'analyse économique tout en appelant au prolongement des hypothèses examinées au titre de la théorie économique du droit par des recherches empiriques. Mais il laisse ouverte la question du passage de la description à la prescription et plus généralement de la possibilité d'une science normative. Selon lui, "remarquablement, en faisant cet exercice pour l'ensemble des règles du droit civil, on observe que la plupart d'entre elles paraissent formulées comme s'il s'agissait de minimiser les coûts des interactions humaines ou d'optimiser les incitations à l'usage prudent des ressources rares ou à l'innovation [...]. Est-il permis de faire alors un pas de plus, et de faire un emploi normatif de cette analyse, pour se demander sur un point donné quelle forme aurait la règle qui contribuerait le plus au bien être ? La question est débattue au sein de la communauté des juristes-économistes ; dans les faits, le passage au normatif est régulièrement et souvent imperceptiblement effectué dans les ouvrages consacrés à l'analyse économique du droit. Dans le livre, nous avons cherché à nous tenir à des affirmations prudentes sur la question".

Une telle ouverture suggère pour le moins que le passage du fait et du descriptif au devoir être est possible. Comme il n'est logiquement pas possible, comme le rappelle dans son rapport Éric Millard, de passer d'un simple constat que telle ou telle règle produit de la richesse, de l'efficacité, du bien être du point de vue utilitariste, à la démonstration que cette règle doit être adoptée, un tel passage suppose donc déjà présente dans la majeure du raisonnement l'affirmation d'un dogme et, ici, l'affirmation que la science économique constitue une science normative. Le seul fait qu'Ejan Mackaay envisage la possibilité ce passage du "fait" au "devoir être" suggère qu'il a peut-être franchi le pas et qu'il voit dans l'analyse économique, non un simple apport à la description (éventuellement critique) du système juridique, mais bien les bases d'une nouvelle dogmatique⁶. La question est capitale et nous sommes heureux de pouvoir compléter ces observations par la réponse qu'Ejan Mackaay nous a fait parvenir après avoir pris connaissance de ces quelques lignes⁷.

⁶ Sur la question de la possibilité d'une science normative en économie, on renvoie à Claude Gamel qui présente sous une forme historique les tentatives et les relatifs échecs d'une science économique normative : "La distinction fait/valeur en théorie économique : trois temps fondamentaux d'une histoire mouvementée", version révisée d'un rapport présenté au colloque "La dichotomie fait/valeur en question. Points de vue croisés", Laboratoire de théorie du droit, 11-12 janvier 2008, à paraître ; publié sur le site internet du laboratoire : www.laboratoiretheorieduldroit.univ-czanne.fr.

⁷ "Dans votre note introductive, vous soulignez en toute amitié la difficulté de l'ambivalence des jugements normatifs qu'on tirerait de l'analyse économique, en l'absence de référence à une théorie normative qui pourrait les fonder (Laurence Boy l'a relevé également, avec moins de bienveillance et moins de nuance, dans un compte-rendu paru dans *Droit et Société*, 2008, n° 69-70, <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/biblio/ds069070-b.htm#9>).

J'en conviens et vous avez bien senti l'embarras dans lequel la question me plonge. Je ne me sens pas en mesure actuellement de clarifier cette question. Elle demandera une réflexion et un retour notamment aux débats que Posner a menés avec Dworkin et d'autres à ce sujet, mais sans aboutir, il me semble, à une conclusion ferme. Dans la plus récente édition de son traité (*Economic Analysis of Law*, Wolters-Kluwer, 2007, 7e éd., pp. 10-15), Posner admet qu'il y a des questions auxquelles l'analyse économique n'apporte pas de réponse en apparence satisfaisante. L'idée de maximiser le bien-être tel que mesuré par la volonté de payer, que Posner avait proposé dans les débats et maintient dans la 7e éd. de son traité, donne souvent des résultats convaincants, mais laisse aussi des trous, comme d'autres variantes d'utilitarisme. Sait-on cependant mieux expliciter l'intuition du juriste par d'autres voies ?

Je suis frappé par la coïncidence fréquente entre le raisonnement du juriste et celui proposé par l'économiste, entre l'intuition de justice et la particularisation de l'idée de maximiser le bien-être, domaine par domaine. Souvent, il me semble que le fait de préciser les conséquences prévisibles d'une politique juridique suffit pour donner prise au jugement intuitif que veut porter le juriste sur celle-ci – l'AED comme "impact calculus". Dans cet emploi, on évite le débat sur un fondement normatif global de l'AED. Éventuellement on s'appuie sur une valeur "locale" assez généralement admise dans un

On ne peut sans doute pas détacher la position d'Ejan Mackaay, même encore ouverte à la discussion, du but qu'il assigne à l'analyse économique de retrouver la "mission traditionnelle de la doctrine juridique". Or, qu'est-ce que cette "mission traditionnelle" dans les pays de droit civil sinon celle de restituer à travers la recherche de sa cohérence, les fondements du droit et sa légitimité politique, ce qui fait, en tous cas, participer la doctrine à l'entreprise juridique elle-même ? Le livre ne peut donc certainement pas être lu dans le prolongement de la "sociological jurisprudence" et du "réalisme juridique" pourtant souvent associés au succès de la réception dans les facultés de droit aux États-Unis de l'analyse économique. L'héritage du "réalisme juridique" est formellement refusé par Ejan Mackaay (voir *Analyse économique du droit*, n° 2156). Ejan Mackaay justifie d'ailleurs en partie l'intérêt de l'analyse économique du droit en pays de droit civil par sa proximité avec les intuitions, les expériences et les solutions des civilistes. Elle permettrait de d'expliquer et de conforter leurs fondements moraux.

Il faut donc attirer l'attention sur ce qui dans l'œuvre qui nous a réunis apparaîtra comme l'essentiel : la première systématisation du droit civil et du droit privé des pays de droit civil du point de vue de l'économie du droit par un auteur francophone et civiliste. La réalisation est superbe et il appartient ainsi aux civilistes d'apprécier ce que les concepts et les démarches proposées par Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau apportent à leur doctrine ou à leur conception de la science du droit civil.

Le dialogue s'est noué et on lira dans ce cahier les réponses directes qui ont été faites à Ejan Mackaay par Christian Atias, Emmanuel Putman et Frédéric Rouvière. Le dialogue s'est noué aussi de façon plus indirecte dans la mesure où ce sont aussi, avec celle d'Ejan Mackaay, d'autres démarches proches ou plus étrangères à la sienne qui ont été également examinées par Éric Millard, Marc Deschamps et Frédéric Marty, comme par Jean-Louis Bergel, Arnaud Raynouard, Jean-Yves Chérot et Otto Pfersmann.

Le lecteur ne pourra pas malheureusement avoir accès aux réponses qui ont été faites par Ejan Mackaay. Elles n'ont pas pu être retranscrites. Espérons donc que ce sera un motif de reprendre avec lui, à partir de ces textes ou d'autres, le dialogue engagé. Nous voudrions encore lui dire que son attention amicale aux observations, la profondeur de ses réponses et son empathie resteront profondément liées au très bon souvenir de cette journée d'études.

domaine. Il me semble par ailleurs que l'apport de l'AED se situe plus dans des analyses spécifiques d'institutions que dans les grandes théories sur la nature du droit. Jon Elster fait une observation semblable au sujet de la théorie du choix rationnel (Elster, Jon, *Le désintéressement : Traité critique de l'homme économique*, Tome 1 Paris, Seuil, 2009, p. 11).

Je suis tenté de vous proposer de laisser mon texte en l'état – les lecteurs constateront que je n'ai pas de réponse à votre interrogation, qui me paraît pourtant légitime, et jugeront sur ce qu'ils lisent dans le livre. Certains verront plus loin que nous et pourront faire avancer le débat sur la question."