

Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit », in *Structure, système, champ et théories du sujet*, dir. T. Andréani et M. Rosen, Paris, L'Harmattan, 1997, pp. 127-146.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman —
<https://benoitfrydman.com/fr/chapter/1997-le-calcul-rationnel-des-droits-sur-le-marche-de-la-justice>

Benoit Frydman

L'analyse économique du droit est née aux Etats-Unis où elle a été popularisée à partir des années soixante, avec un succès croissant, sous le nom générique de *Law & Economics*. En important dans le domaine juridique les concepts de base de la théorie économique néoclassique, certains de ses instruments de calcul, comme la théorie des jeux, et de ses critères d'évaluation, comme les notions d'efficacité ou d'allocation optimale des ressources, ce mouvement ne se contente pas d'expliquer ni même de réduire les phénomènes juridiques en termes économiques. Il propose en outre, à l'intention des législateurs et des juges, une méthode de calcul pour décider des règles et rendre la justice. La large audience des thèses économistes, tant sur le plan théorique que sur le terrain des pratiques quotidiennes, permet de mesurer l'impact de l'individualisme méthodologique et des théories du choix rationnel sur le droit contemporain.

Cet article montre, au départ d'illustrations concrètes tirées de la pratique américaine actuelle, comment fonctionnent les thèses du courant *Law & Economics*, à quatre niveaux distincts : le marchandage des droits et des obligations dans les transactions privées (§ 2), la mission régulatrice des juges (§ 3), le marché législatif et ses dysfonctionnements (§ 4), et enfin, la solution des problèmes moraux (§ 5). Ces études de cas sont précédées d'un résumé des origines du mouvement dans la pensée et la pratique juridiques américaines (§ 1) et conclues par une brève analyse critique du fonctionnement idéologique du discours économiste (§ 6), autour de la philosophie de John Rawls, à l'aide de concepts empruntés à Althusser.

1. Les origines du mouvement.— Les débuts de l'analyse économique du droit remontent à la fin du XIX^e siècle, à l'époque du vote aux Etats-Unis des premières dispositions anti-trust. La législation économique allait ensuite connaître un essor spectaculaire, en particulier avec le lourd dispositif du *New Deal* dans les années 30, dont une grande partie devait être plusieurs fois démembré, au nom du contrôle de constitutionnalité, par la Cour Suprême des Etats-Unis, alors dans sa majorité hostile à la politique de Roosevelt. Cette mission confiée au droit de régulation, voire de correction, des mécanismes de l'économie de marché, suscita un premier rapprochement interdisciplinaire, les légistes étant contraints de recourir à des concepts économiques (le marché, la libre concurrence, le monopole, etc.) tandis que les économistes commençaient d'étudier l'incidence des dispositions légales nouvelles. Pendant plusieurs décennies, l'analyse économique du droit est restée cantonnée au domaine nettement circonscrit du droit de la concurrence. Après la seconde guerre mondiale, les juges ont commencé à utiliser des paramètres économiques pour mettre au point de nouvelles règles de droit patrimonial, notamment en matière contractuelle (*contracts*) et de responsabilité pour faute (*torts*). Puis, sous l'influence de la doctrine, à partir des années soixante, l'analyse

Le calcul rationnel des droits sur le marché de la j...

économique a étendu son empire à toutes les branches du droit, y compris le droit constitutionnel, pénal, familial ou même le droit de l'environnement, et s'est constituée en véritable école de pensée. Son chef de file actuel, Richard Posner, à la fois juge à la cour d'appel fédérale du 7th Circuit et professeur associé à l'université de Chicago, lui a donné pour manifeste un véritable traité d'économisme juridique, *Economic Analysis of Law* (4^{ème} éd., 1992), très étudié dans les facultés de droit outre-Atlantique. Le mouvement entretient des liens avec l'école économique de Chicago et, sur le plan politique, avec la « révolution conservatrice »¹.

Du point de vue théorique, l'école de l'analyse économique descend du mouvement réaliste, qui a marqué de son empreinte toute la philosophie du droit américaine de ce siècle. Tous les courants actuels s'y rattachent directement ou indirectement. Le terme « réalisme » ne doit pas ici être entendu dans son acception technique mais plutôt dans le sens courant de « pragmatisme ». Le mouvement réaliste s'inspire d'ailleurs de la philosophie pragmatiste de Peirce, James et Dewey. Il étudie le droit non tel qu'il devrait être mais tel qu'il est réellement perceptible dans l'expérience, c'est-à-dire en tant qu'il produit des effets et donc tel qu'il est mis en oeuvre effectivement. « La prédiction de ce que les juges feront et rien de plus prétentieux² », voilà comment Justice Holmes (1920 : 173), le chef de file du mouvement, définit le droit. Les réalistes distinguent les règles de papier (*paper rules*), parmi lesquelles ils rangent notamment la loi écrite (*statute*), des règles réelles (*real rules*) qu'enseignent seulement l'observation de la pratique factuelle du droit. Or celle-ci apprend aux réalistes que la justice est le théâtre d'une lutte incessante d'intérêts opposés et de forces antagonistes.

Sur la base de ce constat, deux programmes de recherches très différents se mettent en place, qui vont occuper la plus grande partie de la théorie juridique américaine (*jurisprudence*) contemporaine. Le premier, plutôt critique, pratique ce que Paul Ricoeur a appelé, dans un autre contexte, « l'herméneutique du soupçon ». Il cherche à percer à jour, sous les motivations officielles des lois et des jugements, leurs causes déterminantes, à définir les intérêts en jeu et à peser les rapports de force. La recherche des déterminismes psychologiques, économiques et sociaux des règles de droit culminera à partir des années soixante dans le courant contestataire, d'inspiration assez vaguement marxiste, des « *Critical Legal Studies* », qui dénoncent à travers l'institution de la justice américaine, la domination violente

1. Il existe également une analyse économique de type critique, telle que la pratique notamment Morton Horwitz (*infra* § 3), qui se rattache davantage aux *Critical Legal Studies* mais demeure minoritaire au sein de *Law & Economics*.

2. « *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law* ».

Benoit Frydman

des W.A.S.P. mâles et bourgeois. Ce courant critique a, depuis quelques années, rejoint le déconstructionnisme derridien.

Roscoe Pound, collègue de Holmes à Harvard, conduira un second courant, davantage « idéaliste », connu sous le nom de *Sociological Jurisprudence*. Partant du constat identique de la lutte sociale permanente, l'école sociologique fait confiance au droit, notamment au législateur mais surtout au juge, pour arbitrer entre les intérêts concurrents, d'une manière scientifique, c'est-à-dire en gros d'après un classement de ces intérêts sur une échelle de valeurs préétablie, afin de promouvoir le mouvement paisible, dans l'équilibre restauré, vers le progrès économique et social³. Cette gestion judiciaire et scientifique du social doit beaucoup à la philosophie utilitariste.

Le mouvement Law & Economics est en quelque sorte le fils bâtard de ces deux courants critique et sociologique, et donc le double petit-fils du réalisme. Il se rattache en premier lieu au programme critique dans la mesure où il rend compte des phénomènes juridiques en termes de variables économiques, scrutant les déterminismes économiques du droit dans la perspective d'une réduction en dernière instance du droit à l'économie. Mais, cette approche descriptive glisse insensiblement, comme nous le verrons bientôt, vers un discours qui prétend non plus simplement décrire et analyser mais encore prescrire, en calculant, à l'intention du législateur et du juge, les normes juridiques optimales dans telle situation problématique ou conflictuelle. Le droit n'est plus alors seulement un produit de l'économie; il devient l'utile instrument de sa régulation. Le marché et ses exigences (allocation optimale des ressources, maximisation des richesses), plus qu'un simple instrument d'analyse, représente un critère, une valeur, un modèle, une référence, bref une norme, qui permet de dire le droit, de rendre la justice, de mesurer et de juger les comportements des uns et des autres et de les corriger si nécessaire. Le mouvement, dans sa tendance majoritaire, récuse d'ailleurs expressément la dichotomie imposée par Hume de l'être et du devoir-être et développe ce qu'on pourrait appeler un « naturalisme de marché »⁴. Ainsi, pour Coleman et Lange (1992,2 : xxi), « ceux qui prétendent que l'efficacité économique fournit la meilleure explication d'un ordre juridique sont contraints d'y voir un idéal moral attirant, suffisamment attirant du moins pour que sa mise en oeuvre justifie le recours à l'autorité politique. Donc, la distinction pure et dure entre prédiction et prescription, entre une analyse économique du droit descriptive et normative ne peut être soutenue⁵ ».

3. Pour un exemple d'un tel classement, voyez Pound (1921).

4. On ne saurait s'exagérer l'importance dans la philosophie du droit anglo-américaine de la loi de Hume aux termes de laquelle d'un *est* on ne peut déduire un *doit*. La violation de ce dogme est communément qualifiée de « *naturalistic fallacy* ».

5. "Those who would claim that economic efficiency provides the best explanation of a body of law are committed to the view that economic efficiency is an attractive moral ideal,

Le calcul rationnel des droits sur le marché de la j...

2. Le marchandage des droits.- L'analyse économique du droit porte une attention toute particulière aux transactions juridiques entre particuliers. Elle étudie, sur la base de la théorie du contrat, comment se déterminent et s'échangent de commun accord entre les acteurs les différents droits et obligations et tente de modéliser, à des fins de prévision, le déroulement et les modalités de ces transactions. Ces transactions sont systématiquement qualifiées de « marchandage » (*bargaining*).

On peut, en première approche, aborder le modèle du marchandage par un cas d'école. Imaginons une contestation entre Smith et Johnson relative à la propriété d'un terrain sur lequel ils prétendent tous deux avoir des droits. Ce terrain jouxte l'industrie de Johnson, qui projette d'y étendre son activité, alors que Smith souhaite y bâtir sa nouvelle habitation. Les deux protagonistes consultent chacun leur avocat qui leur font la même réponse : la question est judiciairement inédite et donc incertaine. Les chances de gagner ou de perdre le procès s'équivalent. Les frais de la procédure, en particulier les honoraires des conseils, sont estimés pour chacun à 500.000 Francs. Comment l'analyse économiste appréhende-t-elle cette situation conflictuelle et potentiellement litigieuse ?

La première étape du raisonnement consiste à valoriser le bien dans le patrimoine de Smith et Johnson en fonction de l'utilité qu'ils espèrent en retirer. Cette utilité se mesure par le prix serait prêt raisonnablement à payer pour acquérir le terrain⁶. Pour Smith, il suffit de multiplier le prix du mètre carré à bâtir dans le quartier par la surface du lot. Pour Johnson, il faut tenir compte plus spécifiquement du profit marginal généré par l'expansion de son exploitation. Admettons que l'utilité du bien soit estimée à 2 millions pour le privé Smith et à 3 millions pour l'industriel Johnson. On peut à présent calculer la valeur actuelle des droits de propriété litigieux de chacun en rapportant leur valeur utile à la probabilité de gain du procès, soit ici 50%. Le droit vaut donc actuellement 1 million dans le patrimoine de Smith et 1,5 million dans celui de Johnson, sommes qu'il faut réduire de 500.000 pour couvrir les frais de procédure, par hypothèse incompressibles, ce qui donne des valeurs nettes respectives de 500.000 et 1.000.000. Ces données établies, on peut prévoir le comportement de Smith et Johnson sur base de la théorie du choix rationnel, qui conduit chacun à adopter la position maximisant le profit à retirer de l'affaire. La situation peut être formalisée par le recours à une forme rudimentaire

sufficiently attractive to justify the use of political authority in implementing it. Thus, the hard and fast distinction between prediction and prescription, between positive and normative law and economics, cannot be sustained" (Coleman & Lange, 1992, v. 2 : xxi; notre traduction). - Dans le même sens, Posner (1979 : 107 et 1992 : 23 sq.). - Pour une analyse de la question : Dworkin (1980 : 219).

6. Sur la mesure de la valeur par l'utilité : Posner (1979 : 119 sq.).

Benoit Frydman

de théorie des jeux. Voici une extrapolation des résultats d'une telle modélisation :

1) Si on admet, pour la facilité de l'exposé, que le coût d'une transaction amiable est nul ou quasi nul⁷, il apparaît de manière évidente que les parties ont intérêt à négocier afin d'éviter un procès qui coûterait à chacune d'elle, quoiqu'il se passe, 500.000. La première étape du calcul vise donc à faire tendre le coût des opérations d'échange vers 0, ce qui conduit à privilégier la solution contractuelle.

2) Mais, à partir de quand la solution négociée sera-t-elle rentable? Rationnellement, en bon gestionnaire de patrimoine, dès lors qu'elle procure à l'agent une somme égale ou supérieure à la valeur actuelle de son droit, soit 500.000 pour Smith et 1.000.000 pour Johnson selon nos calculs. Dès ce niveau, ils réalisent un droit litigieux peu liquide au-dessus de sa valeur actuelle et génèrent un profit immédiat et sans risque.

3) En admettant que le bien n'est pas utilement divisible, on peut à présent déterminer à qui il doit être attribué (ce qui constituait notre problème de départ). Considérons pour ce faire les deux cas de figure possibles. Si le terrain est remis à Smith, il gagnera ainsi 2 millions mais il lui faudra compenser la renonciation par Johnson à son droit prétendu, normalement par le versement d'une indemnité, d'au minimum 1 million, nécessaire pour obtenir son accord à la transaction. Si, à l'inverse, le terrain est logé dans le patrimoine de Johnson, il lui faudra également indemniser Smith mais le bien vaut cette fois 3 millions dans son chef. En d'autres termes, la valeur à se partager est dans la première hypothèse de 2 millions, dans la seconde de 3 millions. Il est donc a priori de l'intérêt des deux parties d'attribuer le bien à Johnson. Cette solution réalise « l'allocation optimale » de la ressource terrain puisque le bien est logé dans le patrimoine le plus à même de la valoriser sur le plan économique. Cette solution est encore dite efficace selon le critère de *Kaldor-Hicks* puisque le bénéfice qu'elle procure à Johnson lui permet de couvrir plus que la perte supportée par Smith et ceci qu'une indemnisation soit effectivement payée ou non⁸.

4) Pour le surplus, le marchandage portera sur le montant exact de l'indemnité à verser à Smith par Johnson. Il s'agit, en d'autres termes, de déterminer comment Johnson va partager avec Smith le surcroît de valeur qui résulte pour lui de l'acquisition du terrain convoité.

Le cas *Smith v. Johnson* nous permet déjà de broser à grands traits les caractéristiques du modèle marchand de Law & Economics : 1°

7. On néglige donc ici les frais de mutation immobilière.

8. Sur ce standard d'efficacité, voyez Coleman (1980 : 518-520) et Posner (1992 : 13-14).

Le calcul rationnel des droits sur le marché de la j...

la solution négociée prévaut en règle sur le recours judiciaire conçu comme un cas limite, marginal, coûteux et aléatoire ; 2° les droits subjectifs sont strictement identifiés à des biens économiques, réduits à leur utilité et valorisés au prix que les agents économiques seraient prêts à payer pour les acquérir ; 3° le modèle suppose l'anthropologie connue de l'*homo oeconomicus* : chaque sujet de droit, mû par le souci exclusif de maximiser sa richesse, agit de manière purement rationnelle en adoptant un comportement dit prudent soit d'aversion au risque⁹ ; 4° enfin, la négociation des droits et des obligations conduit de manière aussi naturelle que logiquement nécessaire à l'allocation optimale des ressources économiques.

Les tenants de l'analyse économique appliquent ce modèle marchand non seulement aux transactions commerciales mais encore de manière générale à toutes les situations, même extra-patrimoniales, où des préférences mesurables sont en jeu c'est-à-dire en réalité, en vertu des prémisses mêmes du modèle, dans toutes les situations litigieuses¹⁰. Le concept de "*bargaining*" est systématiquement mis en avant dans la gestion des relations collectives entre employeurs et travailleurs. Mais on y recourt également, de manière plus surprenante, pour l'analyse des conventions de divorce entre époux, sur tous les paramètres, y compris la garde des enfants¹¹. De même, on qualifie de « *plea bargaining* » les transactions qui se déroulent dans le bureau du District Attorney pour convaincre le prévenu de plaider coupable, moyennant une incrimination potentiellement moins pénalisante afin d'éviter les charges et les incertitudes liées à la convocation d'un jury et à la tenue d'un procès en bonne et due forme. Le prévenu est lui-même incité à ne pas courir le risque du procès en raison du coût prohibitif que représenterait les honoraires d'un « bon » avocat¹². Dans la mesure où le modèle du marchandage est censé conduire à l'allocation optimale des ressources, il est mobilisé par les partisans de l'analyse économique à l'encontre de l'intervention régulatrice de l'état dans la vie économique et sociale. Le théorème de Coase (1960), qui conteste l'utilité des interventions réglementaires dans le domaine des troubles de voisinage, de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, en offre une illustration classique. Selon ses termes, quelle que soit la répartition des droits de propriété sur les parcelles d'une zone X, si on suppose que le coût social des transactions tend vers 0 et à la condition qu'il n'y ait pas une disparité trop grande de ressources entre les pro-

9. Sur ce dernier point en particulier, Posner (1992 : 3 et 13).

10. Cooter et Marks (1982) proposent un modèle général de marchandage juridique.

11. Mnookin et Kornhauser (1979) ont proposé un modèle spécifique aux conventions de divorce.

12. Le *plea bargaining*, par lequel se règle l'essentiel des affaires criminelles quotidiennes, pose donc le problème d'une justice de classe, qui ne garantit pas également le droit constitutionnel fondamental du « *due process of law* ». - Pour un survol des études économiques en droit pénal aux États-Unis, voyez Klevorick, « On the Economic Theory of Crime ».

Benoit Frydman

priétaires initiaux (il s'agit d'une précaution récurrente dans toutes les analyses économistes mais purement rhétorique car on ne considère jamais les cas, pourtant les plus fréquents, d'inégalité de ressources), les transactions consenties librement vont tendre nécessairement à l'occupation optimale des sols, au meilleur des intérêts de chacun. Concrètement, si on prend une parcelle mixte occupée à la fois par des habitations privées et des industries, soit l'industrie va racheter les résidences pour les affecter à son activité et ainsi indemniser les résidents qui vont pouvoir se procurer un nouveau logement ; soit, si la zone d'habitation est très prisée, le prix du terrain à bâtir va contraindre l'industrie à déménager et faire cesser par là même les nuisances. La question se résume à calculer combien les industries sont prêtes à payer pour continuer à produire et combien les résidents sont prêts à payer pour un air pur. La parcelle va au plus offrant. On retrouve ici exactement les termes du cas *Smith v. Johnson*.

3. La mission régulatrice des juges.— Dans ce système libéral et marchand, les juges ne peuvent occuper qu'une position marginale. D'après l'analyse économique, les décisions et les règles procédurales du *judge made law* (droit jurisprudentiel) se bornent en définitive à encourager les agents à adopter un comportement efficace dans les interactions sociales, pour le plus grand bien de la croissance économique (Posner 1992 : 251 sq.). Leur fonction primaire est d'engager les agents à canaliser leurs transactions par le marché. Les principes fondamentaux qui protègent la propriété et sanctionnent le vol n'ont d'ailleurs pas d'autre but que d'inciter ceux qui souhaitent acquérir des biens à recourir à des contrats d'achat-vente ou d'échange plutôt qu'à des voies de fait. La jurisprudence exerce en outre une mission de régulation en adaptant les règles du marché aux exigences économiques de l'heure. Dans *The transformation of American Law (1780-1860)*, Morton Horwitz (1977) montre comment la common law américaine s'est émancipée de ses origines anglaises et a promu le développement économique industriel des anciennes colonies au moyen d'une véritable politique judiciaire. Cette politique, favorable à l'activité entrepreneuriale, tendait à subsidier la croissance en exonérant partiellement l'industrie des coûts de son développement; en d'autres termes, en faisant supporter ce coût par d'autres, en particulier par les travailleurs salariés et les consommateurs. Horwitz mentionne entre autres la jurisprudence sur les accidents de travail qui exigeait du travailleur, pour engager la responsabilité de son employeur et obtenir de lui des dommages-intérêts, la preuve, en pratique très délicate, d'une faute de celui-ci. De même, il souligne la différence juridique de traitement des travailleurs salariés et des travailleurs indépendants engagés dans les liens de contrats à durée déterminée. Ces contrats, généralement annuels, pouvaient prévoir le paiement intégral du salaire ou du prix convenus à l'expiration de la période. En cas de résiliation unilatérale sans faute du contrat par l'ouvrier salarié en cours de période, les juges décident que rien n'est

Le calcul rationnel des droits sur le marché de la j...

dû par l'employeur, alors que celui-ci est régulièrement condamné à payer le constructeur indépendant pour l'ouvrage déjà réalisé.

Outre ces missions de régulation et de police des marchés, le juge encourage subsidiairement les comportements efficaces, en l'absence de marché effectif, en « mimant » les effets d'un marché hypothétique dont il sera en quelque sorte la main invisible (Posner 1992 : 252). Le régime de la responsabilité pour négligence en donne une application désormais classique. On est responsable du dommage causé à autrui lorsque celui-ci est la conséquence d'une faute imputable. Cette faute peut consister en une action positive mais aussi en une simple omission, la négligence à prendre une précaution dont la nécessité s'imposait au jugement d'un « bon père de famille » et qui aurait permis d'éviter le préjudice. La difficulté tient à la mesure du niveau de précaution exigé. Cette question relève en droit anglo-américain de la matière des "*torts*", du ressort de la common law et donc des juges. Elle a été tranchée en 1947 par la formule du célèbre juge Hand, toujours d'application à ce jour. Selon Learned Hand¹³, une personne est responsable du dommage causé à autrui et qui aurait pu être évité par une certaine précaution, chaque fois que le coût théorique de ladite précaution s'avère inférieur au montant du dommage supporté par la victime multiplié par la probabilité de l'accident, c'est-à-dire le risque. Cette formule, dont le calcul rappelle celui d'une prime d'assurance, a pour effet d'obliger les acteurs économiques et sociaux à tenir compte, dans le calcul rationnel de leur comportement efficace, des intérêts d'autrui qui, sans l'artifice jurisprudentiel, les laisseraient complètement indifférents, et ce dans l'intérêt général. La formule de Hand contraint en effet l'agent économique à appliquer de manière stratégique le critère d'efficacité de Kaldor-Hicks : le gain consécutif à l'absence de précaution est légitime s'il compense théoriquement plus que le risque de perte pour autrui. Exprimé sous une autre forme encore, la formule de Hand contraint l'agent à internaliser dans ses coûts de production le dommage qui résulte pour autrui de l'exercice de son activité. Elle contraint mécaniquement et par anticipation les agents à s'élever au point de vue du spectateur impartial.

On peut observer nettement ici le glissement, déjà évoqué, du concept d'efficacité économique, depuis le statut d'instrument d'analyse de l'histoire de la common law vers celui de norme de décision s'imposant au juge pour trancher les cas difficiles (*hard cases*). Pour revenir au cas *Smith v. Johnson*, si la théorie du choix rationnel conduit à l'allocation optimale des ressources, le juge éventuellement saisi de l'affaire, en cas d'échec de la négociation, fera bien d'appliquer le même critère de décision qu'imposait la négociation privée, modélisée par le recours à la théorie des jeux. Toute autre décision s'exposerait d'ailleurs à être remise en cause, par les parties elles-

13. *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169, 173 (2nd Cir. 1947).

Benoit Frydman

mêmes, lors d'une nouvelle négociation intervenant après le procès dans le but de rétablir une situation optimale (Dworkin 1980 : 193-194 commentant Coase).

4. Les dysfonctionnements du marché législatif.— L'analyse économique s'intéresse encore à l'activité législative (*law making process*), à qui elle applique également le modèle marchand. Selon la *Public Choice Theory*, la loi votée par le Congrès est la résultante d'un marchandage à l'échelle nationale à l'occasion duquel les groupes d'intérêts et de pression organisés se répartissent, par l'intermédiaire des parlementaires qui les représentent, les bénéfices et les charges de la vie publique, soit non seulement les subventions et les impôts mais aussi les différentes réglementations qui modifient dans un sens ou un autre la position de telle ou telle catégorie socioprofessionnelle sur le marché. De l'avis général cependant, le marché législatif fonctionne mal, provoque des distorsions et demanderait, pour certains, à être lui-même régulé par les juges.

La loi sur la conservation de l'environnement en Alaska (*Alaska National Interest Lands Conservation Act*, 1980) livre un bon exemple de ces dysfonctionnements. Lors de la discussion du texte au Sénat, les parlementaires votèrent un amendement de dernière minute, devenu l'article 1323(a) de la loi, qui fait obligation au secrétaire chargé de l'agriculture de « pourvoir les propriétaires des terres non fédérales d'un accès libre aux terres gérées par l'Office national des Forêts dans la mesure adéquate pour garantir au propriétaire l'usage et la jouissance raisonnable de son fonds¹⁴ ». Cette disposition réglait à la sauvette un problème de droit de passage qui remonte au XIX^e siècle. A cette époque, de nombreuses terres fédérales avaient été distribuées à des propriétaires privés en rémunération d'un service public, comme la construction d'une voie de chemin de fer. Dans certaines régions, non seulement en Alaska mais dans beaucoup d'états de l'union, les terres privées et celles qui sont demeurées fédérales se côtoient comme les cases d'un échiquier géant, chaque lot étant en outre généralement clôturé. Pendant une centaine d'années environ, les pouvoirs publics ont autorisé le passage sur les terres fédérales des exploitants privés, attendant que ceux-ci laissent, par mesure de réciprocité, libre accès sur leurs terres aux agents du gouvernement. Toutefois, en 1979, la cour suprême des Etats-Unis décida que l'état fédéral ne jouissait pas d'une servitude générale de passage sur les fonds privés¹⁵. Le *general attorney* interpréta cette décision comme interdisant le passage des propriétaires privés sur les terres fédérales. Le Congrès devait bientôt lui apporter un démenti cinglant en adoptant l'amendement cité, sous la pression du lobby des propriétaires privés. L'affaire ne

14. "(The Secretary) shall provide such access to nonfederally owned land with the boundaries of National Forest System as the Secretary deems adequate to secure to the owner the reasonable use and enjoyment thereof" (notre traduction).

15. *Leo Sheep Co. vs United States*, 440 U.S. 668 (1979), pp. 681-2.

Le calcul rationnel des droits sur le marché de la j...

s'arrête pas là car ces derniers vont tenter et d'ailleurs réussir à pousser leur avantage. Invoquant divers arguments de texte et surtout la déclaration d'intention du sénateur auteur du fameux amendement, les propriétaires vont plaider que cette disposition, qui leur garantit unilatéralement un droit de passage sur les terres fédérales, a une portée générale, c'est-à-dire que son champ d'application ne se limite pas à l'Alaska mais s'étend au contraire à l'ensemble du territoire des Etats-Unis. La cour d'appel fédérale du 9ème circuit leur donnera raison dans un arrêt de 1981, sur lequel la Cour Suprême n'a pas jugé utile d'exercer sa censure¹⁶.

D'après Eskridge (1988 : 326-330), cette disposition légale et l'imbricolage judiciaire-législatif dans lequel elle s'inscrit, illustre bien le mauvais fonctionnement du marché législatif, lequel conduit souvent, comme en l'espèce, à l'adoption de lois qualifiées de "*rent seeking*", qui procurent un bénéfice spécial à une minorité organisée, sans aucune contrepartie, et donc à la charge de la collectivité toute entière. En l'espèce, la réglementation vient perturber la situation acquise d'équilibre du « marché du passage ». Celle-ci se caractérisait par une situation de double monopole où, chacun ayant besoin de l'autre pour accéder sa terre, les propriétaires voisins public et privé étaient condamnés à s'entendre. La situation actuelle lèse la collectivité nationale, et plus précisément l'office des forêts, dont la mission est entravée et qui ne peut plus contrôler l'accès aux terres dont elle a pour mission d'assurer la conservation. La cour d'appel fédérale a rendu une mauvaise décision, de l'avis d'Eskridge, qui fait le jeu des lobbies de Washington. Elle aurait dû retenir une interprétation limitative de l'amendement, refusant d'en étendre l'application à tous les états et ainsi envoyer un signal clair aux groupes organisés du Congrès. On perçoit dans cette analyse, qui n'est pas isolée en doctrine, la tentation de confier au juge, par le biais de l'interprétation des lois, une mission de régulation du marché législatif, voire de correction des distorsions provoquées par son dysfonctionnement.

5. La morale de l'efficacité.- Enhardie par ses propres audaces et les succès qu'elle rencontre, l'école américaine de l'analyse économique du droit ne limite ses ambitions à l'étude et à la régulation de l'activité législative et jurisprudentielle dans tous les domaines du droit public et privé. Elle n'hésite pas à proposer ses services pour résoudre, par le calcul économique, les problèmes moraux et les grandes questions de société. Rejetant l'accusation de cynisme, Richard Posner (1979 : 123-4) défend la valeur éthique de l'efficacité économique, qu'il associe aux vertus protestantes traditionnelles à la base de la société américaine¹⁷. Posner propose de recourir à ce critère ultime pour

16. 655 F. 2d 951 (9th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 989 (1982).

17. Posner rejoint ainsi de manière inattendue les thèses de Weber sur les liens entre la société protestante et le développement du capitalisme.

Benoit Frydman

évaluer objectivement notamment la légitimité de la peine de mort, la recriminalisation de l'avortement, la protection légale de la vi^e privée ou l'interdiction du trafic d'organes.

Prenons le cas de la peine de mort. Pour *Law & Economics*, les sanctions pénales constituent autant d'incitants pour les agents à ne pas se livrer à des actes nuisibles au fonctionnement efficace du marché. L'opportunité de supprimer ou de maintenir, voire de restaurer la peine de mort doit être envisagée dans l'optique de l'optimalisation du rapport coût-bénéfice du traitement de la criminalité. Plus précisément, la peine de mort se justifie si le bénéfice qu'elle procure, en réduisant le coût de la criminalité, s'avère supérieur aux coûts relatifs générés par son application. Posner (1979 : 136-7) relève quatre types de coûts pertinents : (1) ceux des crimes que la crainte de la peine de mort a empêché de commettre mais qui n'auraient pas été prévenus par la perspective d'un châtement plus léger; (2) le coût pour le criminel de sa mort par rapport au coût de la peine de substitution qu'il purge, soit normalement l'emprisonnement à perpétuité; (3) le coût de la vi^e de l'innocent exécuté à tort par rapport au coût de son emprisonnement injuste jusqu'à la révision; (4) enfin, le coût relatif de l'administration de la peine de mort par rapport à celui de l'enfermement. La mesure de ces coûts n'est pas chose aisée, en particulier le calcul de la vi^e humaine et de l'effet dissuasif de la peine. Posner résout le premier en limitant la sanction de la peine de mort aux meurtres et en considérant que la vi^e du criminel vaut au moins celle de sa victime. Quant à l'effet dissuasif, il s'appuie sur des études qualifiées d'"empiriques", pour en reconnaître la réalité¹⁸. Les paramètres sont dès lors en place pour un calcul arithmétique que l'auteur laisse finalement ouvert. D'après le même critère, Posner (1979 : 137-9) estime, au nom de la nécessaire transparence des marchés, que la protection des personnes contre la divulgation d'informations relatives à leur vi^e privée n'est pas économiquement souhaitable. Il se prononce d'autre part en faveur de la libéralisation sur le plan international des transactions relatives aux organes humains afin de réguler celles-ci par la loi du marché. Il va jusqu'à admettre, tout en s'en déclarant troublé, qu'« une certaine forme de ségrégation [raciale] pourrait maximiser la richesse¹⁹ », notamment en accroissant la valeur d'un quartier ou d'un lieu de réunion (Posner 1979 : 134).

De manière plus générale, le « naturalisme de marché » prôné par *Law & Economics* porte en lui une morale conformiste. Ce constat n'a rien de surprenant; il s'inscrit dans une logique imparable. Comme l'a montré Louis Althusser (1995-2 : 268-284), dans un passage lumineux du cinquième cours de philosophie pour scientifiques, le

18. Posner (1979 : 137 et note 95) se réfère à deux études d'Isaac Ehrlich dont « The Deterrent Effect of Capital Punishment : A Question of Life and Death », 65 *Am. Econ. Rev.*, 397 (1975).

19. « In these circumstances some form of segregation would be wealth maximizing »

Le calcul rationnel des droits sur le marché de la j...

positivisme, comme tout empirisme, conduit de manière nécessaire à une position conservatrice dans le domaine moral. Parce qu'il conçoit la vérité comme contenue toute entière dans les faits, le positivisme réduit la connaissance aux lois générales induites de l'observation des faits. Transposée au domaine social, cette conception fait de la loi une moyenne, à la limite une moyenne statistique, une norme. Les exceptions constatées sont stigmatisées comme pathologiques au nom d'une normalité, proposée et bientôt imposée comme idéal moral. Dans l'analyse économique du droit, le marché prend en charge le calcul de la moyenne et sa transformation en norme, que les juges n'ont plus qu'à transformer en obligation juridique. Les cas *Reed v. King* (1983)²⁰ et *Stambovsky v. Ackley* (1991)²¹ illustrent bien ce processus. Dans ces deux affaires à peu près semblables, les demandeurs exigeaient la résolution de la vente d'une maison pour manquement du vendeur à son obligation de révéler à l'acheteur toute information pertinente relative au bien. Dans *Reed*, le vendeur avait omis d'indiquer que la maison avait été le théâtre d'un meurtre en série dix années auparavant. Dans *Stambovsky*, le vendeur n'avait pas mentionné que, de notoriété publique, les lieux étaient hantés par des fantômes. Dans l'un et l'autre cas, le juge a admis le caractère pertinent de l'information (*materiality of information*) et résolu la vente aux torts du vendeur. L'argument des défenseurs, selon lequel aucune personne rationnelle ne croit aux revenants et n'accorde donc d'importance déterminante à de tels éléments, est rejeté au motif que les cours admettent le caractère subjectif de la valeur et, pourrait-on ajouter, que sur le marché le prix des maisons dites hantées est inférieur à celui des maisons « saines »²². Le truchement du marché permet ainsi d'élever au rang de rationnel et d'accorder par suite une protection juridique à tout comportement moyen, normal ou simplement répandu.

6. Le calcul de la justice selon Rawls.- Au delà de cette morale quotidienne, le modèle marchand exerce une forte emprise sur la philosophie du droit, influençant jusqu'au cadre de pensée de ses adversaires déclarés. On peut s'en convaincre en considérant le point de d'ancrage de la célèbre *Théorie de la justice* (1987) de John Rawls, qui se présente pourtant ouvertement comme antiutilitariste et d'inspiration kantienne. La société juste de Rawls repose sur deux principes, retrouvés à l'issue d'une négociation hypothétique, qui reproduit par jeu les conditions d'une situation originaire spécifique. La discussion se déroule « sous le voile de l'ignorance », chacun des partenaires ignorant la position qu'il occupera dans la société future, de même que ses talents et facultés, et même ses préférences quant au choix d'une forme de vie. Dans ce contexte très particulier, les parties

20. 145 Cal. App. 3d 261, 193 Cal. Rptr. 130 (1983).

21. 169 A.D. 2d 254, 572 N.Y.S. 2d 672 (1991).

22. Lisez aussi l'analyse de ces deux cas par Posner (1992 : 263).

Benoit Frydman

s'accordent d'abord sur une règle d'argumentation, le *maximin*, qui donne la préférence à la solution qui maximisera la position de la partie la plus mal lotie. Compte tenu de l'importance de l'enjeu, les parties jouent la prudence, chacun s'imaginant qu'il reviendra à son pire ennemi de déterminer sa position sur l'échiquier social (Rawls 1987 : 184-5). Munis de ce critère, les négociateurs sont conduits à s'accorder unanimement d'une part sur le principe d'égalité de liberté, d'autre part sur le principe de différence. Le premier reconnaît les droits inaliénables de chacun aux libertés fondamentales (Rawls 1987 : 91 sq.). Le second admet la légitimité des inégalités sociales, en tant qu'elles stimulent la production de richesses, mais uniquement dans la mesure où l'inégalité profite aux plus défavorisés (Rawls 1987 : 106-9).

La situation originale, inspirée de la théorie des jeux et de l'individualisme méthodologique, en partage les prémisses. Les participants à la discussion, rationnels, prudents et désincarnés, sont réduits à l'anonymat de purs acteurs économiques, qui cherchent à se répartir les biens et les charges de la vie en société pour leur plus grand profit²³. Le voile de l'ignorance assume ici une double fonction, d'aliénation d'abord, en séparant l'individu de son monde vécu et de ses choix de vie, d'universalisation ensuite, en le contraignant à abandonner sa perspective égocentrique et partielle pour s'élever à la considération de l'utilité globale. Dans ses résultats, le modèle de Rawls ne s'éloigne en fin de compte que marginalement du modèle marchand. Comme lui, il admet les libertés de base et l'inégalité de richesses, nécessaires au fonctionnement du marché. Mais, tempérant dans un sens « social » le primat de l'efficacité, il adopte une version aménagée du critère de Pareto : une distribution de richesses est supérieure à une autre si et seulement si l'enrichissement des uns, non seulement ne se produit pas au détriment de l'appauvrissement d'un autre quelconque (critère de Pareto-supériorité), mais encore s'accompagne de l'amélioration de la situation des moins nantis (principe de différence). Dans *Political Liberalism* (1993), Rawls maintient, bien qu'amendée et largement complétée en aval, le stade premier de la négociation sous le voile d'ignorance.

Rawls nous donne, malgré lui, une description remarquable du fonctionnement idéologique du discours économiste. Le modèle *recrute*, selon l'exacte expression d'Althusser (1995 : 226 et 1993 : 137-9), de l'*homo oeconomicus* : il interpelle d'emblée les individus en tant qu'acteurs économiques et les invite à se reconnaître dans cette image qu'il leur renvoie d'eux-mêmes²⁴. L'acteur économique a

23. Sur cette conception de la justice limitée à la répartition de richesses, voir Ricoeur (1995 : 82). - Sur la difficulté que pose l'identification des droits à des biens dans une conception déontologique de la justice : Habermas (1995 : 109-131).

24. Ce paragraphe tente une relecture de Rawls à la lumière des déjà anciennes mais toujours percutantes analyses d'Althusser sur le discours de l'idéologie. Ces réflexions, développées dans le célèbre « Idéologie et appareils idéologiques d'état » (1970), sont

Le calcul rationnel des droits sur le marché de la j...

pour autre nom le « sujet de droit » bien connu des juristes, l'homme raisonnable et prudent, normalement soucieux de ses intérêts et de ne pas nuire, sans utilité pour lui même, aux intérêts d'autrui²⁵. En outre, le voile d'ignorance, qui symbolise bien la fonction de méconnaissance-reconnaissance caractéristique de l'idéologie²⁶, permet de redoubler ce sujet empirique d'un sujet transcendantal, monologique, neutre, impartial, abstrait, dégagé des désirs et intérêts pathologiques, législateur rationnel, expression de la volonté unanime, qui assigne aux individus les règles de leur comportement²⁷. Il n'y a pas véritablement discussion entre les citoyens des principes de justice mais plutôt communion en un Sujet majuscule, qui indique à tout un chacun ce qui est à la fois juste pour tous et bien pour lui (dans le modèle marchand pur, ce statut de sujet transcendantal est directement incarné par le marché)²⁸. Comme l'illustrent tous les cas que nous avons examinés, si le sujet se conforme à ce modèle, sa conduite sera récompensée et protégée par le droit; s'il s'en écarte, le « mauvais sujet » sera sanctionné et appelé à l'ordre de son rôle.

Au terme de cette étude, le discours de l'école américaine de l'analyse économique du droit apparaît à la fois rudimentaire et redoutablement efficace. Doté d'un appareil conceptuel simpliste, limité à quelques emprunts à la théorie économique néoclassique la plus élémentaire, et d'une conception béate du libéralisme héritée en droite ligne du 19^{ème} siècle, *Law & Economics* fournit à l'intention des juristes une grille d'explication et une règle d'action simples et claires, dont on a pu voir qu'elles sont bien intégrées par la pratique américaine à tous les niveaux. L'influence de l'économisme ne se limite pas cependant au territoire des Etats-Unis. Tant par nature que par sa forme, il a vocation à l'universalité²⁹. Il offre d'ailleurs une description

reprises et complétées dans les récentes publications posthumes, en particulier « Trois notes sur la théorie des discours » (1993) et *Sur la reproduction* (1995-1), textes éclairants auxquels on ne peut ici, faute de place, que renvoyer le lecteur, mais qui inspirent très directement notre court développement. Suivant la définition d'Althusser (1995-1 : 216) : « L'idéologie est une "représentation" imaginaire du rapport imaginaire des individus à leurs conditions réelles d'existence ».

25. Sur la récupération par l'idéologie capitaliste de la catégorie juridique de sujet de droit : Althusser (1995-1 : 223, note 113).

26. Sur cette fonction : Althusser (1995 : 224).

27. Pour une discussion récente de cette critique répétée : Habermas (1995 : 113) à qui répond Rawls (1995 : 140, note 14).

28. Sur le redoublement des sujets en un sujet transcendantal ou majuscule comme propre à la structure du discours idéologique ainsi que sur la notion de « concentration spéculaire » : Althusser (1995-1 : 231-3 et plus en détail 1993 : 131-135. Adde : « dans l'idéologie juridique, la relation spéculaire est celle du Sujet (la Justice) et des sujets (les hommes libres et égaux) » (1995-1 : 233).

29. « Le droit bourgeois est *universel*, pour une bonne et simple raison, c'est qu'en régime capitaliste le jeu des rapports de production est le jeu d'un droit marchand effectivement universel, puisqu'en régime capitaliste, *tous* les individus (majeurs etc.) sont sujets de droit et que *tout est marchandise* » (Althusser 1995-1 : 200, c'est A. qui souligne).

Benoit Frydman

plausible de nos systèmes juridiques contemporains. Et il n'est guère difficile de repérer sa marque dans les principes juridiques qui ont accompagné la réalisation du « marché unique » de l'union européenne et qui président désormais à la construction du nouvel ordre juridique qu'appelle la fameuse « mondialisation » de l'économie.

Bibliographie :

Althusser, L. (1995-1), *Sur la reproduction*, Paris, P.U.F., Actuel Marx. N.B. : Ce livre posthume constitue la première publication intégrale du manuscrit dont Althusser avait extrait les passages constitutifs de « Idéologie et appareils idéologiques d'état » (*La Pensée*, 1971 repris dans *Positions*, Paris, Editions sociales, 1976, pp. 67-125).

----- (1995-2), *Ecrits philosophiques*, Paris, Stock-Imec.

----- (1993), « Trois notes sur la théorie des discours, 1966 » in *Ecrits sur la psychanalyse*, Stock-Imec, republié dans le livre de poche (n° 4221), pp. 111-171.

Coase, R.H. (1960), « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law and Economics* III, pp. 1-44.

Coleman J. & Lange J., eds. (1992), *Law and Economics*, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth (2 vol.).

Coleman, J. (1980), « Efficiency, Utility and Wealth Maximization », 8 *Hofstra Law Review*, pp. 509-551.

Cooter R. & Marks S., with Mnookin R., (1982), « Bargaining in the Shadow of the Law : A Testable Model of Strategic Behavior », 11 *The Journal of Legal Studies*, pp. 225-251.

Dworkin, R. (1980), « Is wealth a value ? », 9 *The Journal of Legal Studies*, pp. 191-226.

Eskridge, W.N. Jr. (1988), « Politics Without Romance : Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation », 95 *Virginia Law Review* (1988), pp. 275-338.

Habermas, J. (1995), « Reconciliation Through the Public Use of Reason : Remarks on John Rawls's Political Liberalism », 92 *The Journal of Philosophy*, pp. 109-131.

Holmes, O.W. (1920), « The Path of the Law », 10 *Harvard Law Review*, 457, repris dans Holmes, *Collected Papers*, New-York, 167-202.

Horwitz, M. J. (1977), *The Transformation of American Law*, 1780-1860.

Le calcul rationnel des droits sur le marché de la j...

Klevorick, A.K., «On the Economic Theory of Crime» in J. R. Pennock and J.W. Chapman eds., *Criminal Justice : Nomos XXVII*, pp. 289-309.

Mnookin R. & Kornhauser L., (1979), « Bargaining in the Shadow of the Law : The Case of Divorce », *88 Yale Law Journal*, p. 950

Posner, R. (1992), *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Little Brown.

----- (1979), « Utilitarianism, Economics and Legal Theory », *8 The Journal of Legal Studies*, pp. 103-140.

Pound, R. (1921), « A Theory of Social Interests », *Papers and Proceedings of the American Sociological Society*, May, 1921, Vol. 15, p. 16, repris in J. Hall, *Readings in Jurisprudence*, Indianapolis, 1938.

Rawls, J. (1995), « Reply to Habermas », *92 The Journal of Philosophy*, pp. 132-180.

----- (1993), *Political Liberalism*, New-York, Columbia U.P..

----- (1987), *Théorie de la Justice*, trad. fr. Catherine Audard, Paris, Seuil.

Ricoeur, P. (1995), « Après *Théorie de la justice* de John Rawls », in *Le juste*, Paris, éd. Esprit, pp. 99-120.