

Droit et économie : un essai d'histoire analytique

Serge SCHWEITZER et Loïc FLOURY

Préface
Philippe BONFILS

Avant-propos
Pierre GARELLO

Postface
Virginie De BARNIER

**DROIT ET ÉCONOMIE :
UN ESSAI D'HISTOIRE ANALYTIQUE**

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a) d'une part que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

Serge SCHWEITZER et Loïc FLOURY

**DROIT ET ÉCONOMIE :
UN ESSAI D'HISTOIRE ANALYTIQUE**

Préface

Philippe BONFILS

Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille Université

Vice-Président de l'Association Française de Droit Pénal

Agrégé des Facultés de Droit

Avant-propos

Pierre GARELLO

Professeur à Aix-Marseille Université

Directeur de l'IES-Europe - Directeur de recherches de l'IREF

Agrégé des Facultés d'Économie

Postface

Virginie De BARNIER

Directeur de l'IAE Aix-Marseille, Aix-en-Provence

Chercheur au CERGAM EA 4225

Agrégée des Facultés de Gestion

PRÉFACE

Droit et économie... Je t'aime moi non plus... Ou l'anamour... Droit et économie c'est en effet une histoire d'amour contrariée, une relation compliquée... Sans doute, cette coexistence n'a pas toujours été pacifique, et ce couple s'est parfois nourri de ressentiments réciproques... Ces reproches, ces peurs, ces doutes sont connus, et, à l'occasion, trouvent encore quelquefois à s'exprimer, sous la plume ou dans la voix de nos collègues, juristes ou économistes... Pour autant, droit et économie peuvent coexister, et chacune de ces disciplines tirer profit de ces échanges... Comme le jazz et la java, droit et économie copains ça doit pouvoir se faire... Et c'est l'ambition de ce très bel ouvrage que de dissiper les malentendus qui polluent les relations entre ces deux disciplines.

D'ailleurs, droit et économie sont-ils si différents ? Ne s'agit-il pas, finalement, de deux visages d'une même réalité ? En effet, sous peine de faire preuve d'autisme, le droit et l'économie ne peuvent s'ignorer mutuellement. On ne peut, lorsqu'on est juriste, se dissimuler que le droit s'inscrit dans un contexte économique, et que les orientations juridiques ont nécessairement des conséquences économiques. Cela est vrai pour le droit des affaires (droit commercial, droit de la consommation, droit de la concurrence...), bien évidemment, mais aussi pour toutes ou presque les branches du droit..., comme le droit social, le droit civil, et même, pourquoi pas en droit pénal. Réciproquement, l'économiste ne peut se passer du droit, non seulement parce qu'il constitue l'environnement dans lequel il réfléchit et intervient, mais aussi parce que les décisions économiques requièrent généralement un habillage juridique.

De fait, la résolution d'un problème complexe nécessite de croiser les regards, et d'envisager la question sous toutes ses dimensions. Un exemple permettra, s'il en était besoin, de comprendre ce propos. Une grande entreprise doit-elle investir dans la protection juridique de ses innovations en recourant aux brevets ? Il s'offre à cette entreprise deux choix, radicalement différents. D'un côté, il peut être intéressant de breveter ses inventions, et de protéger, par le droit de la concurrence et le droit des brevets, ces innovations ; mais cela comporte un coût économique important, lié au frais de dépôts des brevets, et, surtout, aux procédures contentieuses qui, le cas échéant, seront nécessaires pour faire valoir ses droits, face aux concurrents... et s'y ajoutent, en outre, des coûts indirects comme la longueur des procédures judiciaires, leur complexité surtout si la dimension de l'entreprise est internationale, et la paralysie de l'entreprise qu'elles peuvent entraîner... D'un autre côté, il est parfois plus sage de ne pas recourir au droit des brevets, pour préférer une innovation technologique perpétuelle, pour que l'entreprise ait finalement toujours un temps d'avance sur ses concurrents ; à la condition de protéger très fortement son innovation, par des clauses de confidentialité et de non-concurrence solides, cette option peut être bénéfique, et éventuellement plus simple, et moins onéreuse. Le choix du modèle est, on le voit tributaire d'une analyse combinée des avantages et des inconvénients juridiques et économiques...

On le voit, droit et économie ne sont pas si éloignés qu'on pourrait le penser.

Cet ouvrage, fruit des réflexions d'un juriste et d'un économiste, montre précisément les rapprochements des deux disciplines et leurs liens. Cette belle mécanique passe par l'exposé, d'abord, de l'itinéraire entre le divorce et le rapprochement des juristes et économistes. Dans ce cadre, les auteurs retracent l'histoire de ces liens mouvementés, par un éclairage à la fois théorique et concret. Ensuite, dans la seconde partie, les auteurs envisagent de démystifier l'analyse économique du droit, avec, là encore, une combinaison harmonieuse d'analyses historique et théorique et d'illustrations pratiques, et le pénaliste que je suis est sensible au fait que l'un des précurseurs de l'analyse économique du droit soit Beccaria, à la fois économiste et juriste, et fondateur du droit pénal contemporain...

C'est un grand honneur et un vrai plaisir que m'ont fait les auteurs de ce bel ouvrage d'inviter à sa lecture. Je ne doute pas qu'il fera date dans l'histoire des liens entre droit et économie, et que son étude sera profitable aux juristes comme aux économistes.

Philippe BONFILS
Professeur à Aix-Marseille Université
Doyen de la Faculté de droit
et de science politique d'Aix-Marseille

AVANT-PROPOS

Le polycentrisme est favorable, voire indispensable, à l'avancée des connaissances. C'est pourquoi le chercheur, qu'il joua dans la cour des seniors (Serge Schweitzer) ou dans celle des juniors (Loïc Floury), devrait être invité sans cesse à explorer de nouvelles approches, de nouveaux pans de l'histoire, à tenter de dresser des ponts entre disciplines, à offrir de nouvelles explications ou à ressusciter d'anciennes trop rapidement enterrées. Bref, à sortir des sentiers battus. C'est dans cet esprit, me semble-t-il, qu'est rédigé l'ouvrage de Serge Schweitzer et Loïc Floury. C'est une première raison pour laquelle il mérite notre attention ; que nous soyons sénior ou junior dans nos disciplines.

Cet ouvrage n'est pas un manuel qui s'efforcerait de donner l'état de l'art dans une discipline à un instant donné. Il s'agit plutôt d'une réflexion, d'une discussion sur ce qui éloigne et ce qui rapproche le droit et l'économie, et sur les fruits potentiels d'une coopération plus rapprochée entre les chercheurs de ces deux disciplines. C'est une discussion passionnée tout en restant universitaire. Passionnée car les deux auteurs sont personnellement convaincus des bienfaits d'un tel rapprochement et défendent avec fougue et ingéniosité leur position. C'est une discussion d'universitaires car les points de vue sont étayés, les pairs écoutés, lus et respectés et l'érudition largement au-dessus de la moyenne ambiante...

Au vu de la thématique principale de ces pages on ne s'étonnera pas de trouver des excursions assez poussées dans les domaines de l'histoire ainsi que dans celui de la méthode. En ce qui concerne l'histoire, nous devons être particulièrement reconnaissants à nos auteurs pour avoir rassemblé de très nombreuses informations sur les relations qu'ont entretenues économistes et juristes en France au cours des deux derniers siècles. Tout y est, depuis les aspects sociologiques jusqu'aux aspects politiques sans omettre les accidents de l'histoire, et bien entendu les faits les plus marquants mais aussi quelques anecdotes révélatrices. Les discussions sur la méthode sont tout aussi fournies et abordent deux grandes questions : quelles sont les méthodes employées dans chacune des disciplines ? Ces méthodes sont-elles compatibles ? Si dans un court ouvrage on ne peut prétendre à l'exhaustivité sur des questions aussi immenses, il y en a cependant largement assez dans ces pages pour que le lecteur comprenne les positions possibles ; y compris celle de nos auteurs pour lesquels, si les divergences méthodologiques ont pu parfois éloigner les deux démarches, la barrière n'est pas infranchissable et son franchissement profitable.

Sans doute nos auteurs savaient-ils que les références à l'histoire et au débat des méthodes, bien que passionnantes lorsqu'elles sont présentées comme ici avec beaucoup de pédagogie, ne suffiraient pas à emporter la partie. Pour convaincre des mérites de l'association juristes-économistes, quelques illustrations s'imposaient. Quelques cas concrets. Ceux-ci nous sont donc apportés, tout d'abord sur un mode aléatoire en première partie, ensuite de façon plus systématique dans la seconde partie. Là encore la présentation de l'analyse économique du droit demeure nécessairement non exhaustive, mais on trouve néanmoins le souci de donner une idée juste du contenu de

cette analyse. Sont abordées ainsi à titre d'illustration l'analyse économique des règles pénales, de la responsabilité délictuelle, du contrat ou encore l'analyse économique du droit social. Pour des raisons assez faciles à comprendre, le texte s'engage aussi à divers endroits sur un terrain de prédilection pour une analyse transdisciplinaire : celui de la formation du droit.

Au final nous obtenons un tableau complet de « la problématique droit-économie ». Vu le nombre relativement modeste de pages il est possible d'affirmer, utilisant le jargon de l'économiste, que le rapport qualité-prix de l'ouvrage est des plus intéressants : en peu de pages, et donc pour un coût (d'opportunité) raisonnable, le lecteur se voit offrir beaucoup.

Il y a donc toute raison de penser que ce travail atteindra sa cible ; qu'il participera à susciter ou à accroître un intérêt pour l'analyse économique du droit chez l'étudiant comme chez le Professeur qui, après tout n'est ou ne devrait être qu'un éternel étudiant. Si je peux apporter à ce sujet un souvenir personnel, je me souviens d'un été en Provence au cours duquel, jeune docteur en économie, j'avais pu discuter peu de temps avant qu'il nous quitte avec le professeur Bruno Oppetit qui avait été fort intéressé par la lecture du *Droit et Économie* de Robert Cooter et Thomas Ulen. Beau témoignage de l'éternelle jeunesse du chercheur qui aime à s'aventurer sur des pistes nouvelles, mais aussi du polycentrisme qui vient participer à l'avancée de sa réflexion !

Serge Schweitzer et Loïc Floury ont à leur tour mis toute leur énergie pour convaincre les étudiants de tous âges qu'économistes et juristes ont tout à gagner à échanger. Je ne peux que confirmer et, si je peux terminer cette Préface en évoquant encore une fois mon expérience personnelle, je dirai que l'économiste a lui aussi beaucoup à gagner de sa rencontre avec les juristes. C'est là sans doute une dimension un peu négligée dans l'ouvrage, sans doute parce que les auteurs en sont si intimement convaincus qu'ils ne pensent pas à rendre explicite cette hypothèse (l'un des auteurs, le junior, est d'ailleurs issu d'une formation mixte droit-économie !). La découverte du droit rappelle au bon souvenir de l'économiste la complexité des interactions humaines, la créativité des individus, les surprises, les incomplétudes, les erreurs, bref un véritable poil à gratter pour ceux et celles qui auraient tendance à préférer la vie certes technique mais finalement bien balisée des modèles. Le droit permet d'insuffler de la vie aux réflexions de l'économiste et c'est avec curiosité et intérêt qu'il se penche sur les solutions, certes toujours imparfaites, que le droit fait émerger. Oui, les gains à l'échange sont bien partagés et la relation entre économistes et juristes n'échappe pas à la règle.

Cet ouvrage y participera de façon significative, voire exemplaire.

Pierre GARELLO
Professeur à Aix-Marseille Université
Directeur de l'IES-Europe

SOMMAIRE

PARTIE I LE JURISTE ET L'ÉCONOMISTE : DU DIVORCE AU RAPPROCHEMENT, UN ITINÉRAIRE

Chapitre I – Le désir d'éloignement : un point de vue historique

Chapitre II – Le désir de rapprochement : un point de vue analytique

PARTIE II L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT DÉMYSTIFIÉE

Chapitre I – L'Analyse Économique du Droit : une histoire tourmentée

Chapitre II – L'économiste et le droit : de quelques illustrations

INTRODUCTION

Le droit et l'économie, le juriste et l'économiste entretiennent des relations d'une extrême complexité. Que ces deux matières soient les deux faces d'une même pièce de monnaie, voilà ce qu'il faudra démontrer. Mais évidemment, la volonté d'indépendance, voire de domination d'une discipline sur l'autre, constituent des tendances lourdes – voire des tentations – inévitables. En effet, au-delà des questions de fond, il y a des êtres humains standards reflétant la palette complète des tempéraments d'une cohorte médiane. Croire donc, à tort sans doute, que l'on est menacé dans le monopole détenu sur une spécialité provoque inévitablement des réactions de défense dudit territoire. Tout paradigme dominant se défend âprement de l'irruption d'un paradigme concurrent.

Certes, il y a d'abord, surtout et même avant tout, des questions de fond. Cela est particulièrement honorable et rassurant sur les intentions des uns et des autres, mais repose souvent sur de graves malentendus. À force du temps qui passe, séparant les deux disciplines, des impressions sont devenues des certitudes, transformées bien vite en procès d'intention. Ainsi par exemple, l'économie est réduite à la science de l'ordre marchand, appuyé sur l'égoïsme d'un *homo œconomicus mécaniciste*, robot unidimensionnel s'épuisant dans les joies de la consommation. Ainsi par exemple, et à l'inverse, le droit, dans le pire des cas, refléterait un état des rapports de force dans l'ordre social et, dans le meilleur des cas, ne serait qu'une suite d'accumulations textuelles désordonnées, pire d'incohérences.

Évidemment, on trouve ici et là des économistes produisant une image caricaturale d'une discipline qu'ils ne maîtrisent pas en réalité, et des juristes positivistes incapables désormais de la moindre réflexion en profondeur sur le droit. Ces exceptions ne sont pourtant pas la règle. L'immense groupe des économistes et juristes universitaires pratiquent leur science et leur art de façon beaucoup plus sérieuse et avec ampleur, voire souvent profondeur. Ils ne sont pas simplement des esprits inductifs ou déductifs bien huilés, mais des individus capables de pensées suivies et maîtrisées. Il n'empêche que des malentendus sérieux et soigneusement entretenus se sont développés depuis à peu près un siècle.

Pour faire bref, et tel le ver dans le fruit, ils ont fait leur chemin par imprégnations et irrigations successives. Si bien que l'on se retrouve fréquemment dans une situation dans laquelle, loin de coopérer, de dialoguer, de s'opposer, de se rejoindre, d'argumenter, de se confronter le juriste et l'économiste vivent séparément, et quelquefois même en hostilité, à tout le moins en compétition. Le fait d'être en compétition montre bien sûr, par le fait même, que peu ou prou, ils investissent les mêmes territoires, manipulent les mêmes concepts, réfléchissent aux mêmes problématiques, chassent les mêmes enjeux. En effet, l'économiste ne se sent pas en concurrence avec le chimiste, non plus que le juriste avec le biologiste.

Le dessein de cet ouvrage est de dissiper les malentendus de tous ordres, qui gangrènent les relations de ces deux disciplines qui, en réalité, n'en font qu'une. L'individu, seul et en groupe, encore et toujours, voilà déjà qui fait converger les deux disciplines jadis communes, aujourd'hui artificiellement séparées. Mais encore, le juriste et l'économiste admettent l'un que cet individu recherche ce qui est juste, et l'autre les moyens de l'atteindre. Bref, l'un recherche le bien, l'autre les biens. Mais encore, comment subsister, vivre et prospérer sans les autres ? L'individu a donc nécessité d'échanger. Cet échange a deux dimensions : il faut s'entendre sur une valeur, c'est-à-dire un prix à l'échange, mais également matérialiser par les modalités contractuelles de l'échange. Et même prévoir, en cas de litige, à l'occasion de l'exécution des obligations réciproques, quels mécanismes mettre en œuvre afin de dénouer pacifiquement le désaccord et le contentieux. On voit déjà les convergences et encore, nous nous en tenons simplement, hic et nunc, à la dimension de l'échange. L'économiste va montrer la mutualisation des avantages d'un échange sans cesse élargi, le juriste va colorer les modalités de cet échange, justifié en raison et théorie par l'économiste et décliné en pratique par le juriste. Nulle hiérarchie entre les deux, l'un (l'économiste) expliquant le pourquoi, l'autre (le juriste) expliquant le comment. De même que les deux jambes s'harmonisent et se coordonnent pour avancer, de même l'économiste et le juriste sont mutilés l'un sans l'autre.

L'histoire des divergences doit cependant être contée jusque dans le détail pour mesurer correctement à l'aune des faits et de leur examen, si ce sont des divergences de fond ou des passions humaines qui ont amené à la séparation en France, au ^{xx}e siècle, des deux disciplines que l'on s'est accordé – depuis toujours et longtemps – à traiter et embrasser d'un même ensemble et élan.

Il faudra donc, dans un premier temps, s'interroger tant du point de vue historique qu'analytique sur les multiples faits, plutôt mineurs en général, qui, additionnés, ont creusé pourtant un fossé d'autant plus solide qu'il est fait de sédimentations successives et que la séparation s'est étalée sur près d'un siècle. Cette partie étudiera comment une discipline (l'économie) est passée de l'état de subordination à celui de l'émancipation, conduisant mécaniquement à la séparation.

Pourtant, le point de vue analytique nous convaincra vite que le sujet d'observation des deux disciplines (c'est-à-dire l'individu évoluant au milieu des institutions) et leur finalité commune (c'est-à-dire l'échange) aboutissent inéluctablement à un rapprochement, peut-être même une fusion un jour prochain, entre le droit et l'économie. D'autres éléments puissants y concourent. La raison est chère à l'un et à l'autre. L'accomplissement de soi-même dans la liberté est une aspiration partagée très largement, là encore, par les uns et par les autres, à l'exception d'une infime cohorte.

L'étude de l'ordre social et de la façon dont l'architecture spontanée y pourvoit, est un vecteur supplémentaire d'osmose. Mais l'harmonie est encore au rendez-vous si l'on pense que les uns et autres étudient comment fonctionne la coopération, plutôt volontaire et construite voire pensée préalablement si l'on est un juriste, plutôt involontaire et spontanée, fruit de l'action des hommes et non d'un dessein préalablement établi si l'on est un économiste. Mais encore, les uns et les autres ont en commun de penser que la véritable fécondité de l'échange réside dans le service et la découverte réciproque avec un autre être humain, bien plus que dans l'échange de biens ou services en eux-mêmes.

Enfin, la quasi-totalité des membres des deux professions ont une sympathie non voilée pour la compétition et la concurrence comme étant non une bataille,

mais une façon pacifique de se surpasser et de monter toujours plus haut, bref d'atteindre l'excellence qui n'est jamais un absolu, mais toujours une comparaison sur l'échelle de valeur qui nous situe dans la hiérarchie. Ce qui serait noble et objet d'enthousiasme dans l'ordre du sport serait une guerre dans l'ordre marchand. Il y a ici une incompatibilité logique, et c'est Jacques Rueff qui, mieux que d'autres, a montré que le marché est une procédure pacifique de résolution des conflits et des intérêts opposés. Bien sûr, l'un souhaite acquérir au prix le plus bas, l'autre vendre son bien, son service ou son talent à la valeur la plus élevée.

Si aucun des deux ne fait vers l'autre un chemin, l'accord et l'échange ne se feront pas. Mais chacun, d'un pas vers l'autre, ils pourront trouver les multiples facettes d'un accord marchand, mais aussi humain puisque reflétant deux subjectivités irréductiblement individuelles, l'une ayant pour volonté l'acquisition, l'autre le désir de se défaire ce qu'il possède. C'est bien la raison pour laquelle le prix ne se cristallise qu'à l'instant de l'accord et reflète un moment bref, instantané mais lumineux, celui où deux individus qui pourraient pratiquer la prédation, disciplinent leur tempérament pour choisir la coopération et l'échange, c'est-à-dire la paix plutôt que la violence, le vol ou la guerre. L'échange si cher aux juristes et aux économistes reflète intensément la partie noble qui est en nous. Quand nous arrivons à dompter nos instincts primitifs – ceux de la guerre du feu – alors nous choisissons d'aller vers l'autre pacifiquement, nous lui tendons la main et à la manière des anciens, passons contrats, promettant par le fait même l'un et l'autre de respecter obligations et engagements réciproques (souvent la parole se suffisant, telles les transactions sur le marché du diamant à Anvers où pourtant les enjeux financiers sont considérables. Pierres d'importances dans le jardin de ceux qui voient à tout coup dans les marchands gens malhonnêtes).

Si tel n'est pas le cas, le juriste, dans une subtile ingénierie, va imaginer les procédures de rapprochement. Si ces dernières échouent, alors il va construire l'échelle des sanctions pour non-respect de ces obligations contractuelles. Car à l'occasion de l'exécution des contrats, l'économiste et le juriste savent que les passions peuvent s'en mêler, lesquelles trouvent leurs sources dans le fait que pour l'un ou l'autre (ou les deux), les fruits n'ont pas tenu la promesse des fleurs. On imaginait un résultat et c'est un autre qui surgit. Doit-on réécrire le contrat ? Dans ce cas, qui peut reproduire la subjectivité des espérances ? C'est l'immense problème de la théorie de l'imprévision, l'un des serpents de mer que les juristes affectionnent.

Cet exemple nous montre que les débats peuvent être vifs, puisque l'économiste va immédiatement répondre que si, en cas d'insatisfaction d'une des deux parties, cette dernière peut ester en justice en affirmant à un juge « réécrivez le contrat en ma faveur », toute vie économique est instantanément stoppée. Il ne suffit donc déjà pas que l'incertitude, l'inattendu et la surprise soient la substance même de l'entrepreneuriat humain, si en outre, parce que l'un des deux est déçu, on peut remettre en cause ce qui a été signé... La vie économique devient chaotique. C'est du reste bien ce qui arrive quand la loi fiscale peut changer plusieurs fois dans la même année, rendant ainsi obsolète les calculs prospectifs sur lesquels les entreprises et agents s'étaient basés, comme nous l'avons suggéré dans notre précédent ouvrage *Théorie de la Révolte Fiscale – Enjeux et Interprétations*¹.

¹ PUAM, Aix-en-Provence, 2014, 94 p.

Cet exemple de débat ne signifie pas le contraire du précédemment : l'objet des deux disciplines est identique, la finalité aussi. Les méthodes d'investigations sont le seul point, un peu sérieux, de divergence. Tout rapproche donc les deux dimensions de l'action humaine. Ce que nous avons nommé le pourquoi (l'économiste), et le comment (le juriste). Mais c'est sans compter sur les esprits tatillons, les pensées étroites, les bastions que l'on croit menacés, les égoïsmes disciplinaires et les intentions souvent absurdes que l'on se prête l'un l'autre.

En outre, abandonnant toute prudence chère aux Philintes, n'oublions pas la désormais abyssale ignorance des mono-disciplinaires. Nos maîtres, toutes choses égales par ailleurs, n'avaient ni la virtuosité technique des juristes positivistes ni le talent étroit de la modélisation, ni le niveau d'anglais des économistes contemporains. Mais agrégés des Facultés de Droit ET de Sciences Économiques, beaucoup disposaient de ce quelque chose qui emprunte à l'encyclopédique, mais aussi d'un style qui, étudiants, nous faisaient poser nos plumes et voir si l'artiste allait tomber du filin ou arriver indemne au terme de la phrase.

Las, à peine des esprits d'envergure tentaient de rapprocher les deux disciplines qu'une nouvelle guerre de religion prenait corps. La controverse a une apparence scientifique mais une réalité qui la dément. Le nouveau conflit qui va traverser les deux disciplines relève du procès d'intention si l'on veut bien lire réellement ce qu'écrivent les auteurs importants et standards de l'analyse économique du droit (AED). Le mot est lâché, la controverse va naître aussitôt : de quoi se mêlent donc les économistes en prétendant quantifier le droit, mesurer son efficacité, préconiser des solutions alternatives, tout ramener à l'utilitarisme, bref mettre en servitude le droit avec le critère de l'argent ?

À peine née sous la plume féconde de Richard Posner, l'AED a révulsé. Non dans les pays de *Common Law*, ni contrairement à ce que l'on croit, dans les pays de droit romain, à une exception près. La réception de *l'Economic Analysis of Law* a été catastrophique en France. Les juristes se sont sentis agressés comme si leurs positions les plus essentielles étaient menacées. Au pays de l'État, le procès en mercantilisation et marchandisation du droit a vite commencé. C'est un procès en sorcellerie. Une lecture, la plupart du temps partielle – sinon même hâtive – a conduit bien des maîtres de la doctrine juridique française à rejeter et passer par profits et pertes l'AED. Il a suffi d'agiter l'argument – toujours payant – de l'impérialisme anglo-saxon pour faire de l'AED le cheval de Troie des États-Unis, imposant une conception du droit restreinte à l'économie et qui s'épuiserait dans la traduction, représentation et concrétisation monétaire des dispositifs et arrangements institutionnels et juridiques. Ce dialogue infructueux est lourd de conséquences.

Ce qui suit n'a rien moins que pour ambition – peut être démesurée, le lecteur jugera – que de démystifier l'AED pour la présenter dépouillée d'encombrantes modélisations mathématiques pseudo-savantes. Au-delà des biais idéologiques, le statut de l'AED a souffert dans sa lecture par les juristes français d'une excessive formalisation à la double conséquence. D'une part elle rendait inaccessible la lecture aux esprits non entraînés à la modélisation, d'autre part en donnant une apparence d'exactitude (parfaitement erronée par ailleurs), elle a laissé penser aux juristes que des solutions quantitatives étaient le fondement profond, le substrat et la philosophie qui animaient l'AED. Face à cette erreur aux conséquences presque tragiques, qu'il soit précisé que le programme de recherche scientifique de l'AED est beaucoup plus simple, même s'il demeure ambitieux.

La vérité est qu'il s'agit pour les économistes de comprendre l'émergence en un moment donnée d'une règle, et les conséquences de son adoption. Une fois le dispositif juridique généralisé, l'AED analyse alors les conséquences probables, voire en réalité certaines, sur le comportement des agents, puisque le postulat de rationalité limitée a une portée universelle et presque universellement partagé.

L'économiste est adossé à un modèle simple et puissant : ce modèle stipule et admet quatre propositions :

- 1°) Seuls les individus agissent (individualisme méthodologique)
- 2°) Ces individus sont cohérents et transitifs dans leur choix d'option (transitivité des choix)
- 3°) Ces individus se font une idée de demain et prennent les moyens de leurs fins (capacité de prédiction)
- 4°) Ces individus préfèrent évidemment, dans chaque cas et en fonction de leur information du moment, la solution qui, pensent-ils, va leur apporter plus d'utilité que moins d'utilité (règle de maximisation)

Équipé de cette boîte à outils, simple, puissante et explicative (explicative parce que simple), l'économiste se propose d'anticiper, grâce à l'AED, la réaction des agents rationnels qui adaptent leurs comportements à la règle de droit du moment. Comment les règles de droit interagissent sur les attitudes des individus ? Voilà la seule ambition de l'AED. Déclinée et présentée ainsi, que peut trouver à redire le juriste ? Ce dialogue doit être rétabli entre des frères presque siamois, séparés par une opération artificielle et non justifiée, ni nécessaire. Le sang des économistes doit circuler dans les veines des juristes, et inversement. Dans l'ordre humain, la consanguinité peut donner fréquemment des dégénérescences. Dans l'ordre de la nature, les hybrides donnent rarement d'heureux résultats. À l'inverse, dans l'ordre scientifique de nos disciplines, la fertilisation des croisements et transfusions doit au contraire doper et enrichir les deux visages d'une même discipline, celle de l'agir humain.

L'honnêteté envers nos lecteurs oblige à préciser l'auteur de chaque partie.

Cet ouvrage est écrit à quatre mains, entre un économiste presque au bout d'une carrière, et un juriste, jeune et issu justement, par ses études, d'une formation croisée et équilibrée entre le droit et l'économie. L'introduction et la première partie sont de la responsabilité de Serge Schweitzer. Selon la formule usée mais vraie, les insuffisances, désaccords, impropriétés, explications bancales sont à mettre au débit de l'ancien.

La seconde partie, à vrai dire d'un enjeu crucial qui consiste à démystifier l'analyse économique du droit, est de la plume de Loïc Floury. À ce titre, c'est à son tour d'assumer les insuffisances et critiques qui pourraient surgir de sa tentative téméraire et courageuse de décrire réellement et simplement ce qu'est l'*Economic Analysis of Law*.

Qu'il soit permis simplement à l'auteur de cette introduction de souligner le défi que tente de relever un apprenti de 22 ans, son *cursus* en Master non encore totalement achevé. Son talent d'exposition fait preuve d'une étonnante maturité dans une matière aussi complexe que l'Analyse Économique du Droit. Pour se rattacher une ultime fois à l'objet de ce livre, on voudrait marquer fortement qu'à l'Institut Catholique d'Études Supérieures (ICES) de la Roche-sur-Yon,

ce jeune auteur a suivi à parité parfaite un cursus équilibré, nourri pour moitié d'études juridiques, pour moitié d'études économiques. Voilà qui, malgré son jeune âge, le prédisposait particulièrement à tenter un pari intellectuel d'envergure : rendre accessible aux étudiants l'Analyse Économique du Droit.

Notre ouvrage est donc classiquement – juste hommage aux juristes – en deux parties. La première traitera du juriste et de l'économiste, « Du divorce au rapprochement : un itinéraire », la seconde consistera sous le titre « L'Analyse Économique du Droit démystifiée » à l'expliquer en général. Puis, une illustration sera donnée par un certain nombre d'exemples, qui n'ont pas pour vocation à l'exhaustivité du territoire sans cesse croissant de l'analyse économique du droit, mais bien plutôt à montrer, par le mimétisme de la méthode, comment l'économiste s'y prend pour expliquer l'émergence et les conséquences de la règle de droit sur les comportements réels des agents. Une fois la méthodologie et les réflexes acquis, le bon juriste doit pouvoir appliquer ces règles de méthode explicatives à d'autres enjeux qui ne seront pas couverts par cette deuxième partie. C'est du moins l'espoir de cet ouvrage qui voudrait jeter un pont dans la nécessaire évidence de l'inéluctable réconciliation entre le droit et l'économie, et du chemin commun retrouvé entre le juriste et l'économiste.

Certes, les dimensions de l'ouvrage et les qualités des auteurs ne peuvent autoriser que l'espoir modeste, mais nous espérons solide, d'aider à initier un dialogue. Telle est notre ambition et justification d'un automne de labeur.

Serge SCHWEITZER

Aix-Marseille Université

Novembre 2014

PREMIÈRE PARTIE

**LE JURISTE ET L'ÉCONOMISTE :
DU DIVORCE AU RAPPROCHEMENT,
UN ITINÉRAIRE**

LE DROIT ET L'ÉCONOMIE en France ont eu longtemps partie liée. Ce mariage a connu des hauts et des bas. Comme dans bien des couples, les apparences ont longtemps été sauvées. Superficiellement, tout semblait aller dans le meilleur des mondes possibles. Pourtant, en adoptant de façon serrée un point de vue historique, on peut assez aisément expliquer – ce qui ne veut pas dire approuver – le désir d'éloignement qui a été celui des économistes dans leur séparation d'avec les juristes (Chapitre premier).

Mais inversement, si nous adoptons un point de vue analytique, on comprendra facilement que les raisons qui plaident en faveur du rapprochement, voire de la réunification des deux disciplines, sont très puissantes (Chapitre second).

CHAPITRE PREMIER

LE DÉSIR D'ÉLOIGNEMENT :

UN POINT DE VUE HISTORIQUE

Conter du point de vue factuel les relations entre le droit et l'économie c'est raconter une histoire complexe, enchevêtrée, parsemée de passions humaines, passions qui, cependant, ont moins compté que les raisons logiques, à tout le moins compréhensibles, amenant les économistes à leur séparation d'avec les juristes.

Nous nous tiendrons dans un cadre spatial réduit à la France, et un cadre temporel du milieu du XIX^e siècle, jusqu'au milieu des années 1980, soit un gros siècle. Dans ce cadre spatio-temporel, nous distinguerons le temps des fiançailles, certes inégalitaires, mais à l'époque – le dernier tiers du XIX^e siècle – on ne demandait guère son avis à la partie subordonnée. Ici, en lieu et place de la femme, il faut comprendre que telle était la place de l'économie dans les facultés de droit (section I). Dans cette vie commune, le temps du mariage fut plutôt heureux. Il est vrai que l'agent subordonné s'est petit à petit émancipé, à la manière des femmes libérées de leurs contraintes et corsets par Madame Chanel. Ce temps de l'émancipation dure de la fin de la 2nde Guerre mondiale au début des années 1960 (section II).

Puis, le couple multiplia les disputes et l'occasion de discordes : voilà que l'économie, telle la femme des années 1960, voulait mener sa vie, avoir des moyens indépendants. Rapporté à l'université, cela signifiait que les économistes voulaient des cursus propres, des postes à eux, des crédits affectés, des laboratoires dédiés, des interlocuteurs fléchés. Après les fiançailles et le mariage, c'est le temps du divorce (section III).

Les anciens époux ne se fréquentaient plus et les affaires communes – tel le partage des locaux, ou même le fait de vivre dans les universités de la loi Edgar Faure – donnaient lieu et occasion de disputes, certaines microscopiques et dérisoires, d'autres aux fondements plus sérieux. Les anciens époux allaient-ils devenir d'irréductibles adversaires ou au contraire, décideraient-ils un jour de se reparler ? Le prétexte à renouer le dialogue fut fourni par la percée méthodologique et scientifique d'une exceptionnelle ampleur représentée par l'Analyse Économique du Droit (désormais AED). Le temps d'euphorie fut bref : certains des deux côtés espéraient une nouvelle et éclatante lune de miel, mais leurs espoirs furent rapidement dissipés. Les juristes virent dans cette percée une volonté – non dissimulée – des économistes d'occuper leur territoire. La réception désastreuse de l'AED dans les facultés de droit en France et le statut très mineur, voire méprisant, qui lui a été appliqué a, inversement, conforté les économistes dans une perception du juriste comme idéologue, fermé à l'innovation scientifique, bref comme les tenants d'une discipline du passé, guindée, sûre d'elle-même, arrogante, voire compassée, souvent conservatrice, quelquefois réactionnaire. Très vite, les économistes s'aperçurent que les principaux parmi les juristes, analystes des économistes majeurs en AED, avaient lu de façon hâtive les ouvrages qu'ils citaient, quand bien même ils avaient pris le soin de les feuilleter...

De leur côté, les économistes n'ont guère fait d'efforts pour se faire comprendre. On optera même pour l'hypothèse selon laquelle, dans un malthusianisme répandu chez les universitaires, les économistes voulaient garder leur savoir entre « *happy fews* » et au fond, n'avaient cure de savoir si cela plaisait ou non aux juristes. En retour, cela leur donnerait l'occasion de pointer les failles béantes dans la lecture de l'AED par les juristes, pointant les erreurs grossières d'interprétations. Les économistes auraient dû plutôt se demander s'ils avaient fait l'effort d'être lus et compris. Mais en réalité, beaucoup visaient justement le fait d'être incompréhensibles, d'une part pour rester entre eux, d'autre part pour avoir prétexte de fustiger les juristes comme idéologues, voire péché suprême, les accuser d'incompétence.

Nous sommes typiquement dans l'hypothèse et l'occurrence-type d'une occasion manquée entre les anciens mariés (section IV)².

Ce véritable gâchis est d'autant plus incompréhensible voire inconcevable que du point de vue analytique, tous les éléments de fond plaident pour le rapprochement, voire plus, entre les deux disciplines.

SECTION I

DES FIANÇAILLES INÉGALITAIRES :

LE TEMPS DE LA SUBORDINATION (1877-1914)

SECTION II

UN MARIAGE HARMONIEUX POURTANT EN VOIE DE SE DÉFAIRE :

LE TEMPS DE L'ÉMANCIPATION (1918-1960)

SECTION III

UN DIVORCE CONSENTI : LE TEMPS DE LA SÉPARATION (1960-1986)

SECTION IV

TEL LE FLEUVE ALPHÉE

² C'est cette dernière remarque qui justifie, à elle seule et en totalité, la deuxième partie du présent ouvrage, laquelle a pour objet une présentation accessible à tous de l'AED, sans bien sûr céder quoi que ce soit à la méthode scientifique, aux sentiers analytiques, à l'examen des grands auteurs, à la synthèse des résultats acquis.

SECTION I

DES FIANÇAILLES INÉGALITAIRES : LE TEMPS DE LA SUBORDINATION (1877-1914)

L'économie, c'est-à-dire, du point de vue étymologique la « gestion de la maison »³, est, par ce biais, consubstantielle à la vie de l'homme. Certes très vite des individus ont trouvé intérêt à coopérer, à vivre en groupe, à diviser les tâches et à se spécialiser selon l'aptitude et le domaine dans lequel on était relativement le plus apte. Mais il n'en demeure pas moins qu'initialement, l'homme a été seul. De ce fait lourd se déduit une chose fondamentale : devant lutter contre la rareté, l'économie a existé avant toute institution qu'on pourrait assimiler à du droit. Mais inversement, sur le plan conceptuel, le droit s'est constitué avant que l'on arrive à théoriser correctement quelques principes qui rendent compte de la façon dont les individus s'organisent dans leur lutte contre la rareté afin de réduire, autant que faire se peut, par des réponses successives l'écart entre ressources rares et besoins⁴. Pour preuve, les Romains étaient des juristes (et quels juristes !).

Certes Moïse, selon quelques historiens de la pensée économique, a aperçu quelques problématiques : Xénophon proposait la nationalisation des mines ; Saint Thomas d'Aquin discute de bien des sujets centraux et fondamentaux pour l'économie comme le taux de l'intérêt ou encore la thèse de la stérilité de l'échange d'Aristote ; certes l'école de Salamanque a eu très clairement l'intuition de la thèse de l'inconnaissance pour justifier la condamnation d'une économie gouvernée du centre ; certes les mercantilistes se passionnent pour l'économie même s'ils « excellent » dans les erreurs telles le chryso-hédonisme qui les amènent de plus à opter pour le choix du protectionnisme afin de ne pas voir l'or sortir du pays (on sait combien cette politique erronée a nourri l'inflation par un désajustement entre les flux monétaires et les flux réels) ; mais il faut attendre Turgot, Quesnay et les physiocrates pour, avec la notion d'ordre naturel, trouver le premier exposé systématique... du moins pour l'époque... de l'existence d'un hypothétique circuit économique puisque les physiocrates sont les premiers circuitistes.

Cet avant-propos voudrait attirer l'attention sur quelque chose de très rarement, pour ne pas dire jamais, souligné : le droit en tant que discipline et objet d'étude s'est constitué vingt siècles exactement avant la naissance de l'économie politique que l'on peut situer en tant que discipline au milieu du XVIII^e siècle. Cette antériorité de l'étude du droit sur l'étude des mécanismes marchands a pesé lourd dans la pondération respective des deux objets de notre enquête⁵.

³ Origine qui a le mérite incontestable de rappeler que l'économie est par essence micro.

⁴ Ressources rares car elles sont ou trop abondantes ou trop rares, rarement au bon endroit, rarement au bon moment. Tout l'effort de l'homme est donc de dominer la terre au sens biblique du terme, et non au sens de l'épuisement des ressources tel que l'imaginent les malthusiens incultes ou faux prophètes de la décroissance.

⁵ À l'époque, bien sûr, et jusqu'aux années 1970, la définition de l'économie qui domine est celle de Jean-Baptiste Say pour qui la science économique est la discipline qui étudie la création, production, distribution et répartition des richesses. On voit là encore apparaître quelque chose de bien peu étudié : l'objet d'étude des juristes est la meilleure Constitution, l'État, les règles d'un vivre-ensemble harmonieux, etc. Pendant que l'économie s'occuperait des choses de l'intendance. Il était déjà inscrit dans Platon combien les choses matérielles étaient la fonction la moins noble de toute la société. On le sait, « l'intendance suivra »... On comprend mieux le statut respectif des deux disciplines : pendant longtemps on a imaginé que les juristes maniaient des concepts dans de hautes sphères aux enjeux majeurs telle la vie en société, tandis que les

Petit à petit cependant, et plus particulièrement au XIX^e siècle, l'économie politique commence doucement à se faire une place, restreinte et appréciable, mais subordonnée aux facultés de droit. L'économie politique n'est donc apparue qu'assez tardivement parmi les facultés en France. Lorsqu'au début du XIX^e siècle, Napoléon recrée un modèle universitaire basé sur les grandes disciplines, quatre ensembles se constituent et dureront, malgré quelques aménagements, jusqu'en 1968 : les facultés de droit, de lettres, de sciences et de médecine. Sous le Consulat et le Premier Empire, l'économie est exclue. La remarque est d'importance pour le paysage actuel du marché des idées et fournit une grille de lecture de la plus haute importance. En effet, si l'économie politique est absente de nos facultés, elle prospère de façon exogène : la science économique française est illustre, Antoine de Montchrestien est le père de l'expression « économie politique » (1615), Vincent de Gournay est l'immortel auteur du « laissez-faire, laissez-passer » dont il faut rappeler au lecteur étudiant que cela signifiait « laissez-fabriquer, laissez-circuler les marchandises »⁶. Dupont de Nemours va s'illustrer par de brillantes analyses, en particulier en mettant en garde ses collègues de la Constituante à bien des reprises à propos des assignats naissants⁷. Adam Smith va trouver l'inspiration de son *Essai sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations* durant son séjour en France où il fait la connaissance directement de la physiocratie, mais encore plus, des physiocrates eux-mêmes. On l'a vu *supra*, Napoléon refuse de créer des facultés de sciences économiques. La raison en est passionnante : il considère la science économique (et dans la logique d'un

économistes discutaient des chiffres, du commerce des grains et du papier-monnaie. Longtemps les juristes ont eu un souverain mépris pour la chose économique, et partant, pour les économistes. Les juristes étaient des sortes d'intellectuels, du moins le pensaient-ils, les économistes une profession subalterne s'occupant de choses nécessaires mais basses. Le propos *supra* explique bien des choses aujourd'hui encore dans la controverse particulièrement vive en France sur la distribution des revenus, ou tout du moins sur les inégalités de revenus. Les intellectuels sont scandalisés qu'un agrégé de lettres classiques ayant fait de si longues études et ayant passé des concours si sélectifs puisse gagner si peu par rapport à un vendeur de T-Shirt, à un primeur ou encore un propriétaire d'une boulangerie, boucherie ou brasserie. Cette attitude puise moins à la jalousie qu'à l'incompréhension d'un ordre social qui récompense mieux éventuellement ceux qui produisent des biens et services, plutôt que ceux qui produisent des connaissances. Par « plutôt » il faut lire, pour les producteurs de connaissances, « au détriment de ». On comprend mieux les raisons pour lesquelles les intellectuels sont si fréquemment portés à prôner de lourds amendements, sinon même la disparition d'un type d'économie – le marché – et d'un ordre social – le libéralisme, le capitalisme – qui introduit une hiérarchie qui leur semble contre-nature. Que des commerçants puissent vivre mieux que des intellectuels ayant fait avec succès les études les plus difficiles dépassent pour eux l'entendement et apportent la preuve *de facto* que l'ordre social en place est mauvais. Ils tentent alors par pression sur le marché politique d'amender le *de facto* en *de jure*. Cette analyse doit évidemment beaucoup aux idées d'une part d'Alain Wolfelsperger et de Raymond Boudon d'autre part.

⁶ Cette précision s'impose puisque des politologues ou philosophes réputés savants sont aujourd'hui en train de dire que le libéralisme et le capitalisme sont *sui generis* anarchiques puisque l'on pourrait y faire ce que l'on veut, c'est-à-dire n'importe quoi. La preuve : Vincent de Gournay a lancé pour mot d'ordre à Louis XVI, par le biais de Turgot, qu'il fallait « libérer toutes les forces par le laissez-faire, laissez-passer ». L'origine remonte au marchand Legendre. Colbert le recevant à la tête d'une délégation, lui demande « Que puis-je faire pour vous ? », et Legendre de lui répondre « Laissez-nous faire, laissez-nous passer ». Vincent de Gournay va préciser la formule, suivi par François Quesnay, Mirabeau père, l'abbé Beaudeau et Dupont de Nemours. Turgot arrivera à convaincre Louis XVI des vertus de la liberté de circulation des grains. Il est à ce titre l'ancêtre de la liberté du commerce et de l'industrie. Sur Vincent de Gournay, on consultera tout particulièrement le mémoire de maîtrise d'Histoire de Romain Trichereau sous la direction de Serge Schweitzer, *Vincent de Gournay et la science du commerce*, septembre 2009, ICES, 112 p.

⁷ Sur Dupont de Nemours, on lira avec grand profit Florin Aftalion, *L'économie de la révolution française*, Les Belles Lettres, 2nd édition, 2007, particulièrement la lecture n° 5, c'est-à-dire le discours prononcé devant la Constituante le 25 septembre 1790 intitulé « Qui ne reconnaît les inconvénients des assignats ? ».

Empereur autoritaire, il a raison) comme « subversive » en ce sens qu'elle prône l'ordre social spontané, la liberté économique – mais pas seulement – et un rôle de l'État bien modeste. Comment tout cela pouvait-il plaire à Napoléon qui voulait tout gouverner du centre et qui, dans une vision très pessimiste de l'être humain, n'avait évidemment qu'une confiance bien médiocre dans la liberté ? Cause substantielle qui va entraîner des conséquences qui se font sentir aujourd'hui encore. Ne pouvant se développer au sein des facultés d'État, la branche française de l'analyse économique se développe donc en dehors et en parallèle, mais pas en clandestinité. Jean-Baptiste Say occupe la première chaire d'économie en 1820 créée aux Arts et Métiers. Dix ans plus tard, il occupe la chaire créée pour lui au Collège de France.

À l'un des pères du libéralisme en économie succède Michel Chevalier, puis son gendre, Paul Leroy-Baulieu. Les écoles de commerce et l'École des Ponts et Chaussées ont leurs enseignements « tenus » par des économistes libéraux. Quant à la revue, seule à l'époque à mériter ce nom, *Le Journal des Économistes*, elle va naître en 1841 et accueillir des débats prestigieux avec Frédéric Bastiat ou Gustave de Molinari. Charles Coquelin va aussi illustrer la revue, tout comme Yves Guyot. Les économistes libéraux « tiennent » également l'Académie des Sciences Morales et Politiques ainsi que la Société d'Économie Politique. Quant au célèbre *Dictionnaire de l'Économie Politique* de Guillaumin, il est là encore mobilisé par le courant français des économistes libéraux. La remarque est capitale pour les raisons qui vont suivre : aucune chaire d'économie politique n'existait alors dans les facultés de droit. Le second Empire va voir les choses évoluer : en 1859, la première chaire d'économie politique est créée à la Faculté de droit de Paris mais n'est attribuée qu'en 1863⁸.

⁸ Une divergence d'une année que nous ne saurions arbitrer subsiste sur la naissance de la première chaire d'économie dans une faculté de droit entre l'article de Jean-Yves Naudet, « L'économie politique dans la faculté de droit d'Aix » in *Memorial de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille*, 2009, et celui de Lucette Le Van-Lemesle, « L'économie politique à la conquête d'une légitimité, 1896-1937 » in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1983, vol. 47, n° 47-48, p. 113-117. Nous sommes largement redevables de ces deux articles dans les développements qui suivent, même si nous ne partageons pas les explications du deuxième auteur qui choisit pour grille de lecture, dans l'explication de l'émancipation des économistes jusqu'à la séparation, des grilles de lectures bourdieusiennes au lieu et place de l'individu – ici l'économiste – évaluateur, inventif, maximisateur. L'auteur se situe dans le sillon de l'ouvrage de Christophe Charle, *La République des Universitaires, 1870-1840*, Scuil, 1994. On consultera aussi Michel Lutfalla & Yves Breton (dir.), *L'Économie Politique en France au XIX^e siècle*, Economica, 1991 ; Luc Marco, *Les revues d'économie en France : genèse et actualité*, L'Harmattan, 1996. Yves Breton & Luc Marco, « Naissance du doctorat d'économie politique » in *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, LGDJ, n° 96, 1996, p. 47-52. L'article de Gaëtan Pirou, « L'enseignement économique en France » in *Revue d'économie politique*, numéro spécial « Cinquantenaire de la Revue d'économie politique, 1887-1937 », 1937, est également un classique. De Lucette Le Van-Lemesle, on consultera également sa thèse sous la direction d'Antoine Prost, *Le juste et le riche : L'enseignement de l'économie politique 1815-1950*, Comité pour l'Histoire économique et financière de la France, 2004. Ce dernier point est à souligner d'autant qu'Antoine Prost est un professeur incontestable, mais cela signifie-t-il que l'on peut diriger une thèse sur pareil sujet uniquement lorsque l'on est un historien ? Un économiste rédigeant une thèse sur Mazarin ferait l'objet de remarques. Lucette Le Van-Lemesle est agrégée d'histoire et enseigne l'histoire de la pensée économique. La qualité de sa thèse n'est pas en cause. Mais cela se situe dans la droite lignée de ce que nous expliquons, à savoir que la science économique en France est toujours considérée comme pouvant être enseignée par des non-professionnels de l'économie. Imagine-t-on une enseignante d'histoire enseigner le droit des contrats spéciaux ou la chimie organique ? On crierait évidemment à l'imposture. *Idem*, si un économiste enseignait l'anatomie. Mais qu'une historienne de profession, si remarquable fut-elle, enseigne l'analyse économique, ne choque personne. Qu'est-ce que tout cela signifie ? Une chose simple, mais décisive : aux yeux de beaucoup, l'économie politique n'est toujours pas une discipline si autonome scientifiquement qu'elle ne puisse être confiée qu'à des économistes. Chose curieuse, les historiens, pourtant

Les chaires se multiplient et le premier tournant décisif se produit avec le décret du 26 mars 1877 avec l'introduction de l'économie politique dans toutes les facultés de droit françaises. Elle devient matière d'examen obligatoire pour la 2^e année de licence en droit, mais, paradoxe puissant, il n'existe aucune formation particulière pour enseigner la nouvelle matière. Impossible donc, de recruter des *économistes*, puisqu'il n'existe aucune formation universitaire dans ce domaine. Il se déduit de ce fait que tous les enseignants des facultés de droit sont recrutés par une seule agrégation adossée sur le droit romain et le droit civil français. Les conséquences de cette modalité réglementaire sont absolument décisives et cruciales.

On le sait, les plus grands économistes français étaient regroupés autour du *Journal des Économistes* et avaient en commun des traditions « *free market* » puissantes. Or, pour enseigner en faculté de droit, il fallait être titulaire du doctorat. Il était donc impossible de faire appel aux économistes du *Journal* puisqu'ils ne disposaient pas du parchemin ouvrant les portes des facultés de droit. Du reste, tout en déplorant cet état de fait, certains économistes du *Journal* se méfiaient de l'*alma mater*, ayant peur que celle-ci ne contamine les vrais économistes pour en faire des fonctionnaires. Ils estimaient que la liberté de pensée était incompatible avec la nature des droits de propriété de l'université publique. Seuls donc, des juristes, pendant très longtemps avant la naissance d'une part du doctorat d'économie politique, d'autre part de l'agrégation de droit – section économie politique – ont enseigné l'économie politique en faculté de droit, dont l'immense Charles Gide qui note que pour les économistes du *Journal*, « les universités étaient des lieux de perdition »⁹. L'économie politique au sein de l'université française, au XIX^e siècle, est donc dès l'abord aux mains de professeurs de facultés de droit. Il en découle deux conséquences très lourdes : d'une part, comme l'écrit Lucette Le Van-Lemesle « il va de soi que ce type de recrutement des enseignants ne peut que défavoriser la recherche mais nuit aussi à l'enseignement de base »¹⁰

eux aussi, souffrent d'une concurrence peu compatible avec la démarche scientifique avec le phénomène des historiens improvisés qui en outre, font les plus gros tirages pour le grand public non spécialiste. Pour les non initiés, les grands historiens sont Stéphane Bern, Franck Ferrand, Alain Decaux, Max Gallo et Jean des Cars. C'est toute la question du statut de l'analyse économique qui est posée du Consulat jusqu'à aujourd'hui, les termes du débat ayant à peine évolués. Les économistes portent évidemment une lourde part de responsabilité au-delà de la question de savoir si l'économie politique est bien une science. En tout cas, ses méthodes ne sont pas inférieures à celle de l'histoire, du droit ou de la sociologie dont personne ne conteste le caractère scientifique. Autrement dit, pour parler comme beaucoup de ceux qui le pensent mais que personne n'ose écrire : les économistes sont-ils des gens biens sérieux ? Ils se disputeraient sur tout et passeraient leur temps à faire des prévisions sans cesse démenties. Les deux reproches sont absurdes. Demandez à la communauté des plus grands économistes au monde si le plan est supérieur au marché, ou si le protectionnisme est préférable au libre-échange. Demandez à cette même cohorte si la conséquence d'un décalage entre les flux monétaires et réels en est toujours la hausse durable du niveau général des prix. Interrogez les pour savoir si le monopole produit plus de richesses que la concurrence. Sur ces quatre questions, et bien d'autres, le consensus est de 100 %. Quant à l'idée selon laquelle les économistes professionnels, c'est-à-dire ceux dont le métier consiste à faire de la théorie économique, se livreraient à des spéculations sur demain, l'idée est absurde. Nous défions l'étudiant de trouver un économiste universitaire professionnel qui ferait de la prévision sur le taux de croissance à deux ans, l'inflation à dix-huit mois et le chômage à douze et ce, pour une bonne raison : si l'avenir était prévisible, cela signifie-t-il que la liberté des actes des agents ne change rien à l'allure et aux contours de demain car demain serait identique à aujourd'hui ? Comme l'écrit dans une puissante formule GLS Shackle (1903-1992), « le déterminisme c'est le futur sans humanité ».

⁹ Cité in Jean-Yves Naudet, *op. cit.* p. 86.

¹⁰ Article précité, p. 113.

et d'autre part, les économistes libéraux sont de fait exclus des facultés de droit. Cela ne veut pas dire que les juristes qui enseignent l'économie ne sont pas pour certains d'authentiques libéraux. Ainsi, d'Alfred Jourdan (que nous retrouverons *infra*) et qui a été formé à l'économie par Pellegrino Rossi et Joseph Garnier¹¹.

Les économistes français les plus prestigieux de tout le XIX^e siècle n'ont donc jamais enseigné la science économique à l'université. Par une sorte de malédiction sur l'*alma mater*, la chose va se renouveler aux XX^e siècle, même si les causes sont légèrement différentes. Quelles que soient les préférences et options scientifiques du lecteur, il lui serait difficile de contester que les cinq économistes français les plus connus de tout le XX^e siècle sont Maurice Allais, Jean Fourastié, Jacques Rueff, Maurice Roy et Alfred Sauvy. Aucun des cinq n'a jamais enseigné à l'université. Tous, pourtant, ont pratiqué l'enseignement de façon intense. Mais même si l'on fait un retour en arrière, les fameux « ingénieurs économistes » français de la fin du XIX^e siècle, tels Jules Dupuy ou Léon Walras – ce dernier considéré par certains comme l'égal d'Adam Smith – n'ont jamais trouvé place dans l'université française.

Une seule exception : celle d'Augustin Cournot qui, sur le tard, après avoir été secrétaire du Maréchal Gouvion-Saint-Cyr, embrasse la carrière universitaire pour laquelle il est admis – bien plus pour ses qualités de haut fonctionnaire, ce qui est un comble, que comme universitaire – puisque nommé en 1834 à l'Université des Sciences de Lyon, il est recteur de 1835 à 1838 avant de devenir Inspecteur Général jusqu'en 1852. Il redeviendra recteur en 1854 jusqu'en 1862, date à laquelle il prend sa retraite. **Pour résumer, de Jean-Baptiste Say à aujourd'hui, aucun des économistes français parmi les plus célèbres n'a enseigné à l'Université à l'exception de Cournot en faculté des Sciences...**

Peut-on alors trouver la source de ce que Bertrand Lemennicier appelle pudiquement « l'originalité des économistes universitaires français »¹² ? Cette originalité, c'est que le seul parmi les grands pays du monde où dans l'université les économistes non libéraux sont largement majoritaires, c'est la France. **L'éviction des économistes français professionnels de l'université au profit de professeurs de droit a donné une teinture et une coloration particulière aux économistes français, coloration unique en son genre et qui bien sûr, a une influence considérable à travers l'éducation et les médias sur l'allure de l'offre d'états du monde possibles sur le marché des idées.**

Revenons à la fin du XIX^e siècle. On considère alors que le niveau de l'enseignement en économie politique est très faible : on sait par des enquêtes sûres que les étudiants « sèchent » ce cours de 2^e année et étudient pour l'examen sur de petits abrégés et des plans détaillés. Ceux qui, parmi les juristes, se sentent attirés par l'économie vont élaborer des stratégies standards de maximisation et d'optimisation en utilisant tous les moyens pour démontrer aux autorités politiques et aux juristes combien il fallait marier les deux disciplines dans une juste pondération.

¹¹ Jean-Yves Naudet, *op. cit.* p. 86-88.

¹² Bertrand Lemennicier, Olivier Marrot, & Philippe Setbon, « L'originalité des économistes universitaires français », in *Journal des Économistes et des Études Humaines* 1999, vol. 1, p. 151-170.

Puisque les juristes définissaient leur matière comme la science du juste, les économistes vont présenter leur spécialité comme la science de l'utile¹³.

La stratégie de la reconnaissance scientifique trouve une illustration particulière quand Pirou commence, dans le tome un de son traité, son premier paragraphe par « la science économique n'est ni morale ni immorale, elle est amoral » avant de poursuivre en affirmant que « quand on s'occupe de la vie économique avec des préoccupations de doctrinaire et de moraliste, quand on y cherche des arguments pour justifier ce qui existe ou pour en légitimer le changement, on est presque fatalement conduit à ces affirmations unilatérales, ces simplifications passionnées qui substituent une caricature grossière, à l'image fidèle [...] il est donc indispensable de dépassionner la science économique et le meilleur moyen pour y parvenir est de dissocier complètement l'explication de l'appréciation »¹⁴.

L'idée c'est que même subordonnée, l'économie trouve sa place à côté du droit dans une alliance équilibrée, les deux disciplines se fécondant mutuellement. La cause des économistes progresse, lentement mais sûrement, dans la décennie décisive de 1880. Des mesures se succèdent : les deux plus importantes sont, d'une part le décret du 30 avril 1895 dans lequel les économistes universitaires obtiennent leur premier diplôme, à savoir la naissance du doctorat d'économie politique. En 1896, quatre sections d'agrégation sont créées pour les facultés de droit : l'une d'entre d'elle concerne l'économie politique. Désormais, l'agrégation – toujours cependant des facultés de droit – est divisée en quatre spécialités formant quatre types d'enseignants : droit privé et criminel, droit public, histoire du droit et les sciences économiques, qui ne sont cependant qu'une *section* à l'intérieur des facultés de droit ouvrant cependant un recrutement particulier.

L'affaire du doctorat est particulièrement intéressante : elle montre comment les économistes, il y a un peu plus d'un siècle, commencent à exister de façon autonome, mais combien ils sont encore seconds dans l'esprit des juristes qui ont décidément bien du mal à imaginer l'analyse économique comme discipline autonome et surtout considèrent qu'il y a une hiérarchie claire en faveur de l'enseignement du droit. Attardons-nous un instant pour rappeler les conditions de la

¹³ Il est très significatif que cette dialectique entre l'utile et le juste se retrouve dans le premier volume du célèbre traité de Gaëtan Pirou, *Introduction à l'étude de l'économie politique*, 2^e édition, Sirey, 1939. Il se sert de cette distinction en distinguant les périodes où le vrai « l'emporte sur l'utile, et inversement, dans la mesure des choses et le fondement des valeurs ». Pirou ici fait allusion à la science défendant la science économique en la situant du côté du pôle intellectuel versus le pôle moral ; tantôt l'emporte le premier, fondé sur des systèmes qui visent à expliquer le monde, tantôt la primauté appartient aux doctrines capables de fournir règles de vie et discipline. Dans ce cas-là, les croyances et pratiques morales passent au premier plan, si bien que « les convictions utiles à la vie individuelle apparaissent comme beaucoup plus nécessaires au bien commun que le maintien de l'objectivité scientifique ». On voit le souci du chef de file des économistes universitaires de l'époque de positionner sa discipline du côté de la science à côté des, selon lui, « approximations teintées de moralisme » du droit ou de la philosophie.

¹⁴ Daniel Villey s'opposera fortement à son maître, dénonçant ce qu'il nomme « l'adoxalisme » et faisant un plaidoyer passionné pour la doctrine englobant la science. On trouve son ardente défense dans « Doctrines et Science Économique » in *Mélanges René Gonnard*, LGDJ, 1945, dans la préface à la 3^e édition de sa célèbre *Petite histoire des grandes doctrines économiques* (Marie-Thérèse Génin, 1953), dans « Marché et Plan » (in *REP*, Sirey, 1964) et dans « Jacques Rueff, un libéral moderne » (in Emil-Maria Claassen (dir.), *Les fondements philosophiques des systèmes économiques, textes et essais en l'honneur de Jacques Rueff*, Payot, 1967) et dans l'ensemble du premier chapitre de *À la recherche d'une doctrine économique*, Marie-Thérèse Génin, 1967.

création d'un doctorat mention « sciences politiques et économiques », ce qui nous apparaîtrait aujourd'hui passablement absurde. La controverse fut vive entre les partisans d'un doctorat jumelé et ceux souhaitant un doctorat unidimensionnel¹⁵.

On a vu *supra* le premier débat sur le décret de 1877 ayant confié l'enseignement de l'économie politique aux seuls personnels en poste dans les facultés de droit. Depuis, en 1887, les juristes qui se spécialisaient progressivement en économie, créent la *Revue d'Économie Politique* (REP) dont le but était double : concurrencer le *Journal des Économistes*, et donner une caisse de résonance aux travaux des économistes-juristes universitaires chargés des cours d'économie dans les facultés de droit. Les plus connus sont Alfred Jourdan à Aix-en-Provence, Edmond Villey à Caen, Charles Gide¹⁶ à Montpellier.

Un événement extérieur va mettre le doctorat à l'ordre du jour : l'article 23 de la loi de 1889 sur le service militaire stipule que les titulaires de la licence en droit sont désormais éligibles au service militaire. Tel n'était pas le cas auparavant. Fidèles au paradigme de la rationalité, nous allons en avoir une nouvelle démonstration, les étudiants vont, en nombre substantiel, poursuivre leurs études jusqu'au doctorat afin d'y échapper. Une réforme s'impose donc. Le ministre de l'instruction publique est à l'époque Raymond Poincaré ; il invite, selon la tradition, les enseignants des douze facultés de droit à donner leur avis sur le contenu du doctorat¹⁷.

Le débat est vif : deux mentions au total sont retenues pour le doctorat en droit. D'une part la mention « sciences juridiques » et d'autre part la mention « sciences politiques et économiques ». Là où on peut constater que les juristes en charge de l'économie commencent à peser, c'est que le décret du Ministre ne suit pas le projet préalable présenté auparavant au Conseil Supérieur de l'Instruction Publique par un professeur rapporteur de la Faculté de Droit de Paris qui proposait seulement les mentions « sciences juridiques » et « sciences politiques ». Mais on voit aussi et encore une sourde opposition, reflet de la crainte progressive qui atteint les professeurs de droit. Pour eux, une mention mixte, mélangeant les sciences politiques et les sciences économiques, fait moins peur qu'une égalité formelle entre

¹⁵ Ce n'est qu'en 1948 que les économistes obtiendront dans le cadre des facultés de droit la création d'un doctorat de sciences économiques. Le lecteur étudiant doit avoir en tête, nous y reviendrons, *que les facultés de sciences économiques n'existaient pas*. D'ores et déjà, on peut préciser que la licence d'économie voit le jour seulement en 1960, toujours dans le cadre des facultés de droit et de sciences économiques. Ce n'est qu'en 1968 que les économistes obtiendront leur séparation d'avec les facultés de droit et que se constitue donc un cinquième pôle facultaire, celui de sciences économiques. Ce qui signifie, par exemple, que sur les cartes de visite de Maîtres ayant obtenu leur agrégation avant 1968, quelle que soit l'une des quatre agrégations, ils étaient statutairement agrégés des facultés de droit et de sciences économiques... Puisque leur agrégation empruntait à ces facultés à l'époque unifiées qui comportaient cependant depuis 1960 une licence d'économie possiblement à côté de la licence en droit.

¹⁶ Oncle d'André Gide. C'est lui qui crée la REP. Il est bien sûr, agrégé de droit, et ce, uniquement pour une bonne raison : c'est que l'agrégation de science économique est créée presque dix ans après la publication du premier numéro de la REP.

¹⁷ À l'époque, la pratique est courante. Aucun Ministre n'introduit une réforme dans l'enseignement supérieur sans dégager le consensus des enseignants concernés. On croit rêver puisqu'aujourd'hui c'est l'inverse absolu qui se produit, sauf à considérer les ridicules États Généraux de l'Enseignement Supérieur comme une authentique concertation.

deux doctorats, l'un dédié uniquement au droit, et l'autre qui aurait été uniquement destiné à la science économique. Il vaut mieux la noyer dans un magma¹⁸.

Mais on a vu qu'en 1896 est créée l'agrégation de science économique comme quatrième tronçon possible dans l'agrégation des facultés de droit, d'où un nouveau débat, puisqu'il serait logique que s'instaurât une continuité doctorat de sciences économiques – agrégation de sciences économiques, même si la structure institutionnelle d'accueil reste les facultés de droit. La logique des arguments est imparable, mais les juristes comprennent vite le danger si un doctorat propre aux sciences économiques est créé par le haut afin de l'harmoniser avec l'agrégation. Pour préparer ces deux ultimes diplômes, est-ce que les juristes-économistes ne vont pas revendiquer que dès la première année les étudiants se spécialisent en sciences économiques afin de préparer dès le début la suite du *cursus* ? Le danger est mortel pour les « juristes-juristes ». Ils comprennent aisément qu'à terme, l'instauration de toute la filière va aboutir à créer des facultés de sciences économiques. Et du reste, c'est bien ce qui se produira comme nous l'expliquerons *infra*. Sous le double prétexte de spécialisations hâtives, et de l'intérêt crucial de faire du droit pour avoir un esprit clair, ils font échouer ces velléités. Le projet est vite enterré et, on le sait déjà, la création du doctorat de sciences économiques avec cette seule mention doit attendre 1948. Mais 1895 est quand même une date clé de ce récit avec l'instauration du doctorat d'économie, même impur car jumelé avec les sciences politiques¹⁹.

À ce point du récit, nous voyons une discipline qui grandit, subordonnée cependant sous l'ombre tutélaire – quoique bienveillante – des juristes. Étrange ressemblance, pour ne pas dire remarquable et digne d'attention, avec la situation d'aujourd'hui dans les quelques universités où cohabitent juristes et économistes. Ou encore au niveau de la structure universitaire supérieure lorsque les deux disciplines existent, le sort des économistes y est souvent agréable, raisonnant étrangement avec l'appréciation de Gaëtan Pirou que nous avons citée *supra*. Cependant force est de constater qu'une hiérarchie quantitative – mais peut-être pas seulement ? – existe entre les deux populations. Notre appréciation ne se veut en aucun cas normative. Elle est une simple caractérisation. Elle se veut descriptive, constatant qu'aujourd'hui encore, quand ils sont groupés dans un même ensemble, la place des juristes est prédominante, celle des économistes seconde. Le jour où dans telle ou telle université parisienne prestigieuse, entièrement dédiée au droit et à l'économie, un économiste sera Président, nous retirerons les lignes *supra* dans une nouvelle édition²⁰.

¹⁸ Où l'on constate que décidément, c'est une habitude française puisqu'en Première et Terminale ES, cette section est un mélange, sans justification sérieuse, entre 50 % d'économie et 50 % de sociologie (d'où le nom de la section), comme si ces disciplines pouvaient s'enseigner par un même « spécialiste »... On en revient toujours à cette idée que somme toute, pour enseigner l'économie, il suffit d'être cultivé. Cette remarque vaut tout autant pour la sociologie, discipline ô combien ardue et qui nécessite, on ne le sait pas toujours, des doses massives de mathématiques, de statistiques et de probabilités.

¹⁹ Sur ce sujet l'article crucial est celui d'Yves Breton et de Luc Marco, *op. cit.*, 1996.

²⁰ Il ne s'agit pas de dissertar en geignant sur le sort des économistes. Dans l'université Paul Cézanne (auparavant Aix-Marseille III) qui, un an avant la fusion des trois universités aurait fêté ses 40 ans, les scientifiques ont obtenu trois fois la présidence, les juristes l'ont occupé pendant 24 ans, les économistes de l'ancienne Faculté d'Économie Appliquée (FEA) ne l'ont jamais obtenue. Ce n'est pas faute, pourtant, d'avoir candidaté à plusieurs reprises. On peut se demander pourquoi de nombreux

On le voit, le temps des premières conquêtes donne des idées à des professeurs des facultés de droit, qui se sentent désormais plus économistes que juristes. Mais, vaille que vaille, ils font leur chemin : ainsi par exemple, en 1922, pour la première fois depuis 26 ans, les agrégés d'économie sont 3 sur 5 dans des jurys d'agrégation d'économie. Assimilation ou émancipation ? Cohabitation ou indépendance ? Cette option devra être tranchée dans les décennies qui viennent, mais avant de se séparer, il faut d'abord s'émanciper, incontestable progrès par rapport à la subordination antérieure. C'est donc par une stratégie intermédiaire qu'entre les fiançailles et le divorce par consentement, un mariage, heureux au début, va se consommer malgré les dissensions.

économistes revendiquent pourtant de vivre avec les juristes : c'est qu'ils y trouvent le confort qui sied à des facultés dont l'ambiance est courtoise et agréable, et, chose appréciée par beaucoup, qui échappent presque totalement aux grèves universitaires récurrentes au sein des facultés de lettres depuis bientôt 50 ans. Certains considéreront le propos *supra* comme au mieux anecdotique, au pire sans intérêt. Il nous semble qu'ils ont tort. En témoigne le propos du plus grand économiste universitaire à la faculté de droit de Paris avant la 2^{de} Guerre Mondiale, Gaëtan Pirou, qui souligne « l'urbanité des juristes ». Du reste, quand ils ont la bonne fortune d'être initialement des juristes, ils peuvent accéder aux charges les plus hautes. Ainsi Alfred Jourdan, agrégé de droit depuis 1854, docteur en droit depuis 1851, devient professeur titulaire d'économie politique dans les facultés de droit en 1883 alors qu'il a accédé au titre de doyen depuis 1879. Il est certes professeur d'Économie Politique, mais garde sa charge de doyen jusqu'à sa mort en 1891. Si tel est le cas, c'est qu'il n'est pas marqué du péché originel puisqu'il est un agrégé de droit romain. C'est certes, un fils un peu dévoyé, mais qui appartient tout de même à la famille émérite. Voir Jean-Yves Naudet, *op. cit.* p. 87. Lisons ce qu'écrit Gaëtan Pirou (*REP*, 1937, *op. cit.*) « les facultés de droit ont procuré à l'économie politique l'audience d'un large public qu'elle n'eut pas trouvé ailleurs ; public non seulement très important en quantité, mais d'une qualité intéressante puisque de lui, sort une élite destinée à occuper les postes supérieurs dans les fonctions administratives et judiciaires [...] le milieu est fort agréable que caractérise une haute tenue morale, une excellente éducation, une extrême courtoisie [...] ». Pirou loue ainsi la conquête au sein des facultés de droit d'une certaine autonomie pour mieux déplorer ce qui sépare des économistes des juristes au sein des facultés de droit, revendiquant alors la rupture du « mariage » entre l'économie politique et les facultés de droit.

SECTION II

UN MARIAGE HARMONIEUX POURTANT EN VOIE DE SE DÉFAIRE : LE TEMPS DE L'ÉMANCIPATION 1918-1960

La période encadrée entre ces deux dates voit dans la première partie le poids des questions économiques aller sans cesse croissant. D'une part la guerre de 1914 a renforcé notablement le poids du dirigisme, d'autre part la crise de 1929 met au premier plan les questions de nature macroéconomique. L'opinion publique, mais aussi les gouvernants, cherchent à comprendre. Ils sont désarmés²¹. Réciproquement et simultanément, les économistes se lancent aussi dans le débat public et surtout, de nombreux esprits aiguisés qui, sans la crise de 1929, se seraient lancés dans leurs carrières scientifiques et d'ingénieurs, veulent comprendre ce qui se passe et s'estiment armés pour cela, forts de leurs instruments quantitatifs, leur laissant ainsi imaginer que l'économie est analogue à une mécanique dont il suffit de comprendre les rouages et les forces internes²².

²¹ Les crises économiques étaient un phénomène bien connu. Elles abondent dans le dernier tiers du XIX^e siècle, mais elles ont toutes pour caractéristique d'être circonscrites dans le temps, l'espace et des secteurs délimités. Ainsi, par exemple, une crise se déclenche au niveau bancaire en Autriche à la fin du XIX^e. Ces crises avaient toutes en commun de se résoudre spontanément en laissant jouer le jeu naturel des rééquilibrages par adaptation des agents et de leurs réactions face au nouveau paysage conjoncturel. Ce qu'il y a de nouveau dans la crise de 1929, c'est d'une part qu'elle s'étale dans le temps, dans l'espace, et surtout – du moins croit-on – les mécanismes naturels du jeu spontané des forces rééquilibrantes ne semblent pas se produire puisque la crise dure, et même s'approfondit. Les gouvernants et les individus sont donc surpris, perplexes, pris à contre-pied, et tout naturellement se tournent vers ceux qui sont censés comprendre et savoir : les économistes. Cela va assurer, on le sait, la fortune intellectuelle de Lord Keynes qui, tel un magicien, va proposer une panoplie censée relancer la conjoncture, faire baisser le chômage et rétablir les grands équilibres (pour une présentation courte et stylisée du keynésianisme, on consultera Serge Schweitzer notice « keynésianisme » in Guillaume Bernard, Jean-Pierre Deschodt & Michel Verpeaux (dir.), *Dictionnaire de politique et d'administration*, PUF, coll. *Major*, 2011, ainsi que Serge Schweitzer & Loïc Floury, « Keynes-Piketty : Des continuités, une divergence » in *Contrepoints*, 14 septembre 2014). On le sait, cela fait bien longtemps – du moins chez les économistes professionnels – qu'une relecture de la crise de 1929 a été faite, à commencer par l'absurdité de l'assertion selon laquelle le Président Roosevelt, durant la *New Deal*, a mis en œuvre les préconisations keynésiennes. Le *New Deal* est de 1933, et la *Théorie Générale de l'Emploi, de l'Intérêt et de la Monnaie* paraît en 1936... Pour une approche simple, argumentée, à jour et accessible en français, on consultera Florin Altailon, *Crise, Dépression, New Deal, Guerre*, Economica, 2012. En anglais, l'ouvrage qui a tout changé est évidemment celui de Murray Rothbard, *America's Great Depression*, D. Van Nostrand Co., 1973, 5^e édition disponible au *Mises Institute* en format PDF, 2005. Voir aussi André Kaspi, « Le *New Deal* de Roosevelt a vu se succéder des mesures contradictoires » in *Le Monde Économie* du 24 novembre 2008 ; voir aussi Alfred Sauvy, *De la rumeur à l'histoire*, Bordas, 1985, chapitre XIII « Le bienheureux Roosevelt », p. 168-185. Cet article a marqué la fin du mythe d'un *New Deal* ayant vaincu la crise et sauvé l'Amérique. En 1939, le taux de chômage est le même qu'à l'arrivée de Roosevelt et le niveau de la production industrielle est inférieur de 14 % à celui de juin 1933, c'est-à-dire la veille du *New Deal*. Pour une actualisation des données les plus récentes, on consultera également Serge Schweitzer, « Le caractère mythique du *New Deal* : paradis artificiel et enfer des dealers » in Guillaume Bernard & Jean-Pierre Deschodt (dir.), *Mythes et Polémiques de l'Histoire volume II*, Studyrama, 2009, p. 274-280.

²² Deux exemples parmi d'autres : Maurice Allais a expliqué bien des fois qu'il se destinait à une carrière d'ingénieur, chose bien naturelle après un passage à Polytechnique et l'École des Mines. Jeune homme, il est au cinéma et avant le film, découvre dans les actualités, qui étaient alors présentées en première partie, des images de files de chômeurs aux États-Unis. Elles le frappent et l'impressionnent tant qu'il décide instantanément de consacrer sa vie à la compréhension du pourquoi de ce phénomène. Il a maintes fois expliqué du reste combien il était sûr qu'on pouvait comprendre les phénomènes économiques et résoudre aisément les crises pourvu que l'on fut doté d'une agilité d'analyse issue de la boîte à outils de la modélisation et des méthodes quantitatives. Ainsi, l'économie doit bien pouvoir se mettre en équation : elle doit obéir à des mécanismes que l'on peut découvrir. Jérémy Bentham parlait

Cela va donner, et pour longtemps, une coloration mécaniciste à l'analyse économique, et va définitivement faire basculer l'économie politique vers une présentation fortement modélisée, et ce, d'une façon excessive. Ce dernier point est fondamental pour l'histoire que nous racontons car l'introduction de mathématiques à hautes doses, de statistiques, de probabilités et la naissance de l'économétrie (mesurer l'économie) va créer au sein des facultés de droit un groupe particulier d'économistes qui sont les seuls à posséder ces outils alors que tel n'est pas le cas évidemment des juristes. Plus la divergence des méthodes va être perceptible, visible partout et par tous, et plus la tentation de la séparation va être forte. Les juristes et les économistes ne se sentent plus appartenir au même univers : les uns raisonnent avec des mots, les autres avec des chiffres et des courbes. Le fossé ne cesse de s'agrandir avec simultanément deux attitudes semblablement lourdes de conséquences des uns vers les autres.

Pour les économistes, les juristes sont des fabricants de mots dont la discipline est plus proche d'un discours un peu technique que d'une science²³, si bien que les économistes commencent à ressentir un sentiment de supériorité, imaginant que l'utilisation intense des outils quantitatifs va amarrer les sciences économiques aux sciences lourdes. D'un autre côté, les juristes « rient sous cape », constatant que malgré l'accumulation des courbes, équations, modèles, les économistes ne préconisent guère de solutions efficaces et que leurs capacités prédictives sont bien faibles. Ils voient la crise perdurer et s'approfondir, et vont en conclure que l'apparence de la scientificité ne fait pas la vraie science qui comprend, explique et préconise. Naissent donc ici des ambiguïtés, là des incompréhensions, voire même des procès d'intention entre des collègues qui pensent, les uns et les autres qu'au total et finalement, vivre seuls serait préférable à vivre mal accompagnés.

La situation se tend donc sensiblement entre les juristes et les économistes. Les premiers veulent légitimement garder leur position dominante. C'est un réflexe rationnel lorsque dans un duopole, on est l'agent dominant²⁴. Les économistes souhaitent s'émanciper. Le même Gaëtan Pirou, dans l'article de 1937, après avoir loué « l'urbanité des juristes » et le fait qu'ils étaient « des compagnons du quotidien fort agréables » écrit cependant « Mais pourquoi dissimuler que

de « l'arithmétique des peines et des plaisirs ». On doit bien pouvoir trouver les lois de l'économie analogues à celles régissant la physique ou la mécanique. Jacques Rueff, polytechnicien lui aussi, suit rigoureusement la même voie. Comme Maurice Allais (du moins pour ce dernier jusqu'aux années 1990), Jacques Rueff est certes un économiste profondément libéral, mais son libéralisme trouve justement sa source dans l'idée que la non-intervention de l'État permet de ne pas fausser le jeu des équilibres naturels qui font que l'économie ne peut être longtemps en déséquilibre, puisque des forces mécaniques auto-régulatrices et auto-rééquilibrantes sont à l'œuvre. Ceux qui seraient surpris par cette vision de Jacques Rueff seront immédiatement convaincus en se reportant à l'ouvrage fondamental de ce dernier, *Des Sciences physiques aux sciences morales*, Alcan, 1922, réédité dans la petite bibliothèque Payot par la suite. Le projet de Jacques Rueff est clair, son projet de recherche scientifique limpide : *découvrir les lois qui gouvernent l'économie*, lois qui sont de la famille du type des lois de la mécanique céleste.

²³ Sur la nature et les contours du droit, on consultera avec intérêt, mais d'un œil critique, la dernière leçon que Philippe Malaurie prononce à l'Université Paris II Assas il y a 20 ans de cela. Le trimestriel *Commentaire* a pris l'excellente initiative de publier *in extenso* cette dernière leçon sous le titre « Le droit et l'esprit » in *Commentaire* n° 67, automne 1994, p. 609-612.

²⁴ Toutes choses égales par ailleurs, il s'agit donc, parmi les trois familles de duopole, d'une situation presque analogue à un duopole « à la Stackelberg ».

sous ces formes courtoises se cache souvent en réalité un dédain réciproque ? Au fond le juriste, tend généralement à considérer l'économiste comme un bavard ou un rêveur, cependant que l'économiste tient fréquemment le juriste pour un empirique ou un sophiste ou un métaphysicien ».

Pour la clarté du propos, rappelons au lecteur que dans les facultés de droit de l'époque, il y a des cours d'économie, désormais un doctorat possible en économie, que l'une des quatre sections de l'agrégation de droit est la section d'Économie Politique, mais qu'il n'existe toujours pas le cursus en amont (la licence et ce que nous appelons désormais en 2015 le Master). Les facultés de sciences économiques n'existent pas, il y a simplement de l'économie et des économistes au sein des facultés de droit. Tout est occasion alors – ou prétexte – à des controverses byzantines et à des guerres d'usure. Si par exemple, les économistes se focalisent sur la nécessité d'un enseignement obligatoire dans le cursus d'un cours de statistiques, cela effraie les professeurs de droit comme les étudiants. En scrutant aujourd'hui encore l'attitude des étudiants en droit devant le cours d'Économie Politique, on peut aisément déduire rétrospectivement la véritable terreur s'emparant de nombreux étudiants en droit dont le profil entièrement littéraire est rétif à la modélisation, faisant que tant que le cours d'Économie était une aimable dissertation littéraire, il pouvait non seulement être suivi, mais encore être compris, voire même intéressant. Mais lorsque le cours d'Économie remplit des tableaux noirs (et désormais des *PowerPoints*) c'est une autre affaire pour les innombrables étudiants en droit qui ont choisi d'en faire pour justement échapper aux mathématiques et à la formalisation²⁵.

Sur ce tableau scientifique et méthodologique se greffe alors quelque chose d'encore plus profond : les facultés de droit de l'entre-deux-guerres sont des forteresses incontestables d'un certain conservatisme, teintées chez les étudiants d'*Action Française* (actifs et nombreux à l'époque) d'une admiration non dissimulée pour Maurras²⁶. La sociologie et le recrutement des professeurs des facultés de

²⁵ Les motivations des étudiants ne sont obscures que pour ceux qui se refusent à voir la réalité : les étudiants qui rentrent en première année dans les facultés de droit le font de façon très marginale par vocation, ou projet professionnel prédéterminé. Lorsque l'on est peu à l'aise avec les méthodes quantitatives, les facultés de médecine, de sciences, de sciences économiques ainsi que les écoles d'ingénieurs et de commerce vous sont fermées, non pas *de jure* mais *de facto*. Pour beaucoup de parents et d'étudiants, en particulier des milieux aisés, les facultés de lettres sont perçues – à tort ou à raison – comme des lieux d'agitation pratiquant la gréviculture. Par déduction, il reste par défaut la faculté de droit. Certains y trouvent leur chemin de Damas, d'autres sont vite dépassés : ils croyaient aborder des études somme toutes faciles, et surtout requérant peu de technicité. Tant que les autorités responsables au niveau des pouvoirs publics et des facultés de droit n'admettront pas que tel est le profil de beaucoup d'entrants en première année, ils se refuseront à saisir l'occasion de comprendre le taux extraordinairement élevé d'échec en première année qui n'a aucun équivalent dans les autres disciplines. Évidemment l'échec en première année est encore supérieur dans les facultés de médecine et pharmacie, mais ici c'est le *numerus clausus* qui est en cause, et non le niveau de l'étudiant de première année puisqu'ils sont réputés être d'un bon niveau car les « reçus-collés » sont admis, moyennant un court examen de vérification, en deuxième année de droit... On constate du reste qu'ils font souvent de bons étudiants, mais simultanément qu'il est absurde de leur « faire grâce » de la première année qui leur manquera durant tout le reste du cursus.

²⁶ Les quelques enseignants républicains ou fortement marqués à gauche le paient de vexations multiples. Deux exemples suffiront pour mesurer l'activisme de l'*Action Française* : André Thalamas était un professeur au lycée Condorcet dont le cours sur Jeanne d'Arc était très contesté ; une campagne oblige le gouvernement à le déplacer au lycée Charlemagne, avant que le doyen de la Faculté des Lettres ne l'autorise à l'ouverture d'un cours libre sur la pédagogie de l'histoire. Chaque mercredi, l'amphithéâtre Michelet est envahi, Thalamas est molesté, giflé et bien au-delà. Pour revenir aux juristes, qu'il suffise d'évoquer la haute figure du professeur de droit public

droit expliquaient pour partie la tendance majoritaire d'un conservatisme éclairé de la plupart des vénérables et respectables professeurs des facultés concernées. À l'inverse, les économistes les plus en pointe sont clairement républicains : ainsi en est-il de Bertrand Nogaro²⁷, Albert Aftalion ou encore Charles Gide (qui, avec Léon Bourgeois va théoriser le solidarisme). Gaëtan Pirou est plus modéré, mais certainement pas conservateur...

Bref, tout est en place pour que le divorce ait lieu. Les économistes en poste dans les facultés de droit sont en outre d'autant plus incités à se mobiliser et réagir qu'ils se voient concurrencés de l'extérieur par les ingénieurs économistes qui regardent avec condescendance leurs collègues en poste dans les facultés de droit qu'ils considèrent comme d'aimables amateurs, certes cultivés, mais sans assises scientifiques puisque non adossés qu'ils sont à la connaissance approfondie des mathématiques. Quant aux étudiants, ils estiment que les matières nobles et dures sont les matières de droit ; les cours d'économie restent pour eux accessoires, une sorte de folklore qu'il faut bien subir pour limiter la casse aux examens²⁸.

La volonté de créer des facultés d'économie s'affirme chaque jour après guerre ; une nouvelle génération d'économistes (toujours en poste dans les facultés de droit) va alors s'organiser, se comporter comme un *lobby* efficace. Il suffira d'une occasion – elle se présentera en 1968 – pour prononcer le divorce par séparation de corps. Et ce, dans un consentement à peine forcé : les juristes ne sont pas hostiles à l'idée de se débarrasser de collègues guère compréhensibles et de plus en plus progressistes. Les économistes, dont certains se radicalisent en 1968, veulent rompre avec « d'aimables » littéraires que sont les juristes, attachés à leurs traditions, rituels, toges, cérémonies de rentrée, bref toutes ces choses qui semblent bien rétrogrades, pense-t-on à tort, au renouveau de la science économique française.

Gaston Jèze. Considéré comme le « pape » des finances publiques, il est un républicain convaincu. Ses prises de position de plus en plus tranchées dans les années 1930 lui valent pendant plusieurs mois une interruption violente de ses cours durant lesquels François Mitterrand n'est pas le dernier parmi les manifestants hostiles, puisqu'à l'époque il est Volontaire National chez le le Colonel de la Rocque.

²⁷ Député radical des Hautes-Pyrénées de 1924 à 1934, Bertrand Nogaro a été un grand professeur d'Économie Politique. Membre de l'Académie des Sciences Morales et Politiques, il avait le don des formules. Ainsi de sa qualification de l'économiste néoclassique Gustav Cassel, qu'il nommait « une brute déductive ».

²⁸ Comme on le voit, et contrairement aux chansons de Bob Dylan, les temps ne changent pas...

SECTION III

UN DIVORCE CONSENTI :

LE TEMPS DE LA SÉPARATION (1960-1986)

De tous côtés donc, des forces convergentes poussent à l'autonomie, puis à la revendication d'indépendance des économistes. Le « coup d'envoi » est donné par un article de Maurice Allais qui aura une forte influence. Pour ce dernier, « il faut créer une faculté de sciences économiques et sociales dans laquelle on rassemblera tous les enseignements actuellement dispersés, nécessaires à la formation d'un bon économiste »²⁹. L'argumentation du futur Prix Nobel est la suivante : « Il est également à peu près universellement reconnu que la cause fondamentale de notre déclin, c'est d'une part l'association trop étroite de l'économie politique et du droit dans le sein des facultés de droit, et, d'autre part, le fait que l'enseignement économique des facultés de droit est dérisoirement incomplet et que l'ensemble des enseignements nécessairement à la formation d'un bon économiste dans les conditions actuelles est dispersé un peu partout. *Il en résulte à la fois une opposition stérile entre différentes tendances et une inefficacité frappante* ». Maurice Allais reconnaît qu'un grave danger menace la science économique, celle de la spécialisation outrancière. Après avoir rejeté dans le paragraphe qui suit l'imitation des modèles universitaires anglo-saxons, Maurice Allais va alors plaider pour la création de facultés de sciences économiques et sociales. Procédant sans doute un peu hâtivement, il écrit « L'association trop étroite de l'enseignement de l'économie politique et de celui du droit doit être supprimé. Sur ce point, nous pensons que tous les éléments intéressés peuvent facilement tomber d'accord ». Fort de ce constat, sa préconisation est la suivante : sous le titre « Ce que pourrait être l'enseignement d'une facultés des sciences économiques et sociales », Maurice Allais peut écrire « L'enseignement dans la facultés des sciences économiques et sociales [...] devrait donc comprendre l'enseignement de l'économie, de la statistique, du droit, de la sociologie, de l'histoire et de la science politique. L'enseignement de l'économie lui-même devrait aller de la théorie pure jusqu'à la description des institutions en passant par la comptabilité, les mathématiques financières, la démographie, les finances publiques, la technologie, l'organisation scientifique du travail, l'administration des affaires, la géographie économique, etc. »³⁰.

Cet article de Maurice Allais donne le coup d'envoi de démarches de plus en plus pressantes de la part de groupes bien organisés et tactiquement efficaces, ayant pour modèle la façon dont la sociologie a acquis dans les facultés des lettres son autonomie. Mais il nous apparaît comme peut-être encore plus remarquable, et en un certain sens prophétique, que dans le même numéro de la *Revue d'Économie Politique*, un économiste mondialement connu à l'époque,

²⁹ Maurice Allais, « Pour la création de facultés de sciences économiques et sociales » in *Revue d'économie politique* 1953, vol. 63, n° 1, p. 212-220. Dans un autre texte de son livre, *Abondance et misère*, Librairie de Médicis, 1946, le futur Prix Nobel reproche vertement à l'enseignement de l'économie dans les facultés de droit d'exclure les questions concernant « l'économie pure, les techniques industrielles [...] les mathématiques financières, la démographie, la géographie économique ».

³⁰ Maurice Allais, « Pour la création de facultés de sciences économiques et sociales », *op. cit.*, p. 217.

François Divisia, soumette un article en sens contraire, intitulé « Contre une coupure entre études économiques et études juridiques »³¹. L'argumentation de François Divisia est assez complexe, mais extrêmement pertinente. Il nous apparaît qu'elle n'a pas vieilli, et que l'on serait peut-être bien inspiré de porter attention à deux distinctions que notre auteur propose. Il prend acte que l'université forme d'abord des praticiens et accessoirement des savants. Or, les besoins pour la formation des premiers ne sont pas identiques aux nécessités à mettre en œuvre pour former les seconds. Dans une seconde distinction, il va séparer les matières destinées à former l'esprit et celles à meubler l'esprit. Quant à la première distinction, lisons ce qu'il écrit : « Ce qu'il convient d'abord de dégager de ce qu'il précède, c'est que pour l'économique, l'organisation universitaire doit être conçue au départ et comme base, en fonction des besoins de la formation des praticiens. Or, pour les praticiens, le droit et l'économie sont liés. *In abstracto*, un calcul d'élasticité de la demande n'a rien à voir avec le droit. *In concreto*, toute question de demande, de débouché, est sous l'empire d'une certaine législation des prix et de la production. Symétriquement, le droit traitant de rapports entre les hommes, la grande majorité de ces rapports met en cause des questions relatives aux biens, donc, à quelque égard, économiques. Naturellement, il y a des dosages entre droit et économie selon les cas ; mais c'est là une question seconde [...] en gros et en général, à tous les praticiens qui ont besoin de droit ou d'économie, il faut aussi l'autre discipline »³².

Puis, en des termes simples et puissants, François Divisia nous donne son sentiment sur la dénomination chère à Maurice Allais des facultés de sciences sociales : « La dénomination « facultés des sciences sociales » paraît mauvaise car désigne un tout mal défini et qui risque d'être superficiel ; pour la formation des praticiens, et à l'âge universitaire, la culture générale exige une discipline-tronc, le mot discipline indiquant que l'esprit doit se plier à des exigences précises, à raison de problèmes d'action à résoudre, et non pas à se nourrir simplement de clartés de tout ».

Quant à la deuxième proposition de l'auteur, il écrit : « Dans quelle mesure la « formation de l'esprit » [...] doit-elle s'accompagner ou de se compléter d'un « ameublement de l'esprit » [...] ? C'est une question de plus ou de moins [...] mais le maximum à rechercher ne doit pas l'être au détriment du jumelage des deux cultures, économique et juridique, dans une seule et même faculté. ». Au total, François Divisia reconnaît que la création d'une faculté d'économie indépendante présenterait des avantages de commodités et facilités (on dirait aujourd'hui de lisibilité). Mais il fait remarquer que lorsque l'on considère plus

³¹ Cet économiste français est né en 1889, mort en 1964. Si Maurice Allais est à X-Mines, Divisia lui rend la parolle en étant pour sa part X-Ponts et Chaussées. Il succède à Clément Colson comme professeur à Polytechnique, avant d'enseigner au Conservatoire national des arts et métiers et à l'École nationale des ponts et chaussées. Il fut, chose très rare pour un français, Président de la Société Mondiale d'Économétrie (Jean Tirole, prix Nobel d'Économie 2014, occupa également cette place). Homme discret, il était l'ennemi de l'activisme universitaire (ce qui n'a pas facilité le jugement sur la dimension décisive de ces travaux) et fut rendu célèbre pour le calcul d'un indice nommé « Divisia », aujourd'hui encore utilisé. Pour une présentation de l'homme et du savant, voir l'hommage que lui rend René Roy dans son article « François Divisia 1884-1964 » in *Econometrica*, juin 1965, vol. 33, n° 3, p. 635-640.

³² François Divisia, « Contre une coupure entre études économiques et études juridiques » in *Revue d'économie politique*, vol. 68, 1953, p. 204-211.

les moyens que les buts, lorsque l'on porte plus d'attentions aux locaux et aux postes qu'au contenu des études, le long terme est sacrifié au profit du court terme. Et de conclure de façon prophétique, « La séparation de l'économique et du droit créerait entre ces deux disciplines un fossé qui n'existe que trop déjà et qui deviendrait vite un abîme sur les deux plans intellectuel et pratique, droit et économique en pâtiraient également. Des facilités didactiques immédiates résultant de la séparation [...] pourraient tirer des avantages à court terme d'enrichissement superficiel ; ce serait au détriment de la profondeur de la culture ».

Les pouvoirs publics entrent dans le jeu : les commissions de réforme se succèdent et les colloques se multiplient, si bien qu'un bouillonnement règne dans l'université, annonciateur de 1968 si l'on avait été attentif (mais il est toujours facile de reconstruire *ex post*). En fait, c'est d'une part autour de la sociologie dans les facultés de lettres – qui elle aussi revendique d'être filière à part entière – et autour des sciences économiques d'autre part, que le débat se focalise dans des termes sensiblement identiques. Les économistes comme les sociologues se considèrent comme la partie sérieuse de cet ensemble. Les premiers sont globalement plus à gauche que les juristes, de même que les sociologues vis-à-vis de leurs collègues philosophes, lesquels sont globalement plus conservateurs. Ce sont donc exactement les mêmes problématiques, l'une de nature scientifique, l'autre de nature politique, qui poussent les économistes vers la rupture.

La relecture de ces années 1960 est significative de l'attitude des économistes français en poste dans les facultés de droit. La nouvelle génération crée en 1966 le Groupe d'Études des Problèmes Économiques (GEPE). Cette association 1901 est composée autour d'André Babeau, Claude Ponsard, André Nicolaï, Alain Bienaymé ou encore Pierre-Henri Derycke. Dans la toute nouvelle Faculté de Droit de Rouen, 25 économistes se réunissent en septembre 1966 ; ils ont tous en commun d'avoir réussi l'agrégation depuis moins de dix ans et représentent la quasi-totalité des grandes universités de province. Stratégie habile car, étant tous agrégés, on ne peut les taxer d'opportunisme carriériste, ni de parisianisme. La faculté de droit de Paris, totalement unifiée jusqu'en 1968, apparaît alors comme déjà monstrueusement hydrocéphale, et les jeunes économistes concernés peuvent se présenter en girondins menant bataille contre les jacobins, thème facile mais toujours populaire dans les universités comme ailleurs³³.

C'est qu'entre-temps, il s'était produit quelque chose de considérable : 1960 voit la création de la licence d'économie. Tout le cursus d'économie existe alors, mais chose capitale, les économistes sont toujours en poste dans les facultés de droit et de sciences économiques. Non seulement le droit vient avant dans la dénomination (ce qui peut aisément se comprendre en raison de l'antériorité des juristes), mais en outre en nombre de postes, la pondération penche de façon écrasante en

³³ La liste des participants est impressionnante. Tous du reste, à des titres divers, ont ensuite réussi de belles carrières. Ainsi de Jacques Austruy (Lille), André Babeau (Lille), Jean Bénard (Poitiers), Pierre Biacabe (Orléans), Alain Bienaymé (Dijon), François Bilger (Strasbourg), Guy Caire (Grenoble), Jacques Cédras (Rouen), André Chainneau (Poitiers), Alain Cotta (Caen), Jean Fericelli (Lyon), Patrick et Sylviane Guillaumont (Dakar), André Le Bourva (Rennes), Robert Le Duff (Rennes), Emile Levy (Caen), Pierre Llau (Grenoble), Henri Mercillon (Dijon), Colette Nêmc (Lyon)... On se permettra de souligner sans perfidie combien une fois les objectifs atteints, les préoccupations peuvent évoluer. On a dit *supra* que les professeurs en poste à Paris avaient été boycottés dans une volonté claire de jouer les facultés de province *versus* la faculté de droit de Paris. Quelques années après, 15 des professeurs d'économie de la liste étaient en poste à Paris I, II, IX ou X. Sculs André Chainneau finira sa carrière à Poitiers, Bilger à Strasbourg, les époux Guillaumont à Clermont-Ferrand, Le Bourva à Rennes et Ponsard à Dijon.

faveur des juristes. Et ils le font sentir lourdement : à Paris, entre 1945 et 1968, les économistes occupent une fois le décanat avec le doyen Alain Barrère ; dans la puissante faculté de droit d'Aix-en-Provence (sans doute la seconde après Paris dans ces années), les économistes ne l'obtiennent pas une fois³⁴.

Pourtant, si les économistes ont la satisfaction de disposer d'un *cursus*, ils demeurent subordonnés aux facultés de droit. Mais encore et sur le fond, l'essentiel du propos est de constater quand même combien les deux disciplines sont encore organiquement liées. Prenons l'exemple tout à fait significatif des programmes des cours des 4 années de licence es sciences économiques pour l'année universitaire 1966-1967 dans les facultés d'Aix-en-Provence (la dernière avant le bouleversement que l'on sait de l'année suivante qui aboutira à la création des facultés de sciences économiques, permettant aux économistes d'être maîtres de leur programme... Si bien qu'immédiatement et bien malheureusement la place du droit va s'y réduire comme peau de chagrin). En première année, les matières de droit représentent un peu plus de 50 % de la licence es sciences économiques. Le Civil, le Constitutionnel et l'Histoire des Institutions sont trois matières annuelles. Les économistes se contentent d'un cours annuel d'Économie Politique et d'un cours annuel de mathématiques et de statistiques, chacun n'occupant qu'un semestre. Si bien que les 3/5^e des heures de cours sont des cours de droit. La situation change à peine en 2^e année : les mathématiques, la démographie, les statistiques et la comptabilité ont droit à un semestre ; les juristes ont la satisfaction de pouvoir délivrer des cours en Théorie des Obligations, Institutions Administratives, Institutions Internationales et Finances Publiques. La coloration change en faveur cette fois des économistes, mais non substantiellement, puisque l'addition des semestres donne sept semestres d'économie et quatre en droit. La 3^e année voit l'économie prendre le dessus, mais les étudiants de la licence es sciences économiques doivent encore suivre un cours annuel de Droit Commercial et semestriel de Droit du Travail. Avec huit semestres pour l'économie, et trois pour les juristes, les économistes l'emportent. Et tout naturellement, en 4^e année puis en DES, les cours d'économie représentent 100 % des enseignements. On le voit, les économistes ont encore une teinture juridique forte, puisque dans les trois premières années, treize semestres sont consacrés au droit, contre dix-huit aux sciences économiques et aux méthodes quantitatives.

Pour un panorama complet, on se reportera à l'encadré qui suit dans la page suivante, qui permettra aussi de constater que les économistes, dans une faculté aussi importante qu'Aix-en-Provence, sont seulement huit Professeurs et Maîtres de Conférences agrégés et trois Maîtres-Assistants tandis que des Chargés de Cours vacataires complètent l'effectif.

³⁴ Sur ces sujets, on lira aussi avec profit Pascal Le Merrer, « L'affirmation de l'économie comme discipline scientifique : une histoire française particulière », in *Tracés* 2011, vol. 3, HS n° 11, p. 163-174.

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES Programme des Cours des Quatre Années de la Licence de Sciences Economiques 1966-1967

PREMIERE ANNEE

Introduction à l'étude du Droit et Droit civil	M ^{re} Y. LOGN, professeur M. R. VEDOT, maître assistant
Droit constitutionnel, Institutions politiques	MAL M.-H. FABRE, recteur honoraire J.-Cl. VENEZIA, professeur
Economie politique générale	M. LATIL, professeur
Histoire des institutions publiques et lois sociales (jusqu'à la Révolution)	A. BELTRAMONE, chargé de cours
Mathématiques préparatoires à l'économie (1 ^{re} sem.)	L. MENAGER, professeur
Statistiques (2 ^e semestre)	J.-Cl. PERRIN, professeur A. BELTRAMONE, chargé de cours

DEUXIEME ANNEE

Economie politique générale	MAL J. GARELLO, chargé de cours
Théorie des obligations (1 ^{er} semestre)	M. DORTCHVILZ, maître de conférences agrégé
Institutions administratives (2 ^e semestre)	J. BARALE, maître assistant
Finances publiques (2 ^e semestre)	J. BOURRINET, maître assistant
Histoire des faits économiques contemporains (1 ^{er} semestre)	M. PAROOL, maître de conférences agrégé
Institutions internationales (1 ^{er} semestre)	M. ROBIN, professeur
Démographie (2 ^e semestre)	P. HUON, professeur
Mathématiques (2 ^e semestre)	B. JAHNIN, chargé de cours
Statistiques (1 ^{er} semestre)	J. VORANGER, maître assistant
Principes de comptabilité privée (1 ^{er} semestre)	BARETTE, assistant

TROISIEME ANNEE

Economie politique - Fluctuations et créances	MAL Cl. ZARCA, professeur
Economie internationale	G. MAROT, professeur
Histoire de la pensée économique	J. BOURRINET, maître assistant
Droit commercial	R. GARNON, chargé de cours
Droit du Travail (1 ^{er} semestre)	X. BLANC-JOVAN, professeur
Mathématiques (2 ^e semestre)	B. JAHNIN, chargé de cours
Statistiques (1 ^{er} semestre)	J. VORANGER, maître assistant

QUATRIEME ANNEE

A. — COURS COMMUNS	MAL
Economie politique : Systèmes et structures, politique de développement	Cl. BENSOUSSAN, chargé de cours
Economie et Institutions financières (1 ^{er} semestre)	M. PAROOL, maître de conférences agrégé
Comptabilité nationale (2 ^e semestre)	M. SAUAS, chargé de cours
Histoire des faits économiques jusqu'au XVIII ^e siècle (1 ^{er} semestre)	A. WALA, professeur
B. — OPTIONS	
Economie des pays industrialisés :	
Sociologie économique	R. GURMEUF, professeur
Planification (1 ^{er} semestre)	J.-Cl. PERRIN, professeur
Statistique de la circulation (2 ^e semestre)	J. VORANGER, maître assistant
Economie du travail et de la répartition	F. SELLIER, professeur
Economie des pays en voie de développement :	
Sociologie économique	B. GURMEUF, professeur
Planification (2 ^e semestre)	J. GARELLO, chargé de cours
Economie africaine et méditerranéenne (1 ^{er} semestre)	M. LATIL, professeur
Problèmes administratifs des pays en voie de développement (2 ^e semestre)	J. BARALE, maître assistant
Economie de l'entreprise :	
Politique générale de l'entreprise (2 ^e semestre)	M. SAUAS, chargé de cours
Contrôle de gestion (1 ^{er} semestre)	ROUGIER
Gestion commerciale (2 ^e semestre)	P. LUCAS, maître assistant
Gestion financière (1 ^{er} semestre)	M. PAROOL, maître de conférences agrégé

Est-il nécessaire d'insister en regard et par comparaison sur les effectifs de la faculté de droit d'Aix-en-Provence ? Nul ne s'étonnera que les économistes étaient pour les juristes une sorte d'annexe, un fort appoint. Mais tout va changer en 1968 : la séparation est prononcée. Les facultés d'économie obtiennent leur pleine autonomie et délivrent leurs diplômes. Comme souvent, après une cohabitation douloureuse, faite de quelques joies mais aussi d'aigreurs accumulées, les économistes ne vont avoir de cesse dans les années suivantes de s'écarter chaque jour plus des facultés de droit en tous domaines, et comme sciemment, afin de marquer un point de non-retour.

La stratégie est claire : il s'agit de créer un fossé d'une telle ampleur que, quels que soient les événements et les réformes, un retour dans le giron des facultés de droit devienne matériellement, intellectuellement et institutionnellement impossible³⁵. Pour notre part, nous sommes prêts à plaider que cette séparation s'est faite pour une utilité bien faible et une désutilité bien plus grande. Il nous semble que des articles parus dans la *Revue d'Économie Politique* sur le sujet n'ont pas pris une ride. Ainsi dans ce numéro un peu particulier, insérant un premier hommage à Charles Rist – décédé quelques jours plus tôt – cette livraison s'ouvre par un article du doyen de la Faculté de droit de Rome, Giorgio Del Vecchio, intitulé « Remarques sur les rapports entre le droit et l'économie »³⁶. L'auteur avait déjà, dans un précédent article de la *Revue d'Économie Politique* publié un essai intitulé « Droit et Économie »³⁷. Le professeur Luidgi Einaudi, économiste éminent en particulier en méthodologie économique, Président de la République italienne dans les années 1950, lui avait répondu. Le doyen Del Vecchio revient sur cette controverse. Laissons là le fond de l'affaire pour nous concentrer, dans ce même numéro, sur un article admirable de profondeur de Daniel Villey intitulé « Commentaire d'une controverse »³⁸.

³⁵ Ce que les économistes ne savent pas encore, mais vont vivre bientôt à leur détriment, c'est que par un de ces clin d'œil que l'Histoire aime parsemer, une mésaventure comparable va leur arriver. Certes, il n'y a pas de *cursus*, aujourd'hui encore, encodé « LMD » en gestion. Mais les gestionnaires devenant plus forts et plus nombreux au sein des économistes, ont obtenu la création d'un doctorat, puis l'agrégation, le tout accompagné simultanément – et comme un couronnement – de la création de la sixième section « sciences de gestion ». Cette histoire est contée dans la postface du présent ouvrage rédigée par l'actuelle directrice de l'IAE d'Aix-Marseille, Virginie de Barnier. Aujourd'hui et depuis plusieurs concours d'agrégation, il y a trente postes en gestion tous les deux ans *versus* quinze pour les économistes. La cinquième section est d'ores et déjà dépassée par la sixième section, phénomène qui va s'accroître lourdement au détriment des économistes. Si l'on ajoute une baisse sensible du nombre d'étudiants dans le *cursus* « sciences économiques » traditionnel, les sciences économiques vont bientôt se retrouver un jour dans une situation où elles risquent de regretter *amèrement* de s'être séparées des puissantes facultés de droit. Car, de 1968 à nos jours, si les économistes voient leurs positions ici s'effriter, là s'effondrer, les facultés de droit elles, ont encore accru leur puissance et peuvent même se permettre, dans certains cas, de vivre leur vie de façon complètement indépendante, telle, à titre d'exemple, Paris II. Rétrospectivement, le calcul des économistes de se séparer de leurs puissants suzerains s'apparente à une forme de suicide. Il vaut mieux quelquefois vivre sous la tutelle d'un maître bienveillant qu'en individu libre mais désarmé (nous adoptons ici un point de vue utilitariste, celui de la seule efficacité qui est en l'occurrence et dans notre propos, le seul critère déterminant. Bien sûr, s'il s'agit de dire qu'il vaut mieux être un homme libre qu'un esclave, même bien nourri, nous en sommes d'accord. Mais ce n'est pas la question traitée dans le propos). Il s'agit simplement de se poser lucidement la question : la position des économistes serait-elle supérieure comme force autonome cohabitant dans la même structure institutionnelle, que de vivre sa vie petit et isolé ? Posons autrement la question : les économistes pèsent-ils plus en étant indépendants dans les universités pluri-disciplinaires dans lesquelles les facultés de sciences économiques sont souvent considérées comme entités négligeables par les médecins, scientifiques ou les juristes ? Ou bien auraient-ils plus d'influence en faisant corps avec les juristes de manière à peser plus dans les nouvelles configurations telles Bordeaux, Strasbourg, Marseille, toutes dotées désormais d'une seule et même université pluri-disciplinaire ?

³⁶ Janvier/février 1955, p. 7-12.

³⁷ Septembre/octobre 1935.

³⁸ Janvier/février 1955, p. 13-25.

Dans un style unique qui était le sien, le seul titulaire de la chaire de philosophie économique – personne ne lui a succédé, ce qui n'est pas sans signification – s'interroge sur la controverse *supra*.

Dans son papier, divisé en vingt-six courts paragraphes, Villey prend assez clairement partie pour l'épistémologie économique du Président Einaudi. Dans le sillage de Pareto, Robbins, Von Mises, dont il cite abondamment la définition de la praxéologie, l'auteur défend l'idée que le concept fondamental de l'Économie Politique est l'intérêt. « Je ne dis pas que l'intérêt soit l'objet de l'Économie Politique. Mais il circonscrit son domaine, et donc le définit » (p. 18). À partir du paragraphe 17, Villey réfléchit à l'Économie Politique comme situation par rapport à la morale et au droit. Il va plaider que l'esprit de l'économiste doit se déployer en plusieurs territoires. Ici il peut élargir son champ, là au contraire, le rétrécir. Mais il ne doit jamais mêler et au contraire, toujours séparer, l'explication de l'appréciation. Dans ce que nous considérons comme une authentique fulgurance, Villey définit ainsi le droit : « le droit, c'est, pour l'économiste, la règle du jeu des intérêts » (p. 24). Le droit est donc l'arbitre des intérêts rivaux. Poussant son idée, peut-on risquer la formule suivante ? Le droit c'est la procédure de pacification des intérêts antagonistes, rivaux, et adverses. C'est également la ligne de démarcation entre ce qui est ici permis, là interdit. Si, poursuivant Villey, et l'interprétant, il y a quelque vérité dans les propos *supra*, alors le droit et l'économie sont encore plus interpénétrés que nous l'avons évoqué jusque-là. **Le droit réfléchit l'économie, l'économie reflète la règle de droit.**

Si ces pensées sont justes, il est absurde de séparer les deux disciplines. Le droit informe l'économie, l'économie est enchâssée dans le droit. La règle du jeu est donnée par le droit. Le déroulement de la partie elle-même, pour sa part, est en prise avec les acteurs de la vie économique. Alors – et de nouveau si nos définitions sont les bonnes – les lignes qui achèvent l'article de Villey sont d'autant plus prophétiques qu'elles datent de 1955. « Et donc, isolées l'une de l'autre – le droit de sa raison d'être essentielle qui est de soumettre la mêlée des intérêts à un ordre favorable à l'intérêt général ; l'économie de cette donnée primordiale de son problème qu'est la règle juridique du jeu des intérêts – l'une et l'autre discipline ne pourrait que dégénérer qu'en stérile scolastique. Le juriste et l'économiste sont frères siamois. En Italie comme en France, on a gardé jusqu'à présent le bon esprit de respecter la nature et de maintenir leurs enseignements dans le cadre des mêmes cycles d'études. Dieu retienne le scalpel de ces chirurgiens barbares qui complotent de les séparer au risque de leur dépérissement, peut-être leur mort ».

Notre profonde conviction est la suivante : en voulant à toute force se séparer des juristes, les économistes ont commis péché d'orgueil et pour un plat de lentilles, c'est-à-dire quelques postes et crédits, ont affaibli dramatiquement la discipline. « Il ne peut être bon économiste celui qui n'est qu'économiste » (John Stuart Mill [formule reprise abondamment par Hayek]). Mais en laissant partir les économistes, les juristes ont fait un calcul à courte vue : ils continuent à travailler par les mots l'enveloppe des choses, mais n'ont plus à leur disposition la substance des choses apportée par l'économiste.

Daniel Villey a-t-il péché par pessimisme et emphase quand il parle des « chirurgiens barbares ? ». Prenons un simple exemple. Une précaution s'impose cependant. Les collègues cités sont de haute qualité et demeurent d'excellents économistes au sens de la virtuosité de l'utilisation de la boîte à outils des économistes. Pourtant, ils illustrent jusqu'à la caricature ce que Daniel Villey entrevoyait, prévoyait et spéculait. Restons justement dans la même revue et projetons-nous presque 60 ans

après, soit la *REP* de juillet-août 2013, n° 4. Ce numéro rend compte des Journées de Microéconomie Appliquée 2012. Des collègues, par ailleurs brillants, se mettent à cinq pour produire un article – qui plus est parfaitement illisible pour le profane – sur un sujet dont l'importance est si vitale qu'il n'échappera à personne que l'argent de l'impôt est judicieusement placé dans la recherche publique. L'article a en effet pour thème « Analyse de l'éco-efficience du secteur laitier réunionnais : confrontation des objectifs productiviste et environnementaliste » !

Pour ceux qui croient que nous avons choisi le biais de la controverse, glanons dans le même numéro quelques autres articles. L'un d'entre eux, dont la portée est universelle, s'intitule « Hétérogénéité de l'impact de l'assurance-santé sur les comportements d'épargne en Chine rurale »... Le papier précédent porte sur « L'hétérogénéité dans le marché de travail informel en Egypte : questions de choix ou d'obligation ? ». Mais n'a-t-on pas nous-même fait preuve d'un biais ? Prenons alors le n° 1 de la *REP* de la même année. Sur les cinq articles composant le numéro, proposons à la réflexion du lecteur deux titres. Trois collègues angevins nous proposent l'article suivant : « Anomalies et paradoxes des choix alimentaires : et si les carottes n'étaient pas orange ? ». Deux autres collègues ne manquent pas de soulever une question *vitale* : « Efficience des clubs français de football de ligue 1 et 2 ». L'article ne prend pas moins de trente pages. On se tromperait totalement si l'on croyait à un choix délibéré pour la polémique. Les collègues en question font preuve d'une virtuosité en termes de modélisation époustouflante. Notre propos est tout autre : des collègues d'un très haut niveau appliquent un capital humain de haute tenue sur des sujets dont nous n'avons même pas à démontrer qu'ils n'en sont pas ! La science économique est devenue *folle*, totalement *narcissique*, se mirant dans les modèles et se demandant « Puis-je encore les raffiner ? ».

Pour écrire les lignes *supra*, nous avons passé en revue les soixante dernières années de la *REP*. On ne sait, dans les années 1950 et 1960 ce qui l'emporte entre la profondeur de la réflexion et l'enjeu des sujets traités. D'immenses esprits se frottaient à d'immenses enjeux. Il est arrivé à l'analyse économique le même accident qu'aux sciences juridiques. Les très grands juristes portaient tous leurs efforts vers la recherche du vrai et du juste, bandaient toute leur énergie vers les interrogations essentielles du droit. En lieu et place aujourd'hui, des positivistes virtuoses du commentaire d'arrêt, justifiant l'injustifiable, refusant même de s'interroger sur les fins du droit.

Juristes / économistes d'aujourd'hui, peu importe le flacon pourvu qu'on ait l'ivresse. La cause, non unique mais essentielle, de cette double dérive provient du divorce suicidaire de nos deux disciplines. Au risque de volontairement nous répéter, qu'il soit de nouveau soumis à la réflexion du lecteur la définition suivante :

L'économie étudie les mobiles et raisons du jeu des intérêts. Le droit est le réceptacle dans lequel se nouent les limites imposées aux contrats implicites et explicites, fruits du jeu des intérêts.

Au-delà de ces questions tactiques et stratégiques, qui pèsent lourd certes, la question principale est bien évidemment celle du fond : les juristes et les économistes ont-ils des choses – ou non – à se dire ? Si oui, de quelle nature ? Et sur quel(s) territoire(s) ? Ces deux disciplines suivent-elles pour toujours et à jamais, des chemins séparés ? Ou bien, comme nous en posons fortement l'hypothèse – banale selon nous, audacieuse pour certains – le droit et l'économie sont-ils les deux faces de la même pièce de monnaie, pièce qui sur une face est représentée par la science des échanges en tous domaines, et qui sur l'autre face, inscrit ces échanges au sein de « l'agir humain » ? C'est volontairement que nous

répétons que l'économie, en première analyse, étudie les raisons et les motifs du « pour-quoi sommes-nous poussés à coopérer ? » et que le juriste, pour sa part et en l'espèce, va étudier les formes, modalités, contours et arrangements adoptés pour arriver à nos fins. Comment les deux disciplines peuvent-elles se rejoindre ? L'interface qui va jeter un pont entre les deux rives momentanément séparées, est évidemment l'AED. Dans le rôle du créateur et du guide, l'éminente figure de Richard Posner s'impose³⁹.

La réception de l'AED a été globalement triomphale aux États-Unis. Elle a été bien ressentie dans de multiples pays européens, mais largement incomprise en France. Malgré quelques exceptions, les juristes ne cachent pas une hostilité ouverte. Leur point de vue dominant est que l'AED constitue l'ultime avatar des mauvais coups des économistes, qui après être sortis par la porte des facultés de droit en 1968, voudraient rentrer par la fenêtre. Les juristes, avant même trop souvent d'examiner le fond et les enjeux, ont marqué leurs réticences et même leur hostilité dans un réflexe identitaire qui doit tout au protectionnisme intellectuel, et bien peu à l'examen argumenté de ce que dit réellement l'AED. Ajoutons que l'AED étant d'origine essentiellement américaine, beaucoup ont vu dans la matière la modalité technique et présentable d'un projet tenant du complot dont le contenu serait tout simplement d'imposer la *Common Law* aux pays de droit romain. Vaillamment, les français sont les seuls à résister et les facultés de droit sont le siège de cette résistance. C'est le syndrome d'Astérix. Les facultés de droit sont le village gaulois.

On comprend mal la position totalement isolée des juristes français face à l'AED si l'on n'insère pas ce refus dans une thématique globale qui consiste à penser que la culture, la chanson, le cinéma, les pratiques culinaires... bref, le mode de vie français est menacé par une vague d'uniformisation qui a pour dessein de tout raser afin de permettre la mise en place d'habitudes, de mœurs et d'institutions préparant la domination des États-Unis sur le monde entier sans plus d'obstacles. Mais la résistance peut s'organiser. De même que l'installation d'Eurodisney à Marne-la-Vallée est le fait générateur qui a suscité en retour la création en Vendée du Puy-du-Fou qui se veut son contre-pied total, de même l'AED peut être contenue par la résistance des facultés de droit en France, refusant que le droit français disparaisse dans un informe magma où l'apparence de la diversité cacherait en fait une volonté d'impérialisme pour mettre en place les outils permettant au capitalisme anglo-saxon de se déployer désormais sans rencontrer d'obstacles. Or, le droit pourrait être un obstacle très lourd⁴⁰.

³⁹ Voir la deuxième partie de l'ouvrage.

⁴⁰ Dans sa leçon terminale (voir note de bas de page n° 22) le professeur Philippe Malaurie rappelle qu'il enseigne le « droit civil français ». Dans un court propos introductif, le professeur Jean-Claude Casanova, pourtant de sensibilité très centriste, écrit « [...] et redonnons à son auteur un titre qui n'aurait jamais dû être défilé et qui date d'avril 1679 et de l'édit de Saint Germain : Philippe Malaurie, professeur de droit civil français à la faculté de droit de Paris ». Cela peut paraître anecdotique, mais l'on aurait grand tort de le penser. Quand un professeur de cette envergure, à la fin du XX^e siècle, pense avec nostalgie qu'il est important d'enseigner le droit civil *français*, on mesure l'hostilité à l'universalité des règles qui caractérise nos intellectuels. Ceux qui imagineraient le professeur Casanova, agrégé de sciences économiques, comme un nationaliste étroit se trompent évidemment totalement, ce qui en dit long sur l'ampleur du phénomène. Le professeur Casanova a été le directeur de cabinet à Matignon pendant cinq ans de Raymond Barre, et dans une interview récente au Figaro (Charles Jaigu & Maric-Amélie Lombard, « L'heure de vérité approche pour Hollande » in *Le Figaro* du 4 avril 2014), rappelle qu'il a voté François Hollande en mai 2012. Quand un disciple explicite de Raymond Aron, fidèle de Raymond Barre, évoque avec nostalgie le temps où les professeurs avaient pour dénomination la matière enseignée suivie de la nationalité, on mesure combien il est aisé de présenter l'AED non comme une percée scientifique, mais comme un instrument de combat dans la stratégie impérialiste des États-Unis afin d'imposer un modèle universel dont le but serait de faciliter la marchandisation de tout, y compris des corps à travers les institutions du marché. Du reste et pour preuve décisive, le professeur Posner lui-même, père de l'AED contemporain, n'est-il pas partisan de la GPA et de la vente des organes ?

ANNEXE II

UN EXEMPLE COUVRANT L'ENSEMBLE DE LA PÉRIODE : L'ÉCONOMIE À LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE⁴¹

Une illustration pertinente pour appuyer les hypothèses développées dans cette section consiste à retracer l'histoire de l'analyse économique au sein de la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence dans la période couverte par notre chapitre premier, c'est-à-dire de 1877 à 1986. Nous savons déjà qu'en 1883, la première chaire d'économie est créée à Aix et est attribuée à un agrégé de droit, le professeur Alfred Jourdan, qui va occuper la plus haute charge possible à l'époque, celle de doyen. Il est l'auteur d'un manuel fort utilisé à l'époque et qui commence par cette phrase que les ignorants imaginent sectaire, mais qui est d'une actualité remarquable, puisque son manuel commence par les mots suivants : « Être économiste ou être socialiste, il faut choisir ». Pour nos lecteurs étudiants juristes, rappelons que le socialisme signifie, en analyse économique, non pas la social-démocratie, mais être partisan de l'économie de plan impérative, c'est-à-dire l'économie gouvernée du centre par un plan quinquennal autoritaire, obligatoire, s'imposant à tous.

À l'aune de ce critère, il n'y a plus un économiste professionnel universitaire au monde qui soit partisan de la technique de la planification obligatoire et donc, la phrase du doyen Jourdan est redevenue d'une vérité absolue depuis la chute du mur de Berlin en 1989. Être socialiste ou économiste, il faut effectivement choisir : adhérer à une telle idéologie est contraire à la méthode scientifique et aux résultats standards de l'analyse économique. Quoique libéral, on sait que par sa participation à la *Revue d'Économie Politique*, Alfred Jourdan a porté un coup sérieux au *Journal des Économistes* qui servait de structure d'accueil aux écrits des économistes libéraux français. Jourdan a l'honneur d'inaugurer la REP puisque le premier article du premier numéro est signé de sa main et a pour titre « De l'enseignement de l'économie politique », plaidoyer *pro-domo*, offensif pour l'enseignement universitaire.

En 1896, Camille Perreau lui succède avant d'être attiré par le tropisme parisien⁴². Un agrégé du concours de 1903, Albert Schatz, prend la suite. Il est de la même obédience puisque dans son livre *L'individualisme économique et social* (1907), il consacre une large place aux libéraux français⁴³. Lui succède Henri Babled de 1905 à 1909, puis Barthélémy Raynaud. Ce dernier sera le doyen de la faculté de droit d'Aix dans une période bien délicate à administrer puisqu'il s'agit de 1937 à 1943. Il est l'auteur, entre autres, de *La loi naturelle en économie politique* (trois tomes étalés de 1936 à 1945). L'importance de l'économie n'est donc pas négligeable à la faculté de droit d'Aix, même si elle reste une discipline

⁴¹ Les propos qui suivent doivent beaucoup à l'article de Jean-Yves Naudet, *op. cit.*

⁴² On a déjà noté combien les tendances lourdes ne changent décidément pas...

⁴³ Cet ouvrage est de nouveau accessible auprès de l'Institut Coppet (2012), mais également des Belles Lettres (2013).

de second rang. À la veille de la seconde guerre mondiale, il y a un professeur d'économie (Barthélémy Raynaud) et un jeune chargé de cours (le futur doyen Gérard Marcy, auteur entre autres plus tard, du *Thémis Économie Internationale* aux PUF). La seconde guerre mondiale achevée, un département d'économie politique est créé au sein de la faculté de droit, il est dirigé tout naturellement par Gérard Marcy.

La faculté de droit d'Aix va vivre un événement important en 1957 puisqu'elle va devenir la faculté de droit et de sciences économiques. En 1959-1960 est créée à Aix, comme partout, la licence de sciences économiques à côté de la licence en droit. Le corps professoral reste cependant restreint puisqu'il est composé de cinq professeurs. À la rentrée 1968-1969, on sait que les facultés de sciences économiques détachées des facultés de droit sont donc créées. Ces deux facultés et les médecins créent l'Université d'Aix-Marseille II, qui à dire vrai, doit plus à une certaine homogénéité idéologique qu'à un regroupement sur des critères scientifiques. À l'inverse et pour les mêmes raisons, les scientifiques et les littéraires se regroupent dans Aix-Marseille I. Ce dernier regroupement disciplinaire étrange doit peu au *criterium* de la science et beaucoup dans le fait de regrouper deux ensembles qui avaient accueilli majoritairement avec sympathie la période de mai-juin 1968.

La nouvelle faculté de sciences économiques choisit comme doyen de façon assez naturelle le plus ancien ayant le grade le plus élevé, Gérard Marcy. Pour une fois, le titre de doyen coïncide avec le plus ancien... Au même moment, ceux réputés comme les plus conservateurs, les juristes, vont choisir un tout jeune agrégé de droit public comme doyen de la faculté de droit d'Aix, le professeur Charles Debbasch. Ce dernier va jouer un rôle décisif dans la recomposition du paysage universitaire provençal, lequel voit la création d'Aix-Marseille III, future université Paul Cézanne, jusqu'à la fusion des trois universités en janvier 2012.

Du côté des économistes, 1973 est une date importante puisqu'une scission a lieu au sein de la faculté des sciences économiques, une majorité numérique souhaitant rester avec les disciplines médicales à Aix-Marseille II et le campus de Luminy en sciences puisque la faculté des sciences éclate elle aussi en trois morceaux. Le campus Saint-Charles reste à Aix-Marseille I (Université de Provence). Le campus de Luminy décide de se rattacher aux filières médicales et à la faculté de Sciences Économiques. Le campus scientifique Saint-Jérôme qui avait accueilli une bonne partie de la faculté des sciences d'Alger en 1962, décide de tenter l'aventure d'Aix-Marseille III, qui voit également les minoritaires de la scission de la faculté des sciences économiques créer la Faculté d'Économie Appliquée (FEA) derrière trois professeurs, quatre maîtres-assistants et une cohorte de jeunes assistants qui se rallient au projet d'une faculté assez clairement d'obédience « *free market* ».

Le professeur Claude Zarka devient le premier doyen de la FEA. Mais, chose notable, une vieille tradition, celle pour la faculté de droit d'accueillir des économistes en poste chez elle, se perpétue. On attend de ces derniers qu'ils adaptent leurs enseignements et leur pédagogie pour les étudiants en droit en réduisant au minimum la formalisation mathématique. Pour les économistes aixois, être en poste à la faculté de droit n'est vécu ni comme un exil, encore moins comme une punition. Bien sûr, ils sont en partie marginalisés par rapport à leurs collègues de la faculté d'Économie et de Gestion (FEG) réunifiée en 2012.

Mais on dirait que les mots de 1937 de Gaëtan Pirou s'appliquent aujourd'hui plus que jamais aux économistes en poste à la faculté de droit. Pirou parlait en effet de « l'excellente éducation » et de « l'extrême courtoisie » régnant dans les facultés de droit. Ce trait conserve toute son actualité et régulièrement du reste, certains économistes souhaitent « passer » en faculté de droit. **Enfin, et le propos est crucial pour notre sujet, en 2008 des cours obligatoires d'Analyse Économique du Droit sont créés à la faculté de Droit en L2, 1^e semestre.** À notre connaissance, il s'agit de la seule faculté de droit en France qui a osé cette innovation pédagogique et scientifique. Cela, simultanément, honore la capacité d'innovation et d'audace de la faculté de droit d'Aix, mais en même temps, dit la chose suivante : aucune faculté de droit en France, en dehors d'Aix, ne propose à ses étudiants juristes une initiation à l'AED. La comparaison avec les autres pays d'Europe serait éloquente au détriment de la France. Pour en terminer sur cette courte annexe voulant illustrer pour la période choisie les relations droit-économie, citons Jean-Yves Naudet « au total, même si l'économie politique n'a pas l'ancienneté à Aix du droit, elle peut faire valoir ses lettres de noblesse et s'enracine dans une histoire déjà longue qui remonte au ^{XIX}^e siècle ».

SECTION IV TEL LE FLEUVE ALPHÉE

Cette ultime section a pour vocation de témoigner d'une chance ratée. C'est, encore et toujours, à Aix que l'innovation va se situer. On le sait, les titulaires à la Faculté d'Économie d'Appliquée étaient très majoritairement des économistes, pour certains néo-classiques flanqués d'un groupe d'économistes Autrichiens compact et significatif. Dès lors, on comprend que beaucoup d'entre eux s'intéressent très fortement à l'une des percées les plus spectaculaires de l'économie non marchande : l'AED (qui sera l'objet de la seconde partie du présent ouvrage). Ces économistes prennent attache avec quelques juristes aixois, particulièrement ouverts au dialogue, tel le regretté professeur Christian Atias et quelques autres. Les économistes Autrichiens aixois et ces quelques juristes prennent l'initiative d'organiser une première en France : un pont est jeté. Il a pour vocation de renouer le dialogue entre les juristes et les économistes à travers l'AED comme biais méthodologique et scientifique. En 1986, un colloque est donc organisé à Aix sur l'AED⁴⁴.

Qu'il suffise ici de dire que ce fut un moment intellectuel d'importance. Sur le moment, un accord assez vaste se fit sur l'idée que l'AED était un fort vecteur de dialogue possible entre les deux disciplines. Puisque l'AED se propose d'expliquer l'apparition et le développement de la règle de droit, il était possible de jeter un pont fécond entre les deux matières. Rien de choquant pour un juriste à se demander comment la règle de droit influence le comportement et quelles sont les conséquences en type d'externalités des actions humaines. Rechercher la solution optimale, c'est-à-dire la plus créatrice de valeur, n'a rien en soi d'iconoclaste. Rien de déroutant à se demander comment le droit est perçu par le magistrat, comme par son utilisateur. Dans une logique d'individualisme méthodologique des préférences, chaque consommateur ayant des objectifs à atteindre, celui-ci va chercher à maximiser son bien-être et son utilité tout en consommant du droit. S'interroger encore sur le rôle respectif du droit créé et du droit spontané, du droit d'en bas et du droit d'en haut, du droit octroyé par la puissance publique et du droit fruit des arrangements humains, voilà des territoires non pas acceptables par les deux parties, mais à vrai dire communs en termes de préoccupations aux deux disciplines. L'analyse économique de la production du droit (qui n'est pas exactement l'AED) est un territoire que nous nous proposons d'explorer ci-après et qui montrera bien au lecteur de bonne foi combien les occasions de coopération sont fortes et fécondes.

Entre le droit et l'AED se trouve un sujet central qui, déjà, montre bien les opportunités de rapprochement entre les deux disciplines. « Comment est produit le droit ? » demeure une question, qui de façon tout à fait étonnante, ne préoccupe pas toujours les juristes. Il est vrai qu'une tendance lourde depuis 50 ans est la percée spectaculaire du positivisme juridique. Il se déduit de cette proposition que, nombre parmi les juristes enregistrent le résultat du processus de fabrication du droit comme une donnée insusceptible d'interrogation sur ce qui préside et ce

⁴⁴ Cette première partie n'ayant pas d'abord vocation à traiter du fond, mais à rendre compte d'une histoire, la seconde partie en rendra compte.

qui précède la formation de ce qui devient le droit positif. Mais justement, c'est cela qui intéresse les économistes. La curiosité d'un économiste l'amène à systématiquement poser la question suivante : quelles sont les raisons qui expliquent que les choses sont ce qu'elles sont ? Le juriste positiviste prend les choses telles qu'elles sont. Le juriste jus-naturaliste dit les choses telles que, selon lui ou le droit naturel, elles devraient être. L'économiste se demande quels sont les chemins qui ont été empruntés pour que les choses soient ce qu'elles sont. La question de la production du droit prend incontestablement une dimension supérieure dans l'apport que les économistes proposent pour expliquer la formation du droit. Ce serait donc faire une erreur d'envergure que d'imaginer cette question comme étant typique et standard de l'AED. On ne se demande pas, comme dans l'AED, quelles sont les conséquences des règles de droit au regard du critère d'efficience. L'analyse économique de la production du droit va alors tenter d'éclairer les différents processus qui peuvent amener à fabriquer du droit pour la tribu.

Pour avancer dans la réflexion, on peut postuler neuf propositions élémentaires, mais qui pour certaines d'entre elles, bouleversent la perception que les juristes eux-mêmes ont de l'objet, de la nature et de l'utilité du droit⁴⁵ :

1°) Le droit de tous les jours, le droit « des choses simples » est issu de nos tentatives d'expérimenter des bonnes solutions dont nous retenons évidemment celles qui nous procurent de l'utilité pour évincer celles qui ont causé des désutilités. Pour chaque individu, tout processus d'essais-erreurs-corrections est une occasion de chasser les mauvaises solutions et de plébisciter les bonnes. De façon analogue à la loi de Gresham, on peut postuler qu'en la renversant, les bonnes solutions chassent les mauvais arrangements.

2°) La qualité de l'arrangement juridique se mesure aux flux d'informations engendrés sur le comportement prévisible des autres agents. Le projet intellectuel de la théorie des jeux est tout entier contenu dans la proposition selon laquelle nos stratégies sont élaborées en conjecturant par anticipation sur le comportement de l'autre. La marche dans la rue est une assez bonne illustration. Soit deux individus marchant. L'un remonte la rue, l'autre la descend. Si chacun suit sa ligne, le heurt est inévitable. Mais il est arrivé à tout à chacun de se dire qu'il ne descendra pas du trottoir étroit, postulant sur un raisonnement inverse de l'autre agent. Et dans un nombre élevé de cas, cela fonctionne. Mais dans un tout petit nombre d'hypothèses, personne ne cède et c'est le choc. Imaginons maintenant dans une même occurrence l'adoption d'un règlement. Tout piéton qui est dans la phase descendante de la rue doit céder le passage à l'agent qui est en train de remonter la rue. La solution est sûre, connue des parties et minimise de façon substantielle les chocs. Ces derniers ne peuvent se produire que si l'un des deux viole la règle de droit. Mais en l'espèce, le droit sert justement, et peut-être d'abord, à *sanc-tionner* celui des deux qui n'aura pas accepté de respecter la réglementation. Au passage, on peut déjà remarquer que le droit est d'abord négativité bien plus que règle positive : on n'est presque jamais tenu de faire quelque chose, mais il est

⁴⁵ Il est nécessaire de préciser que la question des libertés publiques est laissée de côté. On considérera que le statut du jus-naturalisme l'apparente plus à la catégorie de la morale comportementale que de la production du droit utile aux individus et personnes morales. Ce droit indispensable pour contracter et résoudre les différents problèmes à l'intérieur de normes qui sécurisent et permettent de prévoir le comportement des autres lorsque ces derniers respectent la règle de droit.

régulièrement interdit d'avoir un certain nombre de comportements. La négativité est la caractéristique centrale du droit⁴⁶, lequel est d'abord une machine à produire de l'information utile, nécessaire, indispensable et vitale puisqu'elle permet d'adosser les décisions et actions en sachant par avance comment autrui est censé agir, du moins s'il s'inscrit dans la cohorte de ceux qui ont choisi de suivre et respecter l'ordre social existant.

3°) Plus la communauté de pratique des mêmes règles s'étend et se dilate dans le temps et l'espace, plus la stabilité de la règle juridique est non seulement assurée, mais va également produire de l'efficacité puisqu'il y a de plus en plus d'individus censés obéir aux mêmes règles. Et donc à nouveau, le nombre de ceux dont le comportement peut s'anticiper est élargi : plus les individus sont nombreux, plus la productivité de la règle de droit s'accroît⁴⁷.

⁴⁶ Les « soixante-huitards » ne se sont pas trompés sur le sens du droit quand ils ont popularisé leur célèbre mot d'ordre, « il est interdit d'interdire ». Ils savaient que le droit est une suite, un chapelet d'interdictions et non pas d'injonctions de faire. Du reste, les Dix Commandements sont pour l'essentiel des interdictions : seuls le quatrième et le cinquième sont des injonctions de faire. Le reste sont des interdictions comme il est d'habitude en droit. Étant dans un ouvrage de droit et d'économie, on se permettra de rappeler que le dixième commandement (« Tu ne convoiteras point la maison de ton prochain ; tu ne convoiteras point la femme de ton prochain, ni son serviteur, ni sa servante, ni son bœuf, ni son âne, ni aucune chose qui soit à ton prochain ») est une condamnation absolue de la solidarité obligatoire et forcée, conséquence d'une capture par la violence de l'impôt au détriment des uns, et en faveur des autres dont on achète l'espoir de son vote. Conformément à une tradition dans la religion, la charité est préférée à la solidarité étatique. Ce dixième commandement philosophiquement est une condamnation totale de ce qui fait le fondement même de tous les socialismes et de la social-démocratie : susciter l'envie chez les uns de convoiter le bien des autres afin d'obtenir un revenu sans effort productif, c'est-à-dire la définition exacte de la rente. L'habituelle précision « sans effort productif » n'étant pas tout à fait juste, puisque pour espérer obtenir une partie de la capture violente sur les uns, faut-il encore s'organiser et se transformer en un *lobby* efficace. Pour montrer son poids électoral, il faut user de temps et mettre en œuvre des stratégies. Sur ce sujet, voir Mancur Olson, *Logique de l'action collective*, PUF, coll. *Sociologies*, 1980.

⁴⁷ Il en est de même pour l'adoption des normes techniques, des communautés de paiement, ou encore des espaces linguistiques. Imaginons qu'en plus de sa langue maternelle, tout individu d'un espace donné parle l'anglais : les échanges sont grandement facilités, les risques d'incompréhension fortement minimisés et c'est la raison pour laquelle tout le monde apprend quelques rudiments d'anglais. La thèse de l'anglais « cheval de Troie de l'impérialisme anglo-saxon » est évidemment bien précaire. Autre exemple, quand en plus de sa devise nationale, tous les agents dans tout l'univers connu acceptent les paiements en dollars, la vie économique est évidemment largement facilitée. Les coûts d'informations, de transactions et de conversions sont très fortement réduits. Un raisonnement parfaitement identique permet aisément de comprendre que plus nombreuses sont les personnes qui adoptent la même règle de droit, et plus nos relations sont facilitées. Sur les normes techniques, évidemment, l'effort d'harmonisation est tout à fait crucial. Bien sûr, cependant, chaque producteur veut que sa norme devienne *la* norme. Un exemple très connu est celui des cassettes VHS proposée par JVC *versus* le format Betamax proposé par Sony. Le procès qui opposa Sony aux studios Universal et Disney est un moment clé de la jurisprudence. Elle traitait de l'autorisation ou non des magnétoscopes qui pouvaient permettre de violer les droits d'auteurs. La conclusion du procès a été que le magnétoscope enregistreur ne permettait pas uniquement d'enregistrer des programmes protégés par les droits d'auteurs. Il se déduit de l'espèce qu'un outil ne saurait être interdit par présomption de culpabilité.

4°) **Il serait avantageux que sur les très grands principes gouvernant l'ordre social et humain, et traversant les époques, le droit soit immuable.** Inversement, l'élasticité et la souplesse de la règle de droit évitent de fossiliser et stratifier les situations dans un univers constamment changeant grâce à l'accélération de la vitesse de diffusion des innovations. Que sur la liberté de ne point subir de coercition, le droit soit immuable est une protection appréciable pour les agents. Imaginons un droit des technologies qui n'aurait pas la possibilité d'une souplesse adaptative et d'une réactivité suffisante. Mais à l'inverse, postulons que le droit ne puisse évoluer, ni changer au cours des dix dernières années au regard de la percée spectaculaire des univers numériques. Soit l'ordre économique est à l'arrêt, soit, comme la réalité est impossible à endiguer, une multitude d'agents violeraient chaque jour la règle de droit afin de mener à bien leurs affaires. *Il faut donc que simultanément le droit soit stable pour remplir certaines fonctions, et soit souple pour en remplir d'autres.* Il n'est pas toujours facile de trouver le point d'équilibre entre deux qualités également nécessaires, i.e., la stabilité et la souplesse, mais largement contradictoires.

5°) **L'ordre juridique existant en un moment donné est donc le résultat des actions et interactions entre individus et non la conséquence d'un dessein préétabli par quelques-uns *ex ante*.** Dans les sociétés libres, le droit est majoritairement fruit de l'ordre spontané et subsidiairement, voire même, de façon accessoire, le résultat de l'ordre construit. Il y a là une divergence et une occasion de débats forts entre les deux disciplines. Par tempérament, par formation initiale, par méthode, le juriste a volontiers tendance à la construction *a priori*. Du reste et par tradition beaucoup de nos législateurs sont issus du rang des juristes. On ne s'étonnera pas que nombre parmi les juristes soient malgré eux des constructivistes. Les économistes sont « fabriqués » assez différemment : les résultats largement majoritaires dans la discipline ont plutôt tendance à inspirer en eux l'idée que la meilleure architecture humaine et sociale possible, c'est celle qui vient de ce que nous bâtissons chaque jour patiemment par la découverte, de ce qui nous apporte des satisfactions, maximise notre utilité ou nous cause de lourds désagréments⁴⁸. On ne s'étonnera donc non point à l'inverse, que nombre parmi les économistes soient proches de la famille « *spontaneous order* ».

6°) **Lorsque les règles de droit sont judicieusement sélectionnées par la pratique et non par la politique, elles favorisent et expliquent largement la prospérité et la richesse des nations.** Est-il nécessaire de rappeler que le titre exact de l'ouvrage du père de l'économie politique est *Une enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations* ? Adopter les mauvaises règles juridiques comme la propriété publique débouche sur la « tragédie des vaines pâtures »⁴⁹. À l'inverse, adopter un droit des brevets afin d'imputer à chacun ce qui lui revient précisément conduit à l'explosion du nombre d'innovations par voie de conséquence. Si les Provinces-Unies étaient si prospères au XVIII^e siècle, c'est qu'elles étaient pionnières dans l'adoption du droit des brevets et d'un Code de Commerce

⁴⁸ Parmi ceux qui, durant la Révolution française, ont imaginé la Terreur, on trouve de très nombreux juristes. Cela n'a rien d'étonnant, à commencer par Robespierre, avocat certes peu doté en termes de causes à plaider, mais cependant fin juriste.

⁴⁹ Garrett Hardin, « *The Tragedy of the Commons* » in *Science* 1968, vol. 162, n° 3859, p. 1243-1248.

relativement astucieux. Quant à la loi française du 13 juin 1866 en droit commercial, elle n'a pas compté pour peu dans l'essor de la France⁵⁰.

7°) Si le droit n'est pas correctement formulé et ciselé, la sécurité juridique risque d'être altérée. Les individus, pour pratiquer correctement le calcul économique, bâtir en évaluant les conséquences de leurs choix, doivent pouvoir faire leurs prévisions dans un état de l'univers stable. En un moment donné, par exemple, un investisseur fait son anticipation de rentabilité dans le cadre des règles sociales, comptables et fiscales existantes. Or, l'instabilité et l'insécurité juridique ont atteint des sommets dont on a aucun souvenir en dehors de périodes de bouleversements rarissimes telles que des révolutions violentes. Le législateur étatique a été pris depuis plus d'un demi-siècle d'une frénésie malade de marquer chaque alternance politique par des bouleversements très substantiels des univers juridiques. Portalis l'a écrit de façon immortelle à propos des lois inutiles et des lois nécessaires⁵¹. L'une des manifestations des modalités d'un droit efficace est un droit simple. Le Code Civil de 1804, qui a rempli son office pendant plus d'un siècle, tenait en quelques dizaines de pages. Tout a été écrit maintes fois sur la complexité du droit et, puisqu'il faut appeler les choses par leur nom exact, sur la *folie* qui a saisi les bureaucrates en la matière. Il n'est donc pas nécessaire de revenir encore sur cette thématique. Il est beaucoup plus intéressant de se demander quelles sont les causes du phénomène ? Ici, expliquer est plus utile que décrire. La réponse est tout entière contenue dans la théorie du « *Public Choice* » qui nous donne la clé des réponses qui poussent par souci électoral les hommes de l'État à légiférer pour donner successivement à toutes les catégories d'électeurs une raison valable de voter pour eux. Mais tel Philinte, en voulant faire plaisir à toutes les catégories d'électeurs, les hommes de l'État produisent un droit où chacune des propositions peut être contredite par une autre. Si l'on ajoute la pression des médias de masse, les lois de circonstances se multiplient. Désormais, en droit pénal, chaque crime odieux génère sa nouvelle loi. Ces lois de circonstances sont illustratives du dévoiement absolu du droit. La loi est, par définition, *générale*,

⁵⁰ Une question délicate est la suivante : sont-ce les règles de droit qui sont premières et expliquent la prospérité ou bien la production du droit reflète en un moment donné une réflexion standard partagée entre ceux qui animent les courants d'échanges ? Par exemple, au XIX^e siècle, sont-ce les entrepreneurs qui, par leur esprit d'entreprise ont créé des situations traduites ensuite en règles juridiques ou sont-ce les règles juridiques particulièrement réfléchies qui ont amené les individus à multiplier les entreprises ? Dit encore autrement, est-ce que les bonnes règles juridiques sont le phénomène déclencheur initial ou reflètent-elles *ex post* les bonnes pratiques des affaires ? Cette question n'est pas tranchée et ressemble furieusement à la question de la poule et de l'oeuf : qui a commencé ? Si on contemple l'écume de la vague, la question semble simple à élucider. Ce sont en effet les élites qui codifient le droit mais inventent-elles le droit ? Construisent-elles le droit *ex nihilo* ? Ou bien les fabricants du droit, les architectes de l'ordre juridique, ne font-ils pas que consacrer des pratiques et usages déjà répandus et acceptés puisque les usages ont fait la preuve de leur efficacité ? Le commerçant crée souvent le droit avant qu'il ne soit gravé dans le marbre juridique et qu'il ait valeur de commandement par l'écriture du droit. Ainsi par exemple, dès le Moyen-Âge, les commerçants avaient aboli d'eux-mêmes les frontières en créant des règles trans-nationales. Les marchands en Occident, en Orient et en Asie respectaient des règles dont bien peu étaient codifiées. La confiance créée du droit non-écrit dont la matérialité n'existe pas, mais qui n'en reste pas moins la pratique déjà acceptée par le plus grand nombre. L'enveloppe des mots du droit, le contenant n'existe pas, mais le contenu est bien réel. Comme aucun cerveau ne peut imaginer être supérieur à une multiplicité de gens qui ont besoin d'adopter des pratiques pour que leurs affaires immédiates, qui ne peuvent pas attendre, se poursuivent, on sera tenté, comme économiste, de postuler que la production du droit est très fréquemment postérieure à des pratiques déjà validées et expérimentées avec succès.

⁵¹ « Il ne faut point de lois inutiles, elles affaibliraient les lois nécessaires ».

et elle obéit à un maître : la *permanence du droit*⁵². La faute inexcusable des bureaucrates contemporains est que, malgré une volonté non niable de bien faire, ils ont pensé que la prise en compte de tous les états du monde possibles pouvait s'imaginer. Il en est résulté une complexité inouïe du droit⁵³. Nous mettons le lecteur au défi, y inclus chez les professeurs de droit, de trouver un spécialiste de droit social en France qui peut revendiquer de connaître non pas 100 %, mais les 2/3 du Code du Travail, et plus de 25 % de la jurisprudence. Mais comme on ne peut pas prévoir toutes les éventualités, mais que simultanément, on y prétend, quand une situation n'est pas prévue par un texte, on vit dans l'insécurité de ce que décideront des magistrats. Par paradoxe, plus le droit se veut exhaustif, et plus l'angoisse des cases manquantes tétanise ceux qui entreprennent. Dit autrement, les voici à la merci absolue d'un magistrat. Évidemment, inversement, plus le droit est simple, moins il est exhaustif. Plus il énonce quelques règles simples et générales, et plus les jugements sont prévisibles. La sécurité de tous les individus dans la tribu y gagne sensiblement, faisant que l'on n'hésite pas à entreprendre et innover. L'incertitude est l'ennemi du droit, la prévisibilité est l'allié des ordres productifs.

8°) **Le complément des réflexions sur « sont-ce les institutions qui créent la prospérité ou bien sont-ce les bonnes pratiques qui sont traduites et déclinées en lois ? » peut se présenter de façon similaire dans le riche débat entre le droit d'en bas et celui d'en haut.** Le droit d'en bas, c'est celui qui émane de ceux qui ont besoin de créer des règles pour continuer à contracter entre eux dans des situations par définition nouvelles, sinon les règles existantes suffiraient. Le droit d'en haut est celui octroyé par le Prince. Celui d'en bas est par définition utile parce qu'il est la réponse à une question non prévisible pour lequel le dispositif juridique existant ne peut apporter une réponse satisfaisante. Ceux qui sont concernés trouvent alors tous seuls les solutions qui leur permettent de continuer à travailler. **Ce droit utile est l'essence même du droit. La fonction essentielle – mais pas unique – du droit est d'être utile en produisant l'information nécessaire, utilisé par les agents pour prendre les bonnes décisions.** Par effet de miroir inversé, le droit d'en haut reflète toujours des préférences sectorielles et catégorielles du bureaucrate qui prend, même de bonne foi, une décision. Interdire à A de continuer à produire parce qu'il pollue, c'est donner raison à B et lui signifier qu'il peut continuer de pêcher. Donner raison à A, c'est lui donner le droit de polluer et *de facto* interdire la pêche à B. Taxer A pour donner le fruit de la taxe à B, c'est taxer l'un pour gratifier l'autre. Ou inversement. Dans tous les cas, le droit d'en haut reflète une disposition en faveur des uns au détriment des autres. Mais dans le droit d'en bas, ce sont les agents qui décident librement de l'arrangement juridique sur lequel ils s'engagent s'ils sont d'accord. **Il ne peut être contesté que les solutions du droit d'en bas font deux gagnants, sinon l'une des deux parties aurait refusé l'arrangement juridique. Mais dans le cas du droit d'en haut, il y a toujours un gagnant et un perdant.**

⁵² Que la partie du droit immémorial issue du droit naturel englobe, enveloppe, dépasse et surpasse la loi des hommes est le thème Hayekien par excellence. On consultera évidemment son ouvrage majeur, *Droit, Législation et Liberté*, PUF, coll. *Quadrige*, 2013.

⁵³ Sur ce sujet et à titre d'illustration, on consultera Serge Schweitzer & Loïc Floury, *Théorie de la Révolte Fiscale – Enjeux et Interprétations. Ou pourquoi la révolte fiscale n'aura pas lieu*, PUAM, 2014, p. 65 et suivantes.

Cela ne signifie pas que le décideur soit malveillant, cela signifie que comme tout seul il dit et écrit le droit, sa solution ne peut refléter que sa préférence. On comprend alors que sa préférence est fréquemment le reflet d'une ambiance majoritaire dans le groupe, parce que dans un système démocratique, celui qui fabrique la règle de droit ne peut pas se permettre d'offenser la majorité. Ainsi par exemple, si les manifestations contre la loi Taubira relative au mariage des personnes de même sexe a donné lieu à des rassemblements spectaculaires, tous les sondages ont toujours montré que plus de 50 % des français y étaient favorables. Dans ce contexte, son maintien était évidemment acquis d'avance. À l'inverse, un autre exemple confirme le raisonnement. Un million de personnes, le 24 juin 1984, défilent de Versailles à Paris. Ils manifestent pour le retrait du projet de loi du gouvernement portant sur « le service public unique et laïque de l'éducation ». Le soir même, le Président de la République, François Mitterrand, retire le projet de loi. Certains y ont vu un respect louable envers les manifestants. Cette interprétation est erronée. Plus de 3 français sur 4, dans tous les sondages, étaient hostiles au projet de loi. Dans ce contexte, son retrait était inévitable.

9°) Les règles juridiques efficaces sont universelles mais certains groupes humains les découvrent avant les autres. Dans un darwinisme juridique et institutionnel, on comprend bien que les groupes qui découvrent les bonnes règles avant les autres prennent de l'avance. Ces tribus ne sont donc pas supérieures du point de vue anthropologique, mais plus aptes par dotation, chance, ou hasard à découvrir ce qui s'avère être le plus efficace. La question très débattue des raisons de la succession des civilisations plus productives que les autres trouve sa réponse dans l'aptitude en un moment donné d'une *bonne* sélection par un groupe humain des *bonnes* règles. Mais comme il n'y a aucun déterminisme anthropologique, la domination d'un groupe n'est ni durable, ni *a fortiori* éternelle. Ainsi, successivement depuis 2 500 ans, différents groupes se sont succédés dans le peloton de tête des groupes humains les plus avancés. Une des caractéristiques du monde contemporain et de sa numérisation croissante, c'est que là où il y a 2 000 ans, la transmission des bonnes règles à l'autre bout du monde pouvait prendre un siècle, elle est aujourd'hui quasi-immédiate. **La mondialisation est le vecteur qui généralise les bonnes solutions jusqu'aux rivages des plus humbles à la vitesse de l'écriture numérique. Les bonnes pratiques juridiques et les bons arrangements institutionnels essaient désormais très vite.**

Arrivé au terme de cette énumération, on possède, du moins peut-on l'espérer, la boîte à outils pour élucider comment le droit est produit. Posant une hypothèse banale, nous écrivons que le droit est une institution sociale, largement ratifiée, mais produite par les individus. La généralité et la négativité des règles sont la marque du droit. Pourquoi la généralité des règles de conduite ? La réponse est dans l'élargissement des sociétés ouvertes : plus on s'élargit, plus l'enchevêtrement des relations humaines et contractuelles exige que l'accord ne puisse se faire *que* sur des règles abstraites nécessaires à l'ordre social et permettant de sanctionner ceux qui violent ces règles. Plus le groupe est large, plus l'incertitude est grande sur le comportement des autres. Le droit est alors un réducteur d'incertitude. Si l'on connaît déjà ce que l'on ne doit pas faire (la négativité) et que l'on peut supposer que tous les membres de la tribu le savent, on peut inférer aisément sur le comportement de tous les autres. Ainsi par exemple, quand on se promène dans une rue, on sait que normalement, on ne sera ni tué, ni violé, ni volé.

Et si tel est malheureusement le cas, le droit prévoit justement de mettre hors d'état de nuire celui qui ne respecte pas le droit.

Mais en outre, on a déjà aperçu que le droit peut être créé *ex nihilo* par quelques-uns, ou peut être spontané. Le droit créé est celui de l'homme de l'État et du juge. Le droit spontané est celui qui est le fruit des interactions d'individus à la recherche de solutions à leurs problèmes immédiats.

⇒ **La fabrication du droit créé : de l'entrepreneur politique au juge**

La boîte à outils traditionnelle de l'analyse économique nous contraint évidemment au réalisme. Laissons de côté les visions naïves de l'entrepreneur politique et du juge. Nous poserons l'hypothèse que ces deux agents producteurs de droit sont rationnels. Ils ne font pas abstraction dans leurs décisions d'intérêts simultanément ou/et successivement dictés par leurs intérêts personnels ou visant à atteindre éventuellement le bien commun d'une nation ou d'une cohorte d'individus. Évidemment, ce bien commun, cet intérêt général, est défini par eux. Le seul fait que d'autres entrepreneurs politiques – également bien intentionnés – voient l'intérêt général dans des solutions diamétralement opposées démontre, par le fait même, que définir l'intérêt général est bien chose malaisée⁵⁴.

On traitera successivement de la production des lois et de la production des juges⁵⁵.

• **La production des lois**

L'électeur est un agent qui se comporte de façon rationnelle. Il est à la recherche naturellement, si cela est possible, de rentes, c'est-à-dire de revenus obtenus sans efforts productifs. Évidemment cela devient possible puisque de leur côté, les entrepreneurs politiques ont comme fonction-objectif de maximisation d'être réélus s'ils sont sortants, élus s'ils sont dans l'opposition.

L'entrepreneur politique possède le monopole de la production du droit et celui de la violence légale. Il a donc à sa disposition une boîte à outils qui va très au-delà de l'achat des voix par les gratifications monétaires et les « pots-de-vin » (Pierre Lemieux). Dans cette boîte à outils, des mesures réglementaires, fiscales ou législatives peuvent être d'une très grande attractivité pour le citoyen-demandeur de privilèges. Plus la coalition dépensière est organisée, c'est-à-dire redoutable électoralement, et plus le groupe de pression peut mettre en œuvre des stratégies variées afin d'obtenir de spolier les uns en leur faveur dans la grande course à la redistribution qu'est devenue la social-démocratie. Il est aisé de comprendre que lorsque 20 % du PIB est capturé en prélèvements obligatoires, il vaut mieux compter sur son travail pour obtenir des flux de revenus. Mais quand les prélèvements obligatoires tangentent la moitié du PIB, alors il est rationnel d'investir de façon intense sur le marché politique.

⁵⁴ Sur ce sujet, on pourra consulter Serge Schweitzer, « Un chemin dissident : l'intérêt général ou l'invention d'un faux concept » in *Les métamorphoses de l'intérêt général*, Presses Universitaires de l'ICES, coll. Colloques, 2013, ainsi que « La politique instrument des intérêts particuliers » in Jean-Yves Naudet (dir.), *Éthique et Politique*, Actes du colloque des 20-21 juin 2014, collection du centre d'éthique économique, PUAM, 2014, et enfin la notice « Théorie des Choix Publics » in *Dictionnaire de Politique et d'Administration*, op. cit.

⁵⁵ Sur ce sujet, consulter la thèse exceptionnellement importante de Pierre Coulange, *Analyse économique de la production de droit*, 1990, Université d'Aix-Marseille III ; du même, voir aussi « La production des règles de droit » in *Journal des Économistes et des Études Humaines*, 1992, p. 527-549.

Évidemment, à ce jeu il y a toujours gagnants et perdants. La différence entre un contrat – de quelque nature qu'il soit – et le processus sur le marché politique est fondamentale. Dans le contrat, sauf vice du consentement, si les deux parties se sont accordées, c'est évidemment, du moins au moment de signer le contrat, que les co-contractants sont persuadés que le contrat produira de l'utilité. Dans le cas de la décision du bureaucrate, il y a toujours un gagnant et un perdant. Au fond, sur le marché politique, il faut s'arranger pour être du côté de ceux qui sont les protégés du pouvoir⁵⁶. En ce domaine, pas de surprises : plus on est nombreux, plus on est pris en considération. Faut-il encore pouvoir l'exprimer. Ainsi par exemple, les militaires et leurs familles – souvent nombreuses – sont bien placées sur le plan quantitatif, mais l'interdiction du droit de grève, de se syndiquer et de manifester les rend inopérants. Les arbitrages budgétaires, on pourra le vérifier, se font souvent au détriment de l'armée.

L'homme de l'État va donc produire du droit, non pas pour rétablir de l'équité là où elle aurait disparu, auquel cas, vu le poids de la redistribution, il n'y aurait point d'injustices en ce bas monde. Il produit du droit pour acheter des voix. Bien sûr, on pourrait imaginer un système juridique clair, concis, sans passe-droits, et qui ne laisse donc que peu d'opportunités aux corporatismes pour revendiquer. De même, dans un état de l'univers vertueux, on peut imaginer que les hommes de l'État proclament par avance leur volonté politique de résister à toute pression quoiqu'il arrive. L'effet serait de désamorcer immédiatement toute stratégie d'espérance de « *rent-seeking* ». Le développement de la démocratie engendre des externalités éminemment souhaitables. On pense ici à la concurrence des programmes dont on peut espérer que les plus baroques ne tiennent pas le choc de la comparaison sur le marché des idées face aux plus sérieux. Les externalités négatives ne sont pas moins importantes. Ainsi par exemple, de la course folle entretenue entre tous les candidats qui surenchérisent sans cesse pour obtenir le vote des électeurs.

À certains égards, la comparaison avec le mécanisme des enchères est très descriptive. Les voix des électeurs sont à *vendre*, donc à *acheter*. Elles sont tel un objet d'art qui fait l'objet d'enchères. En face, les acheteurs de voix rivalisent de promesses pour emporter l'enchère. Et c'est ainsi que la production de biens publics et de droit ne cessent de se multiplier depuis que l'État peut dépasser son domaine régalién. Les entrepreneurs politiques l'ont rêvé, Keynes l'a fait. Bien sûr que depuis Rome les entrepreneurs politiques ont toujours voulu multiplier les lois particulières *ad hominem*. Mais il existait un pare-feu, une digue scientifique de taille : toute l'analyse économique, d'Adam Smith à John Maynard Keynes exclu, tenait pour irréductible l'affirmation selon laquelle au-delà du domaine régalién, l'État n'avait pas vocation à intervenir. Voilà que l'un des deux économistes les plus célèbres de son temps⁵⁷ leur délivre un message exactement inverse : « hommes de l'État, intervenez, il le faut, ou tout est perdu, et même l'honneur... Vous êtes les seuls à pouvoir transformer par vos judicieuses interventions un équilibre de sous-emploi en un équilibre de plein-emploi ! ».

⁵⁶ Il est aisé de faire remarquer que le vrai ancêtre de la théorie du « *Public Choice* » s'appelle Jean de la Fontaine. Le fabuliste a tout compris lorsqu'il écrit « selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de Cour vous rendront blanc ou noir ».

⁵⁷ Avec Friedrich Hayek depuis la publication par ce dernier de *Prices and Production*, Routledge, 1931, traduction française Prix et Production, Calmann-Levy, 1975.

Le côté attrayant de cette mélopée n'allait pas longtemps échapper aux entrepreneurs politiques⁵⁸. Les interventions allèrent en se multipliant, accompagnées de l'arsenal juridique inhérent aux interventions. Les chiffres varient quelque peu d'un auteur à l'autre, mais la barre minimale est que chaque agent dans sa situation de « citoyen consommateur de droit » est censé connaître au minimum plus de 30 000 textes. L'immense avantage pour les riches est qu'ils peuvent acheter sur le marché des professionnels du droit la possibilité de s'instiller dans les failles et mettre en contradiction deux textes. La multiplication des lois et l'ascension irrésistible de la production du droit national et européen sont un fléau pour les pauvres et les démunis. Inversement, une occasion inespérée de rente pour tous ceux qui se glissent dans les dispositifs exonérés. En l'espèce, le sommet est atteint par la croissance prodigieuse du droit régissant les relations de travail. On se demande fréquemment pourquoi les professeurs de droit dénoncent avec souvent moins de virulence la jungle juridique et l'inflation législative.

En son for intérieur, la Doctrine déplore les effets désastreux d'une production du droit devenue ivre. Mais dans le même temps, plus le droit est illisible, et plus il faut des grands juristes pour l'interpréter. Interpréter est donc occasion de consultations. Ce motif n'est pas méprisable si on se souvient que l'économiste ne juge pas les motivations des individus, mais se demande simplement quelles sont les raisons qui expliquent nos comportements. Un professeur de droit déplorant l'inflation législative prend une position courageuse, mais irrationnelle. Seuls les historiens du droit et certains publicistes peuvent le faire sans conséquence pour eux puisque dans leur spécialité, les occasions de consultation n'existent pas ou peu. La production du droit est devenue *folle*. À la lecture de ce mot, les juristes seront choqués. Mais comment qualifier la loi sur les 35 heures forte de 37 articles et 44 pages, nécessitant en aval 12 décrets et deux circulaires⁵⁹ ? Ceux qui pratiquent la pêche à pied doivent connaître une réglementation dispersée entre le droit national et le droit européen de seulement 48 000 références...⁶⁰ Nous sommes censés connaître 62 Codes différents et « seulement » 17 000 textes communautaires. Mais nul n'est censé ignorer non plus les 120 000 décrets, ni les 7 400 Traités aujourd'hui en vigueur en France ! Ces quelques chiffres montrent combien nous restons mesurés en pratiquant la litote sur le droit devenu fou.

Résumons : en raison du jeu du marché politique, le droit perd ses propriétés informationnelles et ne permet plus de prévoir le résultat de nos actions, chose rendue possible quand on sait tout ce qui est permis et interdit. L'instabilité du droit nourrit l'incertitude. Mais comme il faut bien que les affaires continuent, il est devenu impératif pour survivre de violer quotidiennement les règles de droit.

• La production des juges

Il faut briser un tabou, dans le sillage d'autres, qui ont déjà écrit abondamment sur ce thème⁶¹. On supposera que le juge est un individu ni meilleur ni pire que

⁵⁸ Sur ce sujet, on consultera avec profit d'une part Serge Schweitzer & Loïc Floury, « Keynes-Piketty : des continuités, une divergence » in *Contrepoints*, septembre 2014, d'autre part Serge Schweitzer, *Dictionnaire de Politique et d'Administration*, op. cit., notice « keynésianisme ».

⁵⁹ L'une est longue de *seulement* 165 pages...

⁶⁰ Philippe Sassier & Dominique Lansoy, *Ubu loi*, Fayard, 2008.

⁶¹ En ce sens, on consultera le site de Bertrand Lemennicier, « L'irresponsabilité institutionnelle des juges : entre indépendance et servilité » ainsi que son article sur la privatisation de la justice.

la moyenne des autres individus. Il a évidemment ses préférences, il se fait une idée de son propre avenir, il préfère les actions lui rapportant plus d'utilité que moins d'utilité. Quand il va juger, c'est-à-dire produire du droit appelé « jurisprudence », il ne peut faire abstraction de ses préférences. On peut même imaginer que lorsqu'il rédige un jugement, il pense aux conséquences personnelles, par exemple sur sa carrière, des positions qu'il prend. Ce dernier point cependant, comme les précédents, est émoussé par la force de la loi qui le contraint dans des limites.

Ce sont dans ces seules bornes que le pouvoir d'appréciation des juges peut se déployer. On pourrait imaginer et estimer que cette marge de manœuvre est faible, et que le juge maximise sous contrainte du droit existant. Si cette hypothèse était exacte, alors dans les cas similaires et fortement ressemblants, le jugement serait fortement identique, ou peu s'en faut, d'une juridiction et d'un ressort à l'autre. Or, il n'en rien. Avec les mêmes contraintes des textes existants et applicables, des juges pourront rendre des décisions ou des arrêts très différents. Mieux, ou pire, des juges, sur des cas identiques, adoptent des solutions radicalement opposées avec le temps qui passe. Le nom académique de cette proposition est délicieusement « *soft* » : ce sont les revirements de jurisprudence. En langage clair, sur la même espèce, un juge adopte une solution totalement inverse de ses collègues, voire même de la solution que lui-même a proposée un temps auparavant.

Si on est en accord avec Richard Posner⁶², le juge doit opter pour l'arrangement qui maximise l'utilité sociale. On peut alors attendre dans tous les cas similaires et dans le monde entier un critère universel. La *Common Law* est très sensible à cette approche. Le problème du critère posnérien est qu'il suppose d'une part que le juge soit clairvoyant, d'autre part qu'il soit omniscient et capable d'évaluer les coûts. Ces coûts sont de nature objective puisque le juge est capable de quantification. On mesure immédiatement ce qui sépare l'utilitarisme néoclassique de l'Autrichiannisme : les premiers supposent que l'on peut rentrer dans l'évaluation subjective que les agents font de la valeur qu'ils attribuent à telle ou telle chose. Le juge est donc capable de percer le mystère absolu de la grille de préférences des agents en simulant la valeur que les co-contractants attribuaient à la chose et à son évolution dans le temps.

Nous postulons conformément au paradigme autrichien que les juges ne peuvent reproduire les préférences des agents. Préférences qui au demeurant, évoluent au fil du temps. Les juristes idéalisent volontiers la figure du juge. Sa personne, son honnêteté, son souci de bien faire ne sont pas discutables, du moins comme hypothèse. La vraie question est de comprendre qu'il est plongé dans un univers d'ignorance. Dire le droit existant, sans aucun pouvoir d'appréciation, serait chose appréciable. Les deux parties en effet, n'auraient guère de doutes sur le résultat donné à un litige si le juge avait pour seul rôle de sanctionner de son autorité le droit tel qu'il existe. **Il est moins grave pour le droit d'être imparfait que d'être imprévisible. La pire des choses pour un justiciable est d'être à la merci de l'appréciation des juges. Mais pour sa part, le juge français se fait une idée ambitieuse, voire vaniteuse, de son rôle. Dire simplement le droit, ce serait déchoir la toge. De toute éternité dans l'esprit français, le robin a pensé qu'il était de son devoir de rectifier le droit produit par**

⁶² Ces points seront développés dans la seconde partie.

le souverain car les Parlements, c'est-à-dire les magistrats, seraient la seule barrière aux injustices faites aux petits. Déjà, dans l'Ancienne France, de 1715 à 1789, le trait le plus saillant de notre histoire est la lutte acharnée entre le Parlement et le souverain. Dans un texte resté fameux, Louis XV – plus lucide qu'on ne l'a souvent prétendu – va remettre les magistrats à la place qu'ils n'eussent dû point quitter. C'est la séance de la Flagellation, puis la réforme Maupeou. Les Parlements, humiliés, sauront s'en souvenir. La robe pourra s'enorgueillir d'un point incontestable : c'est elle qui a abattu un régime vieux de 800 ans⁶³.

Quant aux motivations qui guident les actions d'un juge rationnel, le propos n'est en rien offensant pour ce dernier. Quelle est l'hypothèse la plus vraisemblable et la moins réductrice entre les deux propositions qui suivent ?

1°) Les juges, guidés par l'intérêt général, arrivent à faire abstraction de l'intégralité de leurs préférences, et jugent comme s'ils étaient désincarnés, évinçant même leurs tempéraments, ou encore l'aversion qu'ils éprouvent, comme tout individu, envers tel ou tel justiciable.

2°) Les juges, incontestablement pour la plupart d'entre eux, cherchent à juger en équité, mais ne peuvent évincer l'ensemble de leurs préjugés, de leurs indifférences et de leurs préférences.

Nous laissons le lecteur choisir entre ces deux hypothèses. Pour notre part, si nous prenons l'homme tel qu'il est, et non tel qu'il devrait être, sachant que le juge est un homme, c'est évidemment la deuxième hypothèse qui est la bonne⁶⁴. Si nous adoptons la position réaliste qui consiste à dire que le magistrat a sa propre fonction-objectif de maximisation, on peut alors imaginer sa fonction d'utilité. Elle sera constituée d'éléments monétaires et non monétaires. Parmi les premiers, on peut raisonnablement penser qu'un magistrat est sensible à ce qui détermine son avancement et son traitement. Nous espérons l'hypothèse réaliste. Ainsi on peut penser que les décisions des Parquets seront plutôt en moyenne en accord avec les vœux de la Chancellerie, puisque la hiérarchie des magistrats du Parquet est justement le Ministère. Inversement, on peut imaginer que les magistrats du Siège auront à cœur de ne point trop mécontenter la hiérarchie du Tribunal auquel ils appartiennent.

Mais en outre, un magistrat est aussi motivé par des éléments non-monétaires. La renommée, le prestige, ou encore l'image du magistrat irréductiblement intègre sont des données lourdes dans le comportement des magistrats :

⁶³ Dans l'imposante bibliographie consacrée à Louis XV, on distinguera évidemment le magistral ouvrage de Michel Antoine, *Louis XV*, Fayard, 1989. Son interprétation s'inscrit dans la tradition de Pierre Gaxotte, mais en y ajoutant une somme de preuves scientifiques impressionnantes. Les intuitions sont de Gaxotte, les preuves de Michel Antoine. Sur le même sujet, on consultera avec intérêt le *Louis XV* qui achève les ouvrages que Jean-Christian Petitfils a consacré aux bourbons. Son *Louis XV* vient de paraître chez Perrin, novembre 2014.

⁶⁴ Par comparaison, à qui fera-t-on croire que nous faisons abstraction de tous nos jugements de valeurs quand les universitaires corrigent des copies ? Peut-on réellement inférer qu'un économiste marxiste corrigeant des copies mettra une note très élevée à un étudiant vantant les mérites de Friedman ou d'Hayek ? Il faut décidément bien de la vertu à un économiste autrichien pour mettre 19/20 à une copie qui serait exceptionnelle d'un étudiant marxiste. Cet exemple très important ne met pas en cause l'honnêteté des correcteurs, mais le fait suivant : un correcteur marxiste orthodoxe estime que les propositions autrichiennes sont fausses. Comment mettre 18 à des erreurs analytiques si grossières à ses yeux ? Un correcteur autrichien aura du mal à mettre 18 à une brillante copie d'un étudiant marxiste puisqu'il estime comme autrichien que le marxisme est une suite d'erreurs scientifiques. Il ne peut pas en son âme et conscience gratifier une copie qui, selon lui, est un chapelet de propositions fausses.

enrichir la jurisprudence, attacher son nom à une décision qui fait date, imposer une solution qu'il croit vraie, bâtir un corps jurisprudentiel attaché à son nom, voilà qui motive, et à certains égards honore, nombre de magistrats. Mais dans tous ces cas, et même le dernier, on voit bien qu'il poursuit des buts étroitement personnels. Il se peut que ces buts concordent avec l'intérêt de tous. Proposition banale pour un économiste, car c'est parce que chacun poursuit ses propres desseins que tous peuvent bénéficier de retombées positives, bref la Fable des Abeilles : « *Private vices, public benefits* ». Mais sur ces mêmes considérations des motivations des juges, on peut avoir une vision moins optimiste. Ainsi par exemple, plus nombreux seront les juges à juger loin du droit et proches de leurs préférences, ou plus il y a de juges fascinés par les médias et plus le sort du procès sera douteux en raison de l'incertitude pesant sur le droit. Inversement, lorsque la jurisprudence, qui est un produit joint du procès, ne présente pas de lacunes, est clairement fixée et stable, la production du droit se raréfie et les procès sont moins nombreux parce, que les parties connaissent à l'avance le résultat vraisemblable.

Conclusion provisoire : on peut donc expliquer la production du droit par un examen minutieux empruntant à la logique des hommes de l'État, du législateur et des juges. C'est donc du droit créé. La loi est donc le droit. Mais dans la tradition hayekienne, le droit précède la loi et lui est supérieur. Cette proposition amène à s'interroger sur les modalités des interactions contractuelles à l'origine du droit spontané. Ce dernier devient alors la loi respectée par les agents participant au jeu des intérêts, mais pas à travers la production de droit par les hommes de l'État. Les agents trouvent alors avantage à accepter tous, volontairement, des règles du jeu et des institutions communes qui réduisent les coûts nécessaires à l'entretien d'un courant d'affaires.

⇒ **L'émergence du droit spontané : de l'entrepreneur à l'individu « en société »**

Le droit est-il la conséquence d'arrangements entre nous, ou bien peut-on parler de droit uniquement lorsque les individus, après avoir parlementé, adoptent un contrat formalisé voire constitutionnel ? On examinera successivement l'origine du droit, c'est-à-dire les conditions de son apparition, puis la dynamique interne du droit comme résultat des interactions humaines.

• **La production du droit**

Qu'est-ce qu'une institution, sinon une régularité de comportements généralisés à tous dans une accordance partagée, libre et volontaire ? À l'instant, tous et chacun imaginent que les autres vont se conduire conformément à la norme dominante dans la tribu. Dès lors, rationnellement tout le monde a intérêt à s'y conformer, même lorsque l'on est en désaccord avec le droit médian. En effet, si l'autre est prévisible dans son comportement, l'économie de coûts d'information, de communication et de transaction est d'un rendement certain. Inversement, décider d'une stratégie sécessionniste, du moins si on est isolé dans cette démarche, est d'un coût exorbitant, très supérieur à la désutilité du respect de la norme désapprouvée. Être seul et marginalisé au sein d'un groupe par un comportement issu d'une norme qu'on est seul à respecter coupe l'individu de tout échange, ce qui le pénalise indubitablement puisque personne évidemment ne peut survivre sans les autres.

Les propos *supra* résolvent un puissant paradoxe : quoiqu'en désaccord profond avec une norme, si cette dernière fait l'objet d'une adoption et d'une adhésion majoritaire, l'intérêt rationnel et bien compris de l'individu est de se conformer à cette norme qui l'amène à se comporter comme tous les autres. L'utilité de la vie en groupe l'emporte sur la désutilité d'adhérer à une norme que l'on rejette. Notons cependant que dans le groupe social « on peut faire comme si » et simultanément n'en penser pas moins. Ainsi, garder son « quant à soi » n'est pas de l'hypocrisie, mais la défense ultime quand les convictions profondes sont mises en cause par une majorité. Être en dissidence est non seulement extrêmement coûteux, mais demande un courage qui n'est pas donné à tous⁶⁵.

La désutilité de la sécession est d'autant plus importante que l'on est peu nombreux. Inversement, plus les individus adhèrent à la règle de droit, plus la fréquence d'utilisation est forte, et plus socialement il y a utilité à adopter la règle en question puisque la prévisibilité sur le comportement des autres est augmentée, ce qui minimise les coûts d'interrogation et d'interprétation sur l'attitude d'autrui. **La fréquence d'adhésion à la règle accroît substantiellement le rendement de l'institution sociale.** Mais si inversement, un mode de comportement déviant fait de plus en plus d'adeptes au-delà des pionniers, que se passe-t-il ? Évidemment, les coûts liés à l'adhésion à une nouvelle norme diminuent au fur et à mesure que l'éviction de l'ancien droit dominant devient évident et visible pour tous. Le divorce, la naissance d'enfants hors mariage, le Pacs, le mariage entre personnes de même sexe... sont des illustrations que le droit peut bouger et n'est pas figé éternellement. Ce point est essentiel car comme on sait qu'il est coûteux d'être en sécession, on pourrait logiquement imaginer que le droit dominant, c'est-à-dire la norme et la règle de droit n'évoluent jamais. C'est justement l'espoir et le souhait du courant conservateur. Il s'agit donc pour ce courant de stopper dès l'origine les comportements sécessionnistes en les qualifiant de vicieux et hors-normes⁶⁶.

⁶⁵ Des esprits hâtifs s'étonnent du petit nombre de ceux qui se sont levés contre l'anti-droit par nature, par essence et par destination, du national-socialisme et du communisme. Parmi ceux qui lisent cet ouvrage, quels sont ceux qui peuvent affirmer qu'ils se seraient conduits comme Alexandre Soljenitsyne ou Hans et Sophie Scholl ? Sur le droit de sécession comme un droit ultime dans la société libre, on consultera Serge Schweitzer, « Souveraineté et droit de sécession » in *La souveraineté dans tous ses états*, CUIJAS, 2011.

⁶⁶ Si notre définition du conservatisme juridique est correcte, on comprend que ce qualificatif s'applique au sens le plus courant et habituel du terme, mais encore vise bien tous ceux qui, par idéologie, conviction ou intérêt, ont intérêt à ce que rien ne change et que tout soit toujours identique. Par exemple, dans l'ordre de l'économique, que tout le monde soit toujours au même endroit et exerce le même métier selon le même mode de production. Nous voudrions ici faire partager combien les Canuts de Lyon ou encore ceux qui proclament « produire et travailler au pays », ou enfin les pilotes de la compagnie Air France, sont les plus conservateurs de cette cohorte. Autrement dit, si les conservateurs de droite sont des traditionalistes, les conservateurs de gauche (c'est-à-dire les socialistes de toutes obédiences) sont les conservateurs les plus orthodoxes qui aimeraient que l'on puisse figer à jamais les situations, puisque malgré le changement des goûts des consommateurs, et ce malgré les propositions des entrepreneurs, personne ne devrait perdre son emploi. Quand les syndicats disent « nous voulons sauver les acquis sociaux », que proclament-ils sinon l'assertion selon laquelle il faut que rien ne bouge jamais ? Plus habiles sont les conservateurs « progressistes » qui, selon le célèbre propos du Prince Salina apostrophant l'un de ses serviteurs (lequel lui reproche la mésalliance constituée par le mariage de son neveu l'ancrède avec la fille du maire de l'Italie nouvelle du village dans lequel la résidence d'été du Prince est construite), déclare « il faut que tout change pour que rien ne change ». Belle définition du conservatisme, voire du despotisme éclairé. C'est là toute la différence entre les faux progressistes que sont les sociaux-démocrates qui se contentent de refaire la façade et les authentiques révolutionnaires que sont les libéraux. Ces derniers acceptent que tout change. En particulier la philosophie la plus profonde du vrai libéralisme est largement contenue dans la notion d'ascenseur social. Rien ne donne plus satisfaction à un libéral que l'idée selon laquelle les riches d'aujourd'hui sont les pauvres de demain, et inversement. Sur les cent premières fortunes avant 1914, il n'en reste pas une dans les cent premières de 2014, ce qui signifie par définition que les cent premières d'aujourd'hui n'existaient pas il y a 100 ans. Mais la différence avec les

Si la règle de droit se généralise presque spontanément, on peut en déduire qu'elle répond correctement aux aspirations de beaucoup. C'est la naissance du droit coutumier. Si l'équilibre est stable sur une très longue période, et qu'il traverse victorieusement les époques, il peut acquérir le statut d'une tradition. Ce qui permet sans doute d'affirmer que ces règles sont bonnes, c'est justement qu'elles ont défié le temps. Si elles avaient été imposées de force par un petit nombre, elles ne peuvent pas perdurer. La coercition peut fonctionner seulement un temps limité⁶⁷.

Lorsque les hommes de l'État, sous l'influence de groupes de pression dont ils attendent les voix, créent une ambiance intellectuelle pour émusser dans l'esprit des membres du groupe le bienfait de l'idée même de tradition, ils commettent une faute importante puisqu'ils prétendent opérer un effet de substitution entre ce que le groupe de pression minoritaire pense, et ce qui, librement, sans contrainte, a été accepté, transmis et plébiscité en longue période. On ne peut ignorer combien la présomption sur l'accord de tous est une question lourde et complexe. L'approche contractualiste est une réponse, mais ce qui vient d'être évoqué en est une autre. La meilleure forme de contrat social s'inspire-t-elle de Rousseau ou de l'adoption d'un droit coutumier par tous, car chacun aurait compris qu'il est bénéfique pour toute la tribu d'adopter une solution **défrichée** et **déchiffrée** par quelques-uns⁶⁸.

Dans une perspective contractualiste, on imagine volontiers la formalisation du contrat social sous la forme d'une Constitution ou d'une Charte. Cette modélisation n'est pas exclusive du droit spontané. Certains auteurs estiment que la Constitution américaine s'inspire d'un **jailissement spontané** des pères fondateurs. Spontanées ou pas, les règles ne sont pas éternelles ni immuables, alors que le droit peut l'être. Cependant, la question du moteur de l'évolution est fondamentale. Abandonnant la vision statique, il faut s'interroger sur la dynamique du droit, c'est-à-dire l'évolutionnisme juridique lorsque les interactions sociales et contractuelles ont changé avec une telle intensité qu'il faut bien se résoudre à réécrire la règle de droit. Comprendre son inadaptation à un état des choses ne semble pas insurmontable. Il suffit de constater en un moment donné un blocage

révolutionnaires « étroits et violents », c'est que pour les libéraux, cette transfusion des uns vers les autres a pour origine le marché, la concurrence et le libre-choix du consommateur. Bill Gates n'a dépouillé personne, alors que la Révolution a enrichi des anciens pauvres par l'assassinat, le vol et la spoliation. Évidemment, le biais le plus habile est lorsque cette spoliation a les apparences du droit. Ainsi, de la plus grande opération dans l'histoire de l'humanité dans laquelle certains ont dépouillé d'autres. On fait ici allusion à l'ingénierie des assignats pendant la Révolution française. On y retrouve tout, y inclus les délits d'initiés les plus grossiers, puisque la dépréciation devint si rapide que, malgré la nationalisation des biens du clergé, on s'aperçut très vite que tous les porteurs d'assignats n'auraient pas contrepartie. Les premiers qui se présentèrent furent donc simultanément et les premiers et les derniers servis. Quels sont ceux qui avaient l'information sur le désajustement entre les signes monétaires et la contrepartie en biens réels, sinon les amis les plus proches du pouvoir ? En l'occurrence, les familiers du Comité de Salut Public. Sur les assignats, la meilleure étude est celle de Florin Aftalion, *Économie Politique de la Révolution Française*, Les Belles Lettres, 2007.

⁶⁷ Le national-socialisme, le communisme et tous les régimes adossés sur la coercition ne durent pas très longtemps, du moins à l'échelle de l'Histoire.

⁶⁸ L'époque est au triomphe de la production du droit par les hommes de l'État et par la jurisprudence, créé par les magistrats (section I *supra*). Grossière erreur entre la loi, la jurisprudence et la coutume. Le droit le plus stable, sécurisé, celui dont on peut être assuré qu'il viole le moins de convictions possibles est le droit coutumier puisque non seulement sans dommages il a traversé des siècles, mais en outre, il est accepté par beaucoup dans un cercle vertueux que nous avons examiné puisque plus il y a d'individus pratiquant la règle, plus tout le monde à intérêt à la pratiquer également.

durable pour inférer qu'il faut adapter le droit existant. Un exemple simple mais significatif nous est fourni par la période précédant la Révolution de 1789. Le système des corporations, les droits d'octroi et de péages, rendaient inefficace le fonctionnement de l'économie. Qu'est-ce que l'aphorisme de Vincent de Gournay « laissez-faire, laissez-passer » sinon une invitation à faire « sauter » les verrous juridiques qui entravaient la croissance et le développement de l'économie ?

• La dynamique du droit

L'évolutionnisme juridique résulte-t-il de glissements successifs sans césures particulières ou procède-t-il par ruptures et bonds, en fractures successives, d'un état de l'univers à l'autre ? Pour les premiers (les contractualistes individualistes), les droits individuels sont antérieurs et supérieurs au droit des hommes de l'État. Les individus, pour garantir leurs droits, signent un contrat, une sorte de règlement de copropriété, et décident d'accepter une restriction minimale de leurs droits en créant un gouvernement pour protéger les droits individuels. C'est l'esprit entier de la Constitution américaine qui s'est donnée dès le départ pour philosophie profonde d'endiguer l'empiétement des États et de la personne. C'est le contractualisme au sens de James Buchanan⁶⁹.

Le contractualisme holistique de Rousseau est évidemment différent. Pour lui, la révélation de l'intensité des préférences collectives se fait par l'ingénierie du vote. Ainsi volonté générale et souveraineté populaire sont étroitement liées. Le législateur, dépositaire de l'intérêt général, évolue donc dans une sphère située au-dessus des individus. Il peut, de façon légitime, créer du droit. L'addition des utilités individuelles ne donne pas une simple agrégation, mais un nouveau concept et un cercle englobant. Dit autrement, si chez James Buchanan, le rôle du droit est de prohiber mais aussi de contenir les visées potentiellement liberticides des hommes de l'État⁷⁰, il n'en n'est pas du tout ainsi chez Rousseau.

⁶⁹ De cet auteur, on retiendra la trilogie, *The Calculus of Consent : logical foundations of Constitutional Democracy*, (avec Gordon Tullock), University of Michigan Press, 1962, *The Limits of Liberty : Between Anarchy and Leviathan*, University of Chicago Press, 1975, et *The Reason of Rules : Constitutional Political Economy* (avec Geoffrey Brennan), Cambridge University Press, 1985. Voir également Hervé Magnouloux, *L'Économie Politique constitutionnelle : la production des règles de la démocratie*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction de Jean-Pierre Centi, soutenue à l'Université Paul Cézanne en 1993.

⁷⁰ Question fort complexe. Une formidable illustration nous est donnée par la législation américaine au prétexte du terrorisme, et en France, par le tout récent arsenal connu désormais sous le nom de « loi Cazeneuve ». Spontanément, on se dit que les coûts de la coordination entre nous pour arrêter le terrorisme aveugle sont prohibitifs par rapport aux coûts de coordination quand l'État se charge d'assumer cette tâche. La sécurité a souvent été le prétexte de fortes restrictions des libertés individuelles. Ici le terrorisme est l'occasion d'un interventionnisme qui pose de lourds problèmes. De quel droit le Ministre de l'Intérieur interdit-il à des individus d'aller combattre une cause qui leur semble juste en dehors de leur pays ? À moins que, chose intéressante, les hommes de l'État décident des bonnes causes et de celles qui ne le sont pas. Pourquoi un tel propos ? Tout simplement parce qu'en 1936, quand des français s'engagent dans les Brigades Internationales pour combattre Franco durant la guerre civile espagnole, ces derniers sont considérés comme des héros, surtout quand André Malraux et Ernest Hemingway les magnifient dans leurs romans. Il y a donc des bonnes causes et des mauvaises. Quel est le décideur en dernier ressort qui départage les causes nobles et les causes viles ? Ce sont les hommes de l'État. Mourir pour la République espagnole, quelle noble cause... mourir pour le califat, quelle déchéance ! Le problème est que pour départager ce qui est bien et ce qui est mal, on peut imaginer un meilleur arbitre que les hommes de l'État. On s'en tiendra pour la démonstration à la France et seulement depuis 1789. La France peut aligner comme défenseurs héroïques de nos libertés individuelles Robespierre, Saint-Just, Danton, Marat, Fouquier-Tinville, Carrier, Fouché et les autres. Puis Charles X excelle en ce domaine dans sa charte. Si Louis Philippe nous accorde un répit, Louis-Napoléon Bonaparte, neveu de Napoléon I^{er}, grand piéteur des libertés, ne brille guère comme farouche défenseur de nos droits individuels. Adolphe Thiers ne peut être tenu pour un étalon en la matière mais évidemment, il n'est rien en rapport du régime de Vichy. La V^e République n'est pas avarié non plus sur cette question. Des lois Pleven aux lois Gayssot, de Tribunaux d'Exceptions en Tribunaux Militaires, d'écoutes Élyséennes à la pose de micros au sein

L'autre problème du contrat social chez Rousseau – mais au-delà, dans toute la sphère contractualiste – c'est que l'accroissement du nombre de signataires rend la règle d'unanimité de plus en plus aléatoire. Comment traiter ceux qui sont en désaccord ? C'est le problème de la sécession. Les contractualistes « à la Buchanan » se disent alors qu'un programme minimum est d'adopter des règles de prohibition envers les comportements coercitifs et violents. Dans le sillage de Montesquieu, ils pensent alors que le meilleur moyen de borner l'agent potentiellement le plus violent de tous qui a prouvé sa capacité au totalitarisme au xx^e siècle (c'est-à-dire l'État), s'exerce par le biais de la séparation des pouvoirs, chacun neutralisant l'autre et inversement.

Une autre question des sociétés contemporaines, c'est-à-dire des groupes de grande dimension, est qu'être un passager clandestin est plus aisé. Quelle que soit l'approche retenue, les questions relatives au temps qui passe et à l'ignorance demeurent. Le droit, a-t-on expliqué *supra*, est réducteur d'ignorance. Nous minimisons l'inattendu et la surprise si nous estimons que les autres aussi vont respecter les règles de droit et les institutions comme fond commun à tous les participants du jeu des intérêts. Le droit, dans les temps que nous vivons, est plus décisif que jamais. En effet, plus les groupes humains sont larges, et plus les échanges s'intensifient, et plus les résultats sont incertains. L'ignorance s'accroît avec le nombre. Dans le village, chacun connaît tout le monde. Dans la grande ville, quand circulaient seulement plusieurs centaines de voitures, le Code de la Route pouvait tenir en une page. Mais l'intensification routière nécessite de prendre en compte les multiples situations possibles ; la croissance de la circulation rend nécessaire la multiplication des règles.

Le propos conclusif de ce chapitre consistera à constater que l'analyse économique de la production du droit débouche sur des capacités analytiques et prédictives. L'utilisation du droit comme méthode d'investigation et de compréhension de l'individualisme méthodologique aboutit à un constat plutôt sévère pour le droit créé *ex nihilo* par les élus et les bureaucrates d'une part, par les juges d'autre part. Quand on examine les entrepreneurs politiques de façon réaliste, en leur prêtant une rationalité et non pas une vision idyllique et naïve, on explique alors aisément les causes d'une inflation législative qui ne doit rien à la conjoncture, mais tout à un problème structurel. Les juges ne sortent pas indemnes de l'analyse économique de la production du droit. En les supposant, là encore, dotés de rationalité, même limitée, le sacrifice de leur indépendance au profit de leur carrière fragilise gravement la stabilité espérée du droit.

de locaux de presse, on permettra d'imaginer que confier les libertés individuelles les yeux fermés à la garde des hommes de l'État, c'est confier le Ministère des droits de l'Homme à Joseph Staline, et nommer comme défenseur des droits tout autre dictateur dont la liste abonde au xx^e siècle. Une version plus académique du propos consiste à décalquer Hayek lorsqu'il déclare que confier la production de monnaie aux hommes de l'État revient à confier le pot de miel à la garde de l'ours. On est confronté sur cette question à une approche standard faisant appel à l'utilité et la désutilité. L'utilité de confier aux hommes de l'État d'écouter nos conversations, de rentrer dans nos ordinateurs et de contrôler nos déplacements, c'est qu'il pourra par ce moyen, éventuellement empêcher un attentat dans un amphithéâtre de première année à Paris ou à Aix qui aurait causé éventuellement plusieurs centaines de morts. La désutilité est évidemment l'atteinte à la vie privée. On sera plus sceptique devant l'argument de faible intensité selon lequel ceux qui n'ont rien à se reprocher n'ont rien à craindre qu'on s'immisce de la sorte. Il est vrai que l'État n'est pas toujours arbitraire, mais il est relativement désagréable de voir un individu s'introduire dans notre salon sachant qu'il n'est pas invité. L'Histoire l'a démontré, une fois introduit, ce même individu ne se retire plus. Cette dialectique est bien connue par les spécialistes de droit public économique qui font remarquer que c'est à l'occasion des guerres que l'État, sous le prétexte de la nécessité vitale, va augmenter considérablement son poids et ses interventions et ne se retire jamais ou presque une fois la guerre terminée. La dialectique des contraires n'est pas ici flux-reflux, mais flux-installation.

Nous tournant vers le spontanéisme juridique, on a constaté que le droit d'en bas est une réponse robuste à l'incertitude. La prévisibilité des comportements en sort accrue. À son tour, la généralisation de la règle augmente notablement l'espace des participants qui ont intérêt à se rallier à la norme, même s'ils n'y sont pas favorables, parce que cela accroît la spéculation prédictive correcte sur le comportement d'autrui. Ces anticipations sont donc rationnelles. Le droit n'est pas alors reflet de l'incertitude, mais au contraire thérapie contre l'ignorance. Le maillon faible est dans la conjonction de la fausse opposition apparente entre les bureaucrates et les juges. Ils sont alliés dans la volonté, souvent pétris de bonnes intentions, de dessiner la bonne société. Mais c'est justement parce qu'ils sont empreints de bonne volonté que les droits individuels sont menacés. Qu'y a-t-il de plus logique quand on détient la bonne solution que de faire le bonheur des autres malgré eux ? Une voie d'exploration consiste dans une réflexion sur les institutions politiques optimales. Bien sûr, un spontanéiste n'a pas de plan(s) préétabli(s). Pourtant, des études intéressantes concernent la taille optimale des Parlements qui doivent être suffisamment larges pour que chaque sensibilité se sente représentée, mais point trop car chaque parlementaire voulant faire œuvre législative, la quantité de représentants augmente mécaniquement l'inflation législative⁷¹.

L'échec des publicistes et politologues sur le champ des institutions optimales laisse une chance restreinte, mais appréciable, à l'analyse économique de la production du droit de se faire entendre. Le risque est nul. L'utilité est que dans la concurrence des paradigmes sur le territoire des idées comme sur celui des biens et services, l'intensité de la concurrence élimine les propositions infondées et favorise l'émergence des bonnes solutions et arrangements.

⁷¹ Voir Emmanuelle Auriol & Robert Gary-Bobo, « Optimiser les institutions politiques » in *Les Échos* du 26 mars 2008 ; des mêmes, « On the Optimal Number of Representatives » in *Public Choice* 2012, vol. 153, p. 419-445.

CHAPITRE SECOND

LE DÉSIR DE RAPPROCHEMENT : UN POINT DE VUE ANALYTIQUE

Avant d'examiner dans une deuxième partie le pont jeté entre le droit et l'économie par l'analyse économique du droit, il faut préalablement circonscrire le plus fidèlement possible les contours des convergences et divergences entre les deux disciplines. Il n'est cependant pas possible, même dans le cadre du présent ouvrage, de donner un panorama exhaustif des points d'accord et de désaccord entre le droit et l'économie. Il nous apparaît que l'on peut cerner le propos utilement en le centrant autour de trois questions principales. La première est d'ordre méthodologique, la seconde est relative au sujet unique d'investigation de nos disciplines, la troisième concerne l'objet d'étude du droit et de l'économie.

La question de la méthode renvoie au fait que l'analyse économique est à bien des égards plus attirée vers une théorie générale que vers des préconisations pratiques. On veut signifier par là que les propositions de l'économie sont si étonnamment vraies, qu'à peine entendues, les individus dotés de bon sens en tombent d'accord. C'est la longue tradition, il est vrai contestée, de l'a-priorisme en méthodologie économique. Ces propositions aprioristiques correctement posées, on peut imaginer que toute l'analyse économique se déduit logiquement de ces propositions universellement vraies. Il nous apparaît que le juriste, dans la construction de sa discipline et son évolution, privilégie le critère d'adaptation de la règle aux réalités sans cesse changeantes. Contrairement à ce que d'aucuns imaginent, les règles de l'économie, dans ses principes fondateurs, sont immuables. Certes, le droit, quand il est véritablement droit, l'est aussi. Ainsi de l'essentiel par exemple de la liste des Dix Commandements. Mais pour tout le reste, le droit se caractérise par sa plasticité, son élasticité et sa capacité, souvent étonnante, à se couler dans de nouvelles situations commandées en particulier par l'évolution technologique. Ainsi naissent fréquemment de nouveaux massifs juridiques tels le droit du sport ou le droit des nouvelles technologies.

À rebours de ce que beaucoup croient, les grands principes de l'économie traversent les époques, à la fois immuables et changeants. Immuables parce que les bonnes institutions sont connues de tout temps, et on ne prend aucun risque à écrire ici que dans des milliers d'années, la propriété privée sera toujours un mode de gestion insurpassé, l'entrepreneur l'alpha par qui tout débute et le consommateur l'oméga envers qui tout tend, le contrat libre comme un instrument optimal pour lister les droits et devoirs des co-contractants, le profit un remarquable stimulant, le libre-échange supérieur au protectionnisme, les économies gouvernées du centre toujours ingérables, celles gouvernées par la périphérie la meilleure machine à traiter l'information dispersée entre tous les cerveaux humains. Changeantes car évidemment, les métamorphoses

technologiques amènent sur des questions concrètes à trouver de nouvelles modalités de règlements des problèmes. Mais les solutions apportées à l'émergence du numérique ou encore les modalités de mise en œuvre des marchés à terme, ou enfin l'invention de nouveaux instruments financiers, par exemple pour collecter de l'épargne, ne sont que la surface des choses. Les apparences revêtues par l'économie sont l'écume de la vague, la philosophie qui sous-tend les territoires de l'économie est la vague elle-même.

La question vaste et difficile des méthodes d'investigation des deux disciplines ne doit pas cacher que derrière un fort désaccord sur les méthodes, leurs sujet et objet sont largement identiques, nous ramenant à la problématique qui affirme que l'économiste cherche plutôt à expliquer les bonnes raisons qui amènent les individus à se conduire de telle ou telle façon, alors que le juriste va explorer les modalités et déclinaisons pratiques de nos comportements pour les accompagner, les rendre plus efficaces ou les sanctionner si on viole les engagements. **Autrement dit, on peut postuler que l'économie étudie plutôt l'amont des motivations, et le droit l'aval des manifestations concrètes permettant d'assouvir les motivations en question. Certes, les positions sur le grand échiquier du décryptage de l'humain ne sont pas identiques, mais les pièces étudiées de ce même échiquier et les buts du jeu en question sont des occasions remarquables d'unir les deux disciplines.**

Quant au sujet d'étude du droit et de l'économie, il est effectivement unique : **c'est l'individu**. Quant à l'objet d'étude, il est constitué, et pour l'une et pour l'autre, par l'étude de la façon dont les individus s'y prennent pour accomplir l'acte central sans lequel l'individu n'y survivrait pas, c'est-à-dire **l'échange**.

Résumons : la méthodologie de nos deux disciplines est largement distincte (section I). Le sujet et l'objet d'étude sont identiques puisque c'est de l'individu dont il s'agit (section II) et de son biais de survie, à savoir l'échange (section III). Même et peut-être d'abord, s'agit-il de l'échange amoureux, puisque sans lui, la race se serait éteinte. Or, le droit de la (et des) personne(s) n'est-il pas au centre du droit civil ? Le contrat n'est-il pas au cœur du droit des affaires ? Mais de son côté, l'économiste, quand il répond aux trois questions de Samuelson (que, comment, pour qui produire ?), révèle les préférences, affecte les moyens et répartit les revenus nécessaires à l'acquisition de ces mêmes fins. Ne parle-t-on pas, du reste, d'échange amoureux ? Ou d'avoir commerce avec quelqu'un ? Ces quelques propos nous montrent du reste combien la frontière est artificielle. Il sera un jour souhaitable et sans doute dans l'ordre inéluctable de l'histoire qu'une seule et même discipline réunisse le *pourquoi* (l'économie) et le *comment* (le droit). Pour notre part, nous sommes persuadés que les deux disciplines vont se rapprocher jusqu'à un jour fusionner, sans doute sous les auspices de la praxéologie, c'est-à-dire la science qui étudie la décision et l'action de l'Homme. Ce dernier étant unicité lorsqu'il décide et agit, quel que soit le champ envisagé, la coupure relève de l'artificiel.

Bien sûr, les juristes se défendront. Rien de plus compréhensible, personne n'aime être envahi par quelqu'un d'autre. On n'en a pas terminé avec les reproches d'impérialisme à propos de la prétention des économistes à étendre leur modèle de base aux territoires traditionnels du juriste. Bien sûr et encore, la source n'est pas tarie, celle des économistes faisant mille reproches aux juristes. Mais tout cela ne

résistera pas à la force de ce qui unit et qui est tellement supérieur aux éléments qui pousseraient plutôt aux dissensions. Dans le couple droit/économie, ce qui rassemble est beaucoup plus consistant que ce qui divise.

Avant donc, dans la deuxième partie, de longuement examiner l'objet de l'interface entre le droit et l'économie qu'est l'Analyse Économique du Droit, il apparaît opportun de réaliser un inventaire pour solde de tout compte.

SECTION I

LE CLIVAGE MÉTHODOLOGIQUE :

L'EMPIRISME JURIDIQUE VERSUS L'A-PRIORISME

SECTION II

UN SUJET D'OBSERVATION IDENTIQUE : L'INDIVIDU

SECTION III

UNE FINALITÉ D'ÉTUDE COMMUNE : L'ÉCHANGE

SECTION I

LE CLIVAGE MÉTHODOLOGIQUE : L'EMPIRISME JURIDIQUE VERSUS L'A-PRIORISME

La compétence de l'auteur de cette première partie est sans doute insuffisante pour qualifier avec les mots exacts les méthodes employées par les juristes. Certes, on dispose d'ouvrages entiers qui permettent d'avoir une approche fine, fouillée, dense et subtile des méthodes des juristes. On pense ici par exemple aux analyses profondes de Christian Atias⁷², de Michel Troper⁷³ ou encore de Philippe Jestaz et Christophe Jamin⁷⁴. On serait bien incomplet sans citer Jean-Louis Bergel⁷⁵. Il serait quasiment une faute professionnelle si on passait sous silence l'œuvre de Michel Villey tout entière ainsi que, pour y accéder, les présentations faites par Stéphane Rials et ses élèves dans de multiples ouvrages, tous publiés aux PUF, dans des collections ou des revues.

L'examen de l'ensemble des travaux de haute tenue de la philosophie juridique ne permet pas de se départir du sentiment selon lequel le droit ressort plus de la catégorie de l'empirisme quant à sa méthode, que de la méthode hypothético-déductive. On est ici presque, quand on traite de la méthodologie juridique, en face d'un piège. On veut signifier par là que la longue suite de considérants d'un arrêt de droit ou d'une décision laisserait croire que les hypothèses posées, le raisonnement juridique se déduit par considérations successives analogues à une descente d'escalier. Volontiers donc, on imaginerait une discipline fortement déductive à partir de quelques prémisses. Or, ce qui frappe, c'est au contraire la méthode largement empirique, voire expérimentale du juriste. Empirique parce que le juriste est face à des questions pratiques auxquelles il doit donner des réponses. Le juriste trouve des solutions qu'il découvre par une procédure de tâtonnements, qu'il ne peut découvrir en une seule décision, ce qui l'amène à expérimenter fréquemment d'autres voies, procédé connu sous le nom de « revirement de jurisprudence ». Le juriste est d'abord dans la solution pratique. Il est du reste plus praticien que théoricien, ce qui n'introduit aucune hiérarchie de préférence entre les deux territoires⁷⁶. Dans la tradition française, la théorie est hautement estimable, la pratique relèverait plus de l'arrière-boutique. Mais dans les pays de *Common Law*, ce serait plutôt l'inverse. Il n'est nullement dans l'esprit du propos de hiérarchiser les deux approches. On se contentera seulement de constater que

⁷² Christian Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 1^{re} édition, 2002.

⁷³ Michel Troper, *La philosophie du droit*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2011.

⁷⁴ Philippe Jestaz & Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004.

⁷⁵ Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Themis, 2001.

⁷⁶ N'est-il pas significatif et illustratif que pendant très longtemps, les facultés de droit étaient en réalité nommées « les écoles professionnelles de droit », terme préféré par beaucoup aux statuts épistémologiques facultaires. Après un demi-siècle d'oubli, on assiste à un retour significatif de ces libellés qui, loin d'être une question mineure, révèlent beaucoup de choses. Ainsi, les juristes de l'UFR de droit de Paris I Panthéon-Sorbonne s'appellent officiellement désormais « l'École de Droit de la Sorbonne » et ce, ce n'est pas un hasard, sous l'impulsion des juristes en droit des affaires qui perçoivent leur mode de fonctionnement d'abord comme une école professionnelle, formant des juristes concrets. Mais Paris II Assas n'est pas en reste puisque le nom attribué à sa formation qui se veut élitiste a reçu la dénomination officielle de « Collège de Droit ». On ne saurait mieux marquer par ces deux exemples que les juristes sont assez loin d'une volonté d'aller toujours vers des rivages théoriques.

l'économie est une discipline, contrairement aux apparences, presque entièrement théorique et analytique, alors que le droit est sans cesse à la recherche des bonnes solutions. Contrairement aux apparences, l'économie est plutôt de l'ordre de la recherche des grands principes, et le droit dans la recherche des bonnes solutions.

Examinons maintenant plus avant le domaine qui nous est plus familier, c'est-à-dire les questionnements méthodologiques de l'économiste. On l'a souligné *supra*, le trait le plus distinctif de l'analyse économique consiste dans le fait d'une véritable originalité dans son approche méthodologique. Il n'existe pas dans les autres branches des sciences humaines, une matière qui utilise avec autant d'intensité une façon de procéder connue sous le nom d'a-priorisme. Certes, tous les économistes, ne l'utilisent pas. Mark Blaug tant dans son manuel de méthodologie, que dans son histoire de la pensée économique, traite durement les tenants de l'a-priorisme méthodologique. C'est pourtant une tradition très ancienne dans la matière qui commence avec Adam Smith et va trouver son expression la plus achevée avec celui qui va pousser au paroxysme la méthodologie a-prioristique, c'est-à-dire Ludwig Von Mises.

On se trompe assez lourdement en imaginant l'économiste comme l'homme des chiffres. C'est faux. Il s'agit du statisticien. De même, devant l'approche presque consensuelle des sciences de la nature, qui reposent sur les préconisations de Karl Popper sur les vérifications des postulats et la capacité d'infirmer pour savoir si on est ou non dans le champ de la science, les économistes sont très nuancés, voire circonspects. Devant l'approche qui consiste à imaginer qu'il faut expérimenter sur le terrain pour vérifier si les propositions des économistes sont vraies ou fausses, l'économiste réagit de façon logique. Il estime que si les postulats a-prioristiques sont corrects, et que l'économiste a un juste esprit de déduction, toutes les propositions de l'analyse économique peuvent être correctement déclinées depuis un bureau⁷⁷.

Un exemple. Est-il besoin de vérifier sur le terrain la véracité la proposition suivante ? Dans l'intime de son bureau, l'économiste peut expliquer pourquoi chaque fois que les flux monétaires sont supérieurs aux flux réels, l'ajustement se fait par la hausse nominale du prix des flux réels jusqu'au niveau où ces prix, multipliés par les transactions, vont absorber l'ensemble des signaux monétaires désireux d'effectuer des achats. Est-il besoin de vérifier sur le terrain que cette proposition est vraie ? L'histoire constate qu'elle l'est toujours et partout. On concédera que la vérification valide le modèle. Mais à dire vrai, il n'y avait même pas à vérifier ce fait. Le bon économiste ne peut pas se tromper. Sur ce sujet, Pascal Salin écrit des lignes décisives dans son manuel de macroéconomie⁷⁸ :

« La science a pour but de comprendre ou même de reconstruire mentalement la réalité. Son rôle est d'ordonner la multitude de perceptions et d'informations qui nous parviennent, de manière à la rendre intelligible. En ce sens, un discours qui n'a aucun lien avec la réalité ne mérite pas le nom de théorie scientifique. Mais quel peut être ce lien avec la réalité ? Pour les défenseurs de "l'empirisme logique", tels que Karl Popper, il faut qu'une théorie puisse être confrontée aux faits et faire l'objet de vérifications empiriques, ce qui permet soit de la valider – provisoirement – soit de la réfuter. Cette conception permet certes de rejeter des pseudo-théories, comme il en fleurit tant dans le domaine des sciences humaines, mais elle conduit aussi à

⁷⁷ Sur ce sujet, l'article fondamental est celui du doyen Gérard Bramoullé, « A-priorisme et faillibilisme : en défense de Rothbard contre Popper » in *Journal des Économistes et des Études Humaines* 1995, vol. VI, n° 1, p. 91-104.

⁷⁸ Pascal Salin, *Macroéconomie*, PUF, 1991.

restreindre dangereusement le champ de l'analyse scientifique et même à l'orienter dans des directions erronées. En effet, les techniques de mesure sont imparfaites et bien souvent indirectes, de telle sorte que la validation empirique d'une théorie est sujette à caution. Par ailleurs et surtout, une grande partie de ce qui constitue l'objet d'une science comme la science économique n'est pas observable. De ce point de vue, il y a une différence considérable entre la méthode de ce que l'on peut appeler les sciences physiques et la méthode des sciences humaines, même si toutes ont pour objet la compréhension de la réalité. L'homme peut se définir comme un être rationnel, c'est-à-dire un être capable de raison : il essaie d'imaginer certaines des conséquences futures de ses actes, à des échéances plus ou moins lointaines. Certes, il est un être limité, bien que perfectible, de telle sorte que sa vision du futur ne peut jamais être considérée comme parfaite. Mais il n'en reste pas moins que toute activité humaine est toujours le résultat d'un processus intellectuel. Étant un être rationnel, l'homme est capable d'utiliser des ressources variées et de les combiner de manière à atteindre les objectifs qu'il désire. À partir du moment où l'on accepte ce fait d'expérience universel, tout le reste de la science économique se déduit de manière parfaitement logique. De ce point de vue l'approche empirique rencontre une deuxième (et plus fondamentale) difficulté : les propositions de la logique – dont font partie la plupart des véritables théorèmes économiques – ne sont pas empiriquement testables [...] Toute la science économique peut donc se déduire, à partir de l'hypothèse de rationalité individuelle, de la connaissance des rapports entre l'esprit humain et les objets de l'action. Mais, répétons-le, cela signifie seulement que tout homme peut adapter certains moyens aux fins particulières qu'il poursuit. Cela ne signifie pas qu'il a une connaissance parfaite du présent et du futur, ni qu'il est capable d'effectuer des calculs complexes. Bien au contraire, si l'homme est rationnel, c'est dans le cadre limité des contraintes qu'il subit ou qu'il accepte, en particulier les contraintes d'information. Que l'information soit coûteuse à acquérir est un des traits caractéristiques de la nature de l'esprit humain. Elle est un élément de la réalité et une théorie économique qui n'en tient pas compte doit être rejetée comme contraire à la réalité [...] Autrement dit, la plupart des concepts significatifs de l'analyse économique sont d'ordre purement subjectif – par exemple toutes les valeurs et les objectifs, d'ailleurs continuellement changeants, des individus en ce qui concerne leur famille, leur profession, leurs loisirs, leurs consommations – et ils sont donc mal connus. Mais cela n'empêche pas de développer une théorie économique "réaliste". L'hypothèse de rationalité correspond à l'observation de la réalité et à l'expérience propre de chacun d'entre nous. Elle inspire des règles d'une grande simplicité et d'une grande généralité, à partir desquelles toute la science économique peut être déduite de manière logique. On doit en déduire qu'un résultat obtenu à partir de l'hypothèse de rationalité ne doit pas être rejeté sous prétexte qu'il ne peut pas être directement confronté aux faits. Si le raisonnement a été parfaitement cohérent, il doit être considéré comme une explication de la réalité [...] Si les conclusions auxquelles on aboutit au terme d'un raisonnement théorique s'avèrent incompatibles avec les faits résultant de l'observation, elles devront évidemment être rejetées. Mais ceci signifie très probablement qu'on a introduit dans le raisonnement, de manière plus ou moins explicite, des hypothèses supplémentaires qui sont en fait incompatibles avec l'hypothèse de rationalité. Autrement dit, et comme l'a souligné en particulier Karl Popper, on ne peut pas démontrer qu'une théorie particulière est définitivement "vraie", mais on peut éventuellement démontrer qu'elle est fautive. Nous nous refusons cependant à n'admettre comme "scientifiques" que les propositions "falsifiables" (pour reprendre l'expression de Karl Popper), c'est-à-dire celles qui peuvent faire l'objet d'une vérification empirique, susceptible d'en démontrer le caractère (définitivement) faux ou (provisoirement) vrai ».

Traitant de l'individualisme méthodologique, on sera amené à préciser des éléments à propos de la difficile question de la rationalité mais aussi de l'*homo œconomicus*, qui ne mérite ni l'excès d'honneur de la fin du XIX^e siècle et des premiers néo-classiques, ni l'excès d'indignité dans lequel il est traîné depuis trois décennies, y inclus par certains économistes eux-mêmes. Nous nous contenterons de traiter – et la chose déjà est d'accès difficile – de la question de la méthode a-prioristique. Avant même de juger sa validité et sa fécondité, il faut s'interroger un instant pour savoir si l'économie puise plutôt au monisme ou au dualisme, voire au pluralisme méthodologique.

Il y a deux sens possibles au mot « monisme » : on peut d'une part l'envisager comme la méthodologie unique des sciences naturelles et humaines. Mais on peut aussi décontracter la question en se demandant si, dans chacune des sciences humaines, ici l'Économie Politique, il y a monisme ou pluralisme méthodologique. Sur la première des deux questions, celle de l'unité méthodologique des sciences de l'homme et de la nature, on peut imaginer trois positions.

1°) Pour les avocats du monisme, toutes les sciences relèvent de la même méthode ; c'est la position de Popper, pour qui « qu'il s'agisse de sciences naturelles ou sociales, toutes les sciences théoriques ou générales devraient utiliser la même méthode »⁷⁹. Pour John Stuart Mill, il ne fait aucun doute que le monisme méthodologique doit être recommandé pour l'économie. C'est aussi la position de Friedman, qui, dans ses *Essais en économie positive*, défend cette approche⁸⁰. Peter Wiles écrit « J'insiste absolument sur le fait qu'aucun élément valide dans une méthodologie ne contredit un élément valide dans une autre méthodologie ; en ce sens, toutes les méthodologies valides sont une et très spécifiquement, cela est vrai de l'ensemble constitué par les sciences de la nature et des sciences sociales »⁸¹. Blaug lui même, tout en déplorant la « relative immaturité des sciences sociales »⁸², se prononce, avec cependant une distinction insistante, que l'on verra *infra* pour le monisme méthodologique.

2°) Pour les tenants du dualisme, on trouve inversement des auteurs pour qui aucune justification sérieuse ne peut être versée au dossier de l'unité méthodologique. Ces auteurs se regroupent sous le drapeau de la doctrine dite du « *Verstehen* ». L'idée est que les sciences humaines sont assises sur la connaissance personnelle qui nous est accessible en tant qu'être humain et non sur la connaissance extérieure qui provient de conclusions issues d'expériences de laboratoires en sciences exactes. On est ici, en l'espèce, face à l'idée classique selon laquelle pouvant nous mettre à la place de ceux qui agissent (sans juger normativement de leurs actions), nous pouvons nous baser sur la méthode de l'introspection pour comprendre le comportement des humains. Outre les Autrichiens, on peut citer dans cette famille des auteurs très importants. Ainsi Lionel Robbins peut écrire « il est moins nuisible de mettre l'accent sur les différences entre les sciences sociales et

⁷⁹ Cité in Mark Blaug, *La Méthodologie économique*, Economica, 2^{de} édition, 1994.

⁸⁰ Milton Friedman, « The methodology of positive economics » in *Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press, 1953 ; traduction française Litec, 1996.

⁸¹ Peter Wiles, « Ideology, methodology and neo-classical economics » in *Journal of Post-Keynesians Economics* 1980, vol. 2, 1980, p. 155-180.

⁸² Mark Blaug, *La Méthodologie économique*, op. cit.

naturelles que de mettre l'accent sur leurs similitudes »⁸³. Terence Hutchison, lors d'une célèbre controverse avec Frank Knight écrit « les faits véritables ne sont pas réellement l'économie. Cette inaptitude à vérifier peut être ou non considérée comme dommageable. Il n'en demeure pas moins que c'est la vérité »⁸⁴. Pour des raisons très différentes, Robert Heilbroner est sur la même position. En effet, la connaissance objective étant toujours colorée de jugements de valeurs, on ne peut tirer aucune conséquence des faits sociaux. Il en déduit que c'est l'origine de la différence entre les sciences sociales et les sciences naturelles.

3°) Pour d'autres, il y a monisme en théorie, dualisme par la force des choses. C'est par exemple la position de Mark Blaug qui, malgré son soutien au monisme méthodologique, estime à l'inverse de John Cairnes, qu'en pratique, la différence est sensible entre la précision des sciences naturelles et l'à peu près des sciences sociales. Hutchison évolua du monisme au dualisme jusqu'à écrire « il semble tout à fait erroné d'insister sur certaines ressemblances générales entre les sciences sociales et naturelles et d'affirmer que les différences ne sont que de degré. Nous pensons que ce n'est pas pour des raisons de pratique scientifique mais pour des questions de principe que l'on doit rejeter le monisme et affirmer l'irréductibilité des deux familles de sciences »⁸⁵.

Selon nous, il ne fait aucun doute que les sciences humaines pouvant se définir comme la science de l'action humaine, cette dernière peut se définir par des *a priori* irréfutables comme on tâchera de le démontrer *infra*. Si bien qu'il existe une distinction radicale entre science humaine et science physique, et que le monisme évince le dualisme. La science physique procède par expérimentation et vérification. Les sciences humaines n'ont pas besoin de démontrer la validité des présupposés adoptés qui sont relatifs à la nature humaine puisque chacun, en lui-même, par sa seule existence et son seul raisonnement, peut éprouver la validité des propositions a-prioristiques. Si elles correspondent à ce qu'il vit et ressent, c'est qu'elles sont exactes, et inversement. Le même Robbins écrit « les postulats font tellement partie de notre expérience quotidienne qu'ils n'ont pas à être énoncés pour qu'on les reconnaisse évidents »⁸⁶.

Ce premier tour d'horizon achevé, avant d'explicitier la méthode propre à l'économiste qui le distingue radicalement du juriste, il faut resserrer le raisonnement sur l'Économie Politique. Dans cette spécialité, une ou plusieurs méthodes ? Pour les partisans du pluralisme, il n'y a aucune méthodologie universelle. Telle est l'opinion par exemple, de Lawrence Boland⁸⁷ ou encore de Bruce Caldwell⁸⁸. Pierre Salmon, opte pour sa part pour une tolérance méthodologique, estimant cependant que cela ne dispense pas l'analyse économique de choisir des méthodologies unifiées et que l'aban-

⁸³ Lionel Robbins, *Essai sur la nature et la signification de la science économique*, Librairie de Médecis, 1947, 156 p.

⁸⁴ Terence Hutchison, « The Significance and Basic Postulates of Economic Theory : A Reply to Professor Knight » in *Journal of Political Economy* 1941, vol. 49, n° 5, p. 732-750.

⁸⁵ Terence Hutchison, *Knowledge and Ignorance in Economics*, University of Chicago Press, 1977 ; de cet auteur voir aussi *The Significance and Basic Postulates of Economic Theory*, Macmillan, 1938.

⁸⁶ Lionel Robbins, *Essai sur la nature et la signification de la science économique*, op. cit.

⁸⁷ Lawrence Boland, *The Foundations of Economic Method*, London : Geo. Allen & Unwin, 1982.

⁸⁸ Bruce Caldwell, *Beyond Positivism : Economic Methodology in the Twentieth Century*, Allen and Unwin, 1982.

don de cet objectif ne peut être prôné par aucun économiste. Nous avons maintenant les éléments pour approfondir l'ultime question de cette section, celle de l'a-priorisme.

La poussée pour la méthode inductive est certes réelle. Pourtant, aucun économiste n'a réussi à prouver la supériorité de cette approche comme le constatent Alain Mingat, Pierre Salmon et Alain Wolfelsperger⁸⁹. Après avoir défini l'a-priorisme, nous examinerons cette tradition méthodologique, portée à son paroxysme par Von Mises avant de traiter des critiques et énigmes de l'a-priorisme.

L'a-priorisme ne doit pas se confondre avec l'anti-empirisme. L'a-priorisme ne peut se confondre avec la famille dogmatique qui, de plus, sans prétexte, affirme comme Louis Althusser que « rien ne peut se prouver ». L'a-priorisme méthodologique en économie, qui distingue tant les économistes des juristes, peut recevoir comme première définition « l'a-priorisme est donc la position méthodologique pour ceux pour qui la science économique est une construction entièrement déductive fondée des principes élémentaires ou axiomes qui sont des vérités nécessaires, relatives au monde réel »⁹⁰. Ces vérités sont fortes et non susceptibles de contre-preuve. Les nier est impensable. Blaug donne une définition assez proche. Pour lui, l'apriorisme est l'approche « suivant laquelle les prémisses sont tirées soit de l'introspection, soit de l'observation du comportement médian des autres et constitue donc des vérités *a priori* connues préalablement à toute expérience »⁹¹. Quant à John Stuart Mill, il écrit « l'a-priorisme est la position méthodologique suivant laquelle l'économie est essentiellement un système de pure déduction, une série de postulats et d'une expérience intérieure qui ne sont pas eux-mêmes susceptibles d'être soumis à une vérification externe »⁹².

Mais la plus complète et la plus précise, et donc la plus célèbre, définition de l'a-priorisme est celle de Lionel Robbins, dans ses chapitres 5 et 6 de son *Essai sur la nature et la signification de la science économique*⁹³ : « C'est une des généralisations scientifiques de se référer à la réalité. Qu'elles prennent la forme hypothétique ou la forme catégorique, elles se distinguent des propositions de la logique pure ou des mathématiques en ce qu'elles se réfèrent en un certain sens à ce qui existe ou à ce qui peut exister, plutôt qu'à des relations purement formelles. Sous ce rapport, les propositions de l'économie vont évidemment de pair avec de toutes les autres sciences. Comme nous l'avons vu, ces propositions sont des déductions à partir de simples hypothèses reflétant des faits très élémentaires d'expérience générale. Si les prémisses se rapportent à la réalité, les déductions qu'on en tire doivent présenter le même rapport. Il s'ensuit, par conséquent, que la croyance souvent exprimée par les critiques de l'économie selon laquelle celle-ci ne serait qu'un simple système d'inférences formelles sans rapport nécessaire avec la réalité, est basée sur une conception absolument fausse. On peut admettre que notre connaissance des faits, qui constituent la base des déductions économiques, diffère sous d'importants rapports de notre connaissance des faits qui forment la base des déductions des sciences. On peut admettre

⁸⁹ Alain Mingat, Pierre Salmon & Alain Wolfelsperger, *Méthodologie Économique*, PUF, coll. *Themis*, 1985.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Mark Blaug, *Méthodologie économique*, *op. cit.*

⁹² John Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive*, Librairie philosophique de Ladrangue, 1866.

⁹³ Lionel Robbins, *Essai sur la nature et la signification de la science économique*, *op. cit.*

aussi que les méthodes de la science économique – mais non les preuves de sa conformité logique – diffèrent souvent pour cette raison des méthodes des sciences naturelles. Mais il ne s'ensuit en, aucune manière que ses généralisations aient un caractère purement formel, qu'elles soient des déductions « scolastiques » tirées de définitions établies de façon arbitraire. Bien au contraire, on peut soutenir qu'il y a moins de raisons de douter de leur valeur réelle que de celle des généralisations des sciences naturelles. En économie, comme nous l'avons vu, les composantes ultimes de nos généralisations fondamentales nous sont révélées par une connaissance immédiate. Dans les sciences naturelles, nous ne les connaissons que par inférence. Il y a beaucoup moins de raisons de douter de la correspondance à la réalité de l'hypothèse des préférences individuelles que de celle de l'hypothèse de l'électron. Il est vrai que nous déduisons beaucoup de choses à partir de définitions. Mais il n'est pas vrai que les définitions soient arbitraires. Il s'ensuit également que c'est une erreur complète de ne voir dans l'économiste – quel que soit son degré de « pureté » – qu'un homme s'occupant uniquement de déduction pure. Il est parfaitement exact que la nature d'une grande partie de son travail soit celle d'un processus compliqué d'inférences. Mais il est tout à fait inexact de supposer que c'est là son unique, ou principale occupation. L'économiste a pour tâche d'interpréter la réalité. Le travail de découverte ne réside pas seulement dans le développement de prémisses données, mais dans la perception des faits qui constituent la base de ces prémisses. Découvrir dans l'expérience commune les éléments qui nous offrent la base de nos chaînes de raisonnement déductif est autant une découverte économique que le fait de tirer des inférences nouvelles de prémisses anciennes. La théorie de la valeur telle que nous la connaissons s'est développée à l'époque récente par l'élaboration progressive de déductions partant de prémisses très simples. Mais la grande découverte, la révolution mengerienne qui ouvrit cette période de progrès, fut la découverte des prémisses elles-mêmes. Il en est de même des autres fondements que nous avons étudiés. La perception et la sélection de la base de l'analyse économique est autant de l'économie que l'analyse elle-même. Et c'est cela qui donne une signification à l'analyse ».

Certes Robbins approfondit finalement le propos, mais ne fait jamais que se mettre dans les pas de prédécesseurs célèbres. Nassau William Senior, dans *Four Introductory Lectures on Political Economy*, écrit « L'économie est fondée sur un très petit nombre de propositions générales qui résultent de l'observation ou de la réflexion et que tout homme admet comme évidente dès qu'il les entend »⁹⁴. John Stuart Mill, on le sait, poursuit cette tradition approfondie par celui qui va donner une formulation à peu près définitive de l'a-priorisme jusqu'à Mises et Rothbard, i.e., John Cairnes, dans son célèbre ouvrage de méthodologie économique, *The Character and Logical Method of Political Economy*⁹⁵. Après avoir rappelé que l'économie politique fait appel à la méthode déductive, il poursuit « ces conclusions ne coïncideront avec les faits qu'en l'absence de causes perturbatrices, ce qui revient à dire qu'elle produit des vérités hypothétiques ». Il estime « les bases, les fondations de l'économie politique sont établis sur des observations indubitables de la nature humaine et du monde ». Comparant les sciences dures et les humaines, il

⁹⁴ Nassau William Senior, *Four Introductory Lectures on Political Economy*, Longman, Brown, Green & Longmans, 1852.

⁹⁵ John Cairnes, *The Character and Logical Method of Political Economy*, Macmillan, 1875.

écrit « l'économiste connaît au départ les causes ultimes, il a déjà atteint le but de son entreprise que le physicien n'obtient qu'après des lustres de recherches laborieuses. Certes, l'économiste ne peut pratiquer l'expérimentation, mais il peut faire mieux. *Nous pouvons faire des expériences mentales immédiatement accessibles par des déductions non réfutables et qui économisent, on le constatera au passage, les coûts de la recherche, des sciences de la nature et de la vie* ». Cairnes confirme notre propos quand il poursuit « les principes ultimes de l'Économie Politique [...] sont établis par référence directe à notre conscience ou à nos sens ».

L'apport de John Neville Keynes, avec son ouvrage *The Scope and Method of Political Economy*⁹⁶ couronne l'édifice classique en matière de méthodologie a-prioriste. Son originalité c'est de comprendre qu'en utilisant les faits constitutifs de la nature humaine et en rejetant l'expérimentation comme encombrante et inutile, l'économie était une science des tendances et non des faits. Mais on le sait déjà, c'est chez Von Mises que l'a-priorisme va être porté du point de vue analytique à son point culminant. C'est dans *L'action humaine*⁹⁷ et dans *The Ultimate Foundation of Economic Science : An Essay on Method*⁹⁸, qu'il va ciseler définitivement une option en faveur de l'a-priorisme dont découle toute son œuvre. Car pour Mises, l'a-priorisme est bien plus qu'un mode d'exposition ou un biais méthodologique. C'est une implication entière. Mises pratique un a-priorisme sur son a-priorisme. Selon lui, il n'y a pas de discussion possible sur l'option en faveur de l'a-priorisme et tout ce qui en découle en termes de vérités et d'erreurs. Il n'y a pas à en discuter, Mises est a-prioriste sur son a-priorisme.

Ces réflexions sont si dispersées sur ce sujet, et simultanément si riches et importantes, qu'à la synthèse normalement plus appropriée, nous substituerons une méthode analytique découpée pour la commodité en vingt propositions successives.

1°) La science du comportement humain est indépendante du lieu, du temps et de celui qui agit. La condamnation des historicistes allemands, pour qui l'espace et le temps sont des données capitales pour appréhender l'action humaine, est combattue totalement par Mises. Il fait siennes deux des pages les plus célèbres de l'*Essai* de Robbins dans lequel ce dernier a disqualifié clairement les propositions de l'historicisme. Plutôt que de paraphraser Robbins, il est préférable de le citer : « On a parfois soutenu que les généralisations de l'économie avaient un caractère essentiellement « historico-relatif », que leur validité se limitait à certaines conditions historiques et qu'en dehors de celles-ci, elles n'avaient aucun rapport avec l'analyse des phénomènes sociaux. Cette idée contient une dangereuse erreur. On ne peut lui donner quelque plausibilité qu'en dénaturant le sens des mots au point de les rendre absolument mensongers. Il est parfaitement exact que, pour pouvoir appliquer de façon féconde les propositions les plus générales de l'économie, il importe de leur ajouter une série de postulats subsidiaires tirés de l'examen de ce qu'on peut appeler souvent avec raison le matériel historico-relatif. Il est certain qu'à défaut de cela, de graves erreurs pourront sans doute être commises. Mais il n'est pas vrai que les hypothèses principales soient historico-relatives dans le même sens de ce terme. Il est vrai qu'elles sont basées sur l'expérience, qu'elles ont trait à la réalité. Mais cette expérience a un si grand degré de généralité qu'on peut les ranger dans

⁹⁶ John Neville Keynes, *The Scope and Method of Political Economy*, Macmillan, 1891.

⁹⁷ Pour la traduction française, Ludwig Von Mises, *L'action humaine*, PUF, coll. *Libre-échange*, 1985.

⁹⁸ Ludwig Von Mises, *The Ultimate Foundation of Economic Science : An Essay on Method*, D. Van Nostrand Company Inc, 1962.

une classe absolument différente de celle des hypothèses appelées avec plus juste raison historico-relatives. Personne ne songerait à mettre en doute le caractère universellement applicable d'hypothèses telles que les échelles d'estimations relatives, les différents facteurs de la production, ou les différents degrés d'incertitude quant à l'avenir, même si l'on pouvait admettre des discussions sur la meilleure façon de décrire leur condition logique exacte. Quiconque a réellement examiné de déductions qui peuvent être tirées de ces hypothèses ne peut douter de l'utilité qu'il y a à partir de cette base. Seule une totale incompréhension de cette considération, et une préoccupation exclusive des hypothèses subsidiaires peut donner quelque vraisemblance à l'idée que les lois de se limitent à certaines conditions de temps et de lieu, qu'elles ont un caractère purement historique, et ainsi de suite. Si l'on veut simplement dire par là qu'il est nécessaire de comprendre que les applications de l'analyse générale impliquent une foule d'hypothèses subsidiaires de nature moins générale et qu'avant d'appliquer notre théorie à l'interprétation d'une situation particulière, il faut être tout à fait sûr des faits, nous sommes d'accord ! Tout professeur ayant pu observer de bons étudiants complètement grisés par l'ivresse de la théorie pure sera de cet avis. On peut même accorder que ce degré de justification peut être trouvé parfois dans certaines critiques des économistes classiques faites par des historiens de la meilleure souche. Mais si l'on veut dire par là, et il est notoire qu'il en fut ainsi dans l'histoire des grandes controverses méthodologiques, que les grandes conclusions tirées de l'analyse générale sont aussi limitées que leurs applications particulières – que les généralisations de l'économie n'étaient applicables qu'à l'état de l'Angleterre dans les premières années du règne de la reine Victoria, ou d'autres affirmations semblables, on se trompe évidemment du tout au tout ».

2°) Les propositions relatives à la praxéologie ne sont ni déduites ni déductibles de l'expérience. Elles sont *a priori* non susceptibles de vérifications ni d'infirmités.

3°) L'empirisme est vrai et cohérent en ce qui concerne les sciences naturelles. Il est inutile et d'aucun secours pour les sciences humaines.

4°) Il ne faut pas confondre le problème de savoir comment l'homme a acquis sa façon de raisonner avec des éléments *a priori* de la faculté de penser. Ce sont deux problèmes distincts. Il importe peu de savoir comment la conscience et la raison ont émergé petit à petit. Antérieurement en effet, l'émergence de cette conscience et de cette raison n'ont été justement possibles qu'en raison de la structure logique de l'esprit humain.

5°) Pour prouver ou réfuter l'existence de relations logiques fondamentales, il faut passer par le moyen de celles-ci. Ce fait génère sans contestation aucune qu'elles existent et sont irréfutables, et donc non susceptibles de contre-preuve. « L'esprit est totalement incapable d'imaginer des catégories logiques autres que celles-là [les relations logiques fondamentales] »⁹⁹. Nous sommes ici dans le domaine de l'*apodictique* en philosophie kantienne. L'*apodictique* exprimant hic et nunc une *nécessité logique*.

6°) « Le fait que l'homme n'ait pas le pouvoir créateur d'imaginer des catégories en désaccord avec les relations logiques fondamentales et avec les principes de causalité et de téléologie, nous impose ce que l'on peut appeler l'a-priorisme méthodologique »¹⁰⁰. Pour Mises, même si on souhaitait échapper à la méthode de l'a-priorisme pour décrire et déduire « l'agir humain », cela est intrinsèquement impossible. Pour

⁹⁹ *L'Action Humaine*, op. cit. p. 39.

¹⁰⁰ *L'Action Humaine*, op. cit.

quelles raisons ? Cela postulerait en effet que l'on raisonnerait en termes pré-logiques. Cela n'est pas possible en raison de l'intelligence humaine.

7°) Notre conduite quotidienne démontre par l'examen de nos attitudes même qu'il y a une structure logique de l'esprit humain.

8°) Qu'il y ait ou non quelque chose au delà de l'esprit humain, qui utilise ou utiliserait des catégories autres que celles de « l'agir humain » est indifférent à notre problème et même sans intérêt. Il en est ainsi pour la raison suivante : si cette sphère existe, elle est de toutes façons hors du territoire terrestre de « l'agir humain ».

9°) De la structure de l'esprit humain, on peut déduire le champ des savoirs humains, et donc, là où l'on doit porter son effort et son intérêt.

10°) La praxéologie est humaine à deux niveaux : d'une part, elle est valide en tous temps et tous lieux, et quel que soit l'individu placé dans son moment historique de vie. Dans cette acception, elle est toujours et complètement humaine. Mais d'autre part, la sphère de la praxéologie s'épuise tout entière dans la catégorie de l'agir humain. Elle aspire à rien ni en deçà, ni au-delà, de ce territoire.

11°) L'a-priorisme emporte évidemment pour conséquence que les raisonnements sur l'agir humain sont tout entiers de nature déductifs. « La praxéologie – et par voie de conséquence l'économie aussi – est un système déductif. Elle tire sa force du point de départ de ses déductions, de la catégorie de l'action. Aucun théorème économique ne peut être tenu pour exact s'il n'est solidement scellé sur cette fondation par une chaîne irréfutable de raisonnements »¹⁰¹. Autrement dit, dans l'ordre de l'économique, toutes les propositions sont déduites des prémisses dans lesquelles, en réalité, elles étaient déjà contenues. Mais en outre, le caractère déductif est en même temps créatif. Il apporte une vision créative parce qu'il met en relief tout ce qui était impliqué *a priori* dans les prémisses mais de plus, nous éclaire sur ce qui était non immédiatement visible auparavant. Ceci est possible puisque le déductivisme rend apparent que des concepts dispersés que nous estimions relever d'une autre catégorie sont en fait réductibles à la typologie de l'agir humain.

12°) Le fait que l'a-priorisme ne permette pas de connaître instantanément la totalité du réel n'est ni un défaut ni une carence. En effet, les catégories de « l'agir humain » en elles-mêmes ne contiennent pas tout le savoir. Mais justement, le raisonnement déductif permet d'y accéder petit à petit. De toute façon, on peut dire *a minima* que sans elles, il n'y a aucune chance de saisir la réalité.

13°) L'a-priorisme n'est pas une nouvelle discipline, ni une nouvelle boîte à outils. En effet, la science de l'action humaine a été, est, et sera toujours a-prioristique. Il ne peut en être autrement pour la cause suivante. Tout essai pour réfléchir à « l'agir humain » est nécessairement précédé et consubstantiel au fait que l'être humain pense suivant des catégories logiques sinon il ne pourrait même pas envisager d'étudier « l'agir humain » (on est ramené à la proposition n° 5).

14°) L'Histoire ne peut être comprise, éclairée et interprétée sans la praxéologie et le raisonnement a-prioristique qui nous permet de reclasser les événements en une chaîne logique. C'est parce qu'il s'est passé telle chose que telle autre a eu lieu.

15°) Tout ce qui est nécessaire pour comprendre et déduire la totalité des théorèmes relatifs au comportement humain est la connaissance de « l'agir humain ». Cela est possible parce que le chercheur étant lui-même un individu est capable de s'identifier,

¹⁰¹ *L'Action Humaine, op. cit.*, p. 74.

au moins partiellement, à l'action du sujet qu'il étudie. Certes, être un homme ne suffit pas pour comprendre et déduire les théories de l'économie sans aucune expérience, ni initiation spécifique. Au prétexte que l'économie est une discipline entièrement a-prioristique, cela ne veut pas dire que n'importe qui peut s'improviser économiste. Mais à l'inverse, des expériences répétées et des études empiriques empilées ne nous sont d'aucun secours sans la connaissance des grands traits de la science de « l'agir humain ».

16°) Même si nous devons recourir ici ou là à l'expérience, cela n'invalide pas le caractère totalement a-prioristique de la praxéologie et de l'économie. « L'expérience oriente simplement notre réflexion vers certains problèmes et la détourne de certains autres. Elle nous dit ce que nous devrions explorer, mais elle ne nous dit pas comment nous devons procéder dans notre recherche de connaissance. De plus, ce n'est pas l'expérience mais la réflexion seule qui nous apprend qu'il est nécessaire, et dans quel cas il est nécessaire, d'explorer des conditions hypothétiques non réalisables afin de concevoir ce qui se passe dans le monde réel »¹⁰².

17°) Une fois admis et accepté, le caractère a-prioristique de la catégorie de « l'agir humain », il est alors possible de mêler expérience de terrain et praxéologie. Ainsi par exemple, de l'étude des phénomènes historiques qui deviennent perceptibles et compréhensibles grâce à la grille d'interprétation qu'on peut en donner au regard de la catégorie de l'entendement humain. « Le fait que la praxéologie, en attachant son regard à la compréhension de la réalité, se concentre sur l'étude de ceux des problèmes qui sont utiles à son objectif, n'altère pas le caractère aprioriste de son raisonnement [...] « L'économie ne suit pas la procédure de la logique et des mathématiques. Elle ne présente pas un système intégré de raisonnement systématique a priori, coupé de toute référence à la réalité [...] Elle adopte pour la présentation de ses résultats une forme dans laquelle la théorie aprioriste et l'interprétation de phénomènes historiques sont entrelacées [...] »¹⁰³. Contrairement à ce qui est dit par certains¹⁰⁴, Von Mises ne dit à aucun moment qu'aucune expérience n'est utile et encore moins que l'étude de l'histoire est sans intérêt¹⁰⁵. Il soutient simplement que ces deux branches ne peuvent être utiles que si elles s'appuient sur la reconnaissance du caractère a-prioristique de la catégorie de « l'agir humain » qui seul, donne l'enchaînement nécessaire pour comprendre les bonnes raisons qui guident « l'agir humain ». Expérience et histoire confortent ici ou là que l'enchaînement est correct. La référence à l'Histoire de la part d'un Autrichien n'infère bien sûr d'aucune façon une adhésion à l'historicisme de Gustav Schmoller dans la querelle des méthodes. « Il n'existe pas quelque chose comme une méthode historique de l'économie ou une discipline de l'économie institutionnelle. Il y a l'économie et il y a l'histoire économique. Les deux ne doivent jamais être confondues. Tous les théorèmes de l'économie sont nécessairement valables dans chaque cas où toutes les hypothèses posées d'avance sont réunies »¹⁰⁶. Il apparaît que Mises introduit toujours et partout la clause fondamentale en théorie

¹⁰² *L'Action Humaine, op. cit.*, p. 70.

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ Mark Blaug, *La Méthodologie économique, op. cit.*

¹⁰⁵ Évidemment, cela n'en fait pas pour autant un historiciste.

¹⁰⁶ *L'Action Humaine, op. cit.*, p. 72.

économique « *ceteris paribus* » dont Lakatos a dit plaisamment « qu'elles ne sont pas l'exception mais la règle dans le domaine scientifique »¹⁰⁷.

18°) Le point de départ a-prioriste suivant lequel la catégorie de « l'agir humain » est à l'épreuve de toute objection, quelle qu'en soit sa nature, nous est fourni par le fait suivant. Personne n'a jamais pu et ne pourra jamais démontrer que la proposition suivante qui fonde toute la praxéologie et l'économie est fautive : les Hommes poursuivent intentionnellement certains objectifs choisis¹⁰⁸.

19°) Malgré la donnée inébranlable selon laquelle l'Homme se sert de sa raison et de sa logique, et, de façon déductive, enchaîne des propositions sur l'action humaine, il peut cependant commettre des erreurs. Dans ce dernier cas, soit cela veut dire qu'il faut recommencer le raisonnement, soit, s'il n'y a pas d'erreur de logique, que les résultats sont corrects. Cela signifie que l'on croit que l'on a commis une erreur. Il se peut que le résultat du raisonnement déçoive. Mais objecter que la vie n'est pas logique ne mène à rien sinon à une impasse. C'est un faux problème qui entrave la progression de la pensée. La vie et la réalité ne sont ni logiques, ni illogiques. Elles sont données. On n'y peut rien. Se rebeller ne fait pas progresser. Bien sûr, l'individu se trompe souvent et Von Mises avant tout le monde, sans prononcer le mot, introduit la *rationalité limitée*. Mais cependant, doté de raison, l'individu peut quand même progresser.

20°) De tout ce qui précède, on peut donc déduire (en bon a-prioriste) pour la théorie économique le processus de validation suivant : « La praxéologie – et par voie de conséquence l'économie aussi – est un système déductif. Elle tire sa force du point de départ de ses déductions, de la catégorie de l'action. Aucun théorème économique ne peut être tenu pour exact s'il n'est solidement scellé sur cette fondation par une chaîne irréfutable de raisonnements. [...] Ces forces et facteurs définis sont les éléments fondamentaux de l'interprétation. Ce sont les données ultimes et comme tels ils ne sont susceptibles d'aucune analyse et réduction ultérieure. Expliquer un phénomène théoriquement signifie rattacher son apparition à une application de règles générales déjà comprises dans le système théorique [...] Et toutes ces affirmations impliquées dans le théorème de la régression sont énoncées apodictiquement conformément à la nature aprioriste de la praxéologie. Cela doit se produire ainsi. Personne ne peut ni ne pourra parvenir à construire un cas hypothétique dans lequel les choses se produiraient différemment. »¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Imre Lakatos, *The Methodology of Scientific Research Programmes : Philosophical Papers volume I*, Cambridge University Press, 1978.

¹⁰⁸ Ceci ne signifie pas que l'ordre qui en découle sera conforme aux intentions tant il est vrai que l'ordre social est le résultat de l'action des hommes mais non d'un dessein préalable. Hayek a si souvent employé cette formule que beaucoup la lui attribuent. En réalité, comme Hayek lui-même le reconnaît, cette pensée qui fonde tout l'ordre spontané, et condamne tout ordre construit, est due à la plume d'Adam Ferguson en 1776. Mais ce dernier lui-même, fait en réalité référence à un texte des *Mémoires* du Cardinal de Retz. Voir Emil Maria Classen (dir.), *Les fondements philosophiques des systèmes économiques – Textes de Jacques Rueff et essais rédigés en son honneur*, Payot, 1967, p. 98, note 1. Sur la filiation du concept d'ordre spontané, voir Norman Barry, « The Tradition of Spontaneous Order » in *Literature of Liberty*, 1982, vol. 5, n° 2, p. 7-58 ainsi que les commentaires suscités par cet article in *Literature of Liberty*, vol. V, n° 4, 1982 avec des articles ou notes de James Buchanan, Mario Rizzo, Israel Kirzner, Karl Vaughn ou encore Roland Vaubel.

¹⁰⁹ *L'Action Humaine*, op. cit., p. 431.

C'est clairement dans cette perspective que se situe Pascal Salin dans son introduction à son ouvrage *L'arbitraire fiscal*¹¹⁰ dans lequel il écrit : « Comme le souligne la philosophe américaine Ayn Rand, la science économique doit reposer sur ce fait incontournable que l'homme est un être conscient ; sa caractéristique essentielle est sa faculté de raisonnement ; sa survie ne dépend pas de la répétition de gestes et de comportements – comme n'importe quelle abeille – mais de la capacité d'inventer son propre futur. C'est toujours un processus de pensée qui est à l'origine des actions humaines. Or, tout processus de pensée est individuel (ce qui, bien entendu, n'exclut pas pour autant la coopération). C'est l'intelligence qui permet à l'homme de découvrir ce dont il a besoin et ce sont ses efforts qui lui permettent de l'obtenir. Ceux qui refusent de passer par ce processus ou en sont incapables ne peuvent survivre qu'en recevant ou en accaparant les valeurs produites par d'autres. Le transfert de richesses est tout à fait normal au sein d'un groupe limité comme la famille. Les enfants sont incapables de subvenir à leurs besoins ; ceux qui ont décidé leur naissance le savent bien et ils acceptent volontairement de transférer une partie de ce qu'ils ont produit. Par ailleurs, l'éducation a précisément pour rôle de faire acquérir la maîtrise des processus de pensée individuels. De même, les règles de fonctionnement interne d'un petit groupe sans relations importantes avec l'extérieur peuvent consister en partie en transferts volontairement acceptés. Mais l'émergence de la « société ouverte » et son développement n'ont été possibles que dans un environnement qui permettait précisément à chaque homme d'exercer ses propres facultés intellectuelles de manière libre et indépendante. C'est donc la nature rationnelle de l'homme qui rend nécessaire la liberté individuelle. Cela ne signifie pas que tous les hommes soient parfaitement rationnels (ni parfaitement informés), comme l'ont prétendu ceux qui contestent le libéralisme, mais que tout homme est capable d'identifier la réalité et que cette faculté constitue son seul moyen de vivre avec succès en utilisant son information propre dans la recherche de ses propres intérêts. Toute analyse sociale et toute pratique politique qui négligent ou méprisent ces données premières sont nécessairement erronées. Mais ce n'est pas seulement leur nécessaire inefficacité qui les rend condamnables, c'est aussi leur immoralité puisqu'elles s'attaquent à la nature profonde de l'homme. Le capitalisme ne peut donc pas se justifier d'abord par sa capacité à accroître la « prospérité commune » (à supposer qu'une telle expression ait un sens quelconque). Sa véritable justification est d'ordre moral : c'est parce que le capitalisme est conforme à la nature humaine qu'il est juste ; il respecte la recherche par chaque homme de ce qu'il considère comme « bien », la notion d'« intérêt général » en revanche, auquel les droits d'un individu pourraient être sacrifiés, est un concept sans signification, dont se sert celui qui prétend pouvoir en formuler le contenu pour imposer aux autres son propre système de valeurs. Or, seuls les hommes eux-mêmes peuvent juger des valeurs qui les concernent. Être fidèle à leur nature, c'est agir rationnellement et c'est cela qui fonde les droits de l'homme, c'est-à-dire le droit de tout homme sur sa propre vie et ses droits de propriété. L'homme crée, il se situe dans la durée, il anticipe l'avenir. Les choses n'ont de valeur qu'en fonction des projets individuels qu'elles permettent de réaliser et dont elles sont issues, et elles n'ont de valeur que pour les individus qui les formulent. ».

¹¹⁰ Pascal Salin, *L'arbitraire fiscal*, Robert Laffont, coll. *Libertés* 2000, 1985, p. 15-16.

Cette question de la méthode de l'analyse économique, méthode a-prioristique qui la sépare lourdement des juristes, fait l'objet cependant de discussions chez les économistes. Ainsi, pour Mark Blaug, « Les principes méthodologiques démodés comme les vieux soldats ont été rejetés par les économistes vérificationnistes. Un petit groupe d'économistes autrichiens attardés sont revenus à une version plus extrême [...] le courant anti-empirique [...] est totalement étranger à l'esprit même de la science. Ces derniers écrits sont si capricieux et si particuliers que l'on ne peut que s'étonner qu'ils aient pu être pris au sérieux par qui que ce soit »¹¹¹. Le même Blaug, sans aucun autre argument, se fait appuyer par Paul Samuelson qu'il cite « En ce qui concerne l'esclavage, Thomas Jefferson a dit que lorsqu'il pensait au Dieu juste qui est au ciel, il tremblait pour son pays. Et bien, en ce qui concerne les prétentions exagérées concernant le pouvoir de déduction et de raisonnement *a priori*, habituellement exprimés par les auteurs classiques, par Carl Menger, par le Lionel Robbins de 1932, par les disciples de Frank Knight, par Von Mises, je tremble pour la réputation de mon sujet. Heureusement, nous avons laissé tout cela derrière nous ».

La façon de procéder de Blaug ne hisse pas le débat. Pour le lecteur qui croit que nous avons résumé, nous venons de citer la quasi-totalité de ce que Blaug écrit à propos de l'a-priorisme. Nous sommes ici dans une critique adossée sur la polémique. L'argumentation hostile à l'a-priorisme de Mingat, Salmon, Wolfelsperger nous semble aussi rentrer dans cette catégorie, alors que ces trois auteurs sont habituellement plus nuancés et scrupuleux dans le respect de ce que disent exactement les auteurs qu'ils traitent. Ils reprochent à Von Mises, la tradition classique, et à une bonne partie des auteurs contemporains, d'être rejoints dans l'a-priorisme par un certain nombre de marxistes. Et de déduire que si des positions opposées ont en commun un même méthodologie, c'est qu'il y a une erreur quelque part. « Il est difficile de considérer comme également vraies, parce que déduites logiquement de principes évidents par eux-mêmes, des analyses aussi incompatibles que la praxéologie typiquement individualiste des Autrichiens et le système classico-marxien dont les individus sont explicitement exclus [...] S'il est vrai qu'il nous est difficile d'imaginer [...] une action qui ne serait pas rationnelle, cela ne signifie pas que l'on peut déduire l'ensemble des connaissances économiques d'axiomes aussi vaguement formulés [...] le problème de l'économiste, n'est pas alors de savoir si l'a-priorisme est philosophiquement bien fondé mais s'il est scientifiquement fécond. L'expérience, ce n'est naturellement pas un bon argument pour un a-prioriste, semble montrer que l'on peut avoir des doutes à ce sujet si l'on étudie l'œuvre [...] des autrichiens dans leur ensemble ».

Selon nous, ce n'est pas parce qu'un marxiste utilise l'a-priorisme, et que les marxistes ont globalement tort, que les Autrichiens sont disqualifiés. Les Autrichiens sont globalement a-prioristes. Seraient-ils dans l'erreur parce qu'ils utiliseraient la méthode d'auteurs qui ont tort, malgré des résultats diamétralement opposés ? Le sophisme est trompeur. Ajoutons que c'est aller vite en besogne que de considérer le courant marxiste comme a-prioristique en général.

L'objection de fait, c'est-à-dire de circonstances, selon laquelle l'a-priorisme n'est pas valorisant ni séduisant pour les économistes est un argument fort. Si par la méthode a-prioristique, on peut déduire tous les théorèmes de l'analyse économique, cela signifie que cette discipline est presque entièrement finie, et que l'on

¹¹¹ Mark Blaug, *Méthodologie Économique*, op. cit., p. 78.

peut largement se passer des économistes. La perspective est peu réjouissante pour la profession prise dans son ensemble.

On le constate, la méthodologie a-prioristique de l'économie est un sujet de discordance fort avec le juriste. En outre, nous avons volontairement évincé la redoutable question des mathématiques de la boîte à outils des économistes, discipline qui éloigne l'économiste du juriste et à vrai dire, effraie quelque peu ce dernier, peu familier de cet outil.

Mais heureusement, cette divergence ne doit pas faire taire deux convergences d'envergure : d'une part nous avons un sujet d'observation identique (l'individu) et d'autre part, une finalité d'études commune (l'échange).

SECTION II

UN SUJET D'OBSERVATION IDENTIQUE : L'INDIVIDU

Les sciences de la nature ont pour la plupart d'entre elles pour objet de comprendre les lois qui gouvernent les mécaniques expliquant la formation et l'évolution des univers physiques. Bien sûr, en filigrane, si on fait de la géologie de la planète Terre, on peut dire que la géologie s'intéresse à l'individu. Mais l'astrophysique, la chimie de la planète Mars ou l'étude des trous noirs évincent totalement l'individu. Rien de tel évidemment dans les deux disciplines que sont le droit et l'économie. L'objet et la fin du droit sont toujours et partout l'individu. Les personnes morales ne sont qu'une fiction juridique. Une personne morale a des actionnaires physiques. À l'intérieur, il y a des détenteurs de capitaux propres. Il est simplement plus optimal de se servir de ce paravent sociétaire pour contracter avec l'ensemble des partenaires de l'entreprise et ce biais permet aussi, de n'engager l'actionnaire qu'au *prorata* de sa détention du capital social. Il est tout simplement une commodité que d'engager la personne morale. Elle n'a pas de consistance autre qu'un biais juridique. Personne n'a jamais vu une personne morale penser par elle-même, avoir un sentiment, éprouver un *pretium doloris* ou un *affectio societatis*... Le juriste sait que la seule réalité ultime, tangible, palpable, concrète, capable de décisions et d'action, c'est l'individu de chair et de sang. Il s'en déduit qu'en dernier ressort, le seul sujet et objet de droit est l'individu¹¹².

Les juristes sont fortement attirés vers l'individualisme méthodologique. Dans l'ensemble, ils rejettent les visions holistiques, encore qu'une discussion puisse naître de la multiplication des droits dits « collectifs ». Ces derniers relèvent bien sûr d'une vision totalisante de l'ordre social, sinon même dans les conséquences ultimes, totalitaires. Les économistes, pour leur part, sont dans une proportion écrasante, partisans de l'individualisme méthodologique. C'est sur ce large accord en faveur de ce choix méthodologique, qui engendre tous les autres et le rejet du holisme, qu'il faut maintenant discuter.

¹¹² Le débat qui vient de reconnaître des droits aux animaux n'infirmes pas le propos *supra*. D'une part puisque les animaux sont des êtres vivants, d'autre part parce que personne n'a vraiment pris au sérieux cette hérésie grotesque qui consiste à faire des animaux des sujets de droit. La définition des animaux est en effet passé de « biens meubles » à « être vivants doués de sensibilité » au sein du Code Civil. Le Code Rural et le Code Pénal reconnaissent déjà les animaux comme des « êtres vivants et sensibles » mais pas le Code Civil. Ce n'est somme toute qu'une mise en cohérence. L'étape suivante sera certainement et rapidement l'interdiction de la Corrida car on ne peut imaginer la loi tolérer la mise à mort d'êtres vivants et sensibles. Nous sommes lancés dans une course à l'affliction. Tout au plus, peut-on faire remarquer qu'un enfant à naître est un être vivant doué de sensibilité. On ne peut simultanément interdire la taumachie et autoriser l'euthanasie. Ces débats sont délicats, car évidemment on voit bien qu'il est acceptable, sinon souhaitable, d'interdire les combats de gladiateurs. Mais alors, si tel est le cas, les combats de boxe sont clairement dans le collimateur. Quant à la chasse, il s'agit de la mise à mort d'être vivants doués de sensibilité. L'ultime remarque consiste à dire et à constater que lorsque le droit est dit par les hommes politiques, il peut aboutir à valider tout et son contraire. Là encore, la théorie du « *Public Choice* » nous est d'un grand secours. Pourquoi les parlementaires ont-ils voté cet amendement ? La réponse est simple : 30 millions d'amis a commandité un sondage dont le résultat fit apparaître que 89 % des Français voulaient modifier le Code Civil. Comme la fonction-objectif de l'entrepreneur politique est de maximiser des suffrages, il est bon de plaire aux amis des animaux. Ce groupe de pression est aujourd'hui encore le plus puissant de tous les lobbies. Mancur Olson avait tout anticipé dans son maître ouvrage, *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, 1965 (traduction française aux PUF, 1978).

L'individualisme méthodologique est une option très ancienne qui nous explique qu'une action collective n'a de chances de recevoir une explication correcte que si on arrive à la décomposer en une multitude d'actions individuelles fortement rationnelles mais qui certes, aussi, sont conditionnées par les institutions, les habitudes, les coutumes et les mœurs qui évidemment, influencent nos comportements. Donner, comme le font les juristes et les économistes, la primauté à l'individualisme méthodologique pour décrypter les comportements et les éclairer suppose que l'on définisse correctement cette notion. Nous inscrivant dans la tradition de Raymond Boudon¹¹³, nous pouvons distinguer trois types d'individualisme méthodologique (IM) :

1°) L'IM de type rationnel et utilitariste, pour lequel les phénomènes sociaux sont issus d'attitudes individuelles inspirées par l'intérêt.

2°) L'IM de type rationnel mais non utilitariste, pour lequel les phénomènes sociaux ne peuvent s'expliquer qu'à partir d'actions individuelles faisant sens pour l'acteur.

Dans les deux cas, l'action humaine peut avoir signification pour l'agent non seulement parce qu'elle sert son intérêt, mais également pour d'autres causes. Par exemple parce qu'elle est en accord avec une valeur supérieure à laquelle l'agent est attaché. La conséquence est que si l'action peut être expliquée par des raisons propres à l'agent, on ne peut soutenir raisonnablement que l'acteur est manipulé par des forces exogènes.

3°) L'IM de type irrationnel, lequel suppose que l'individu a un inconscient qui agit sur son comportement déterminé par des structures. Dans cette vision, l'individu ne saurait se donner des raisons fallacieuses. Les sociologues, dans la tradition Weber / Tocqueville / Durkheim / Boudon, rejettent clairement ce troisième type d'IM comme étant erroné.

On cite trop peu souvent ce passage du père de toute la sociologie contemporaine, Max Weber. Dans une lettre datée du 9 mars 1920, celui-ci écrit « Si je suis finalement devenu sociologue, c'est essentiellement afin de mettre un point final à ces exercices à base de concepts collectifs dont le spectre rôde toujours. En d'autres termes, la sociologie ne procède que des actions d'un, de quelques ou de nombreux individus séparés. C'est pourquoi elle se doit d'adopter des méthodes strictement individualistes. »¹¹⁴. Expliquer un phénomène pour le juriste ou l'économiste, c'est toujours en faire la conséquence d'actions individuelles. Dans chaque cas, il s'agit de retracer la logique de l'action individuelle. C'est ce que fait fort heureusement, dans la quasi-totalité des cas, le juge. Mais quelques auteurs minoritaires ne l'entendent pas ainsi. Plus exactement, ils estiment l'agent manipulé par des forces déterministes. Ainsi par exemple du territoire de la criminalité¹¹⁵.

¹¹³ De cet auteur on consultera particulièrement *Essai sur la théorie générale de la rationalité*, PUF, coll. *Quadrige*, 2007, ainsi que l'article fondamental « Théorie du choix rationnel, théorie de la rationalité limitée ou individualisme méthodologique : que choisir ? » in *Journal des Économistes et des Études Humaines* 2004, vol. 14, n° 1, p. 45-62.

¹¹⁴ Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour savoir que Weber vise dans cette remarque particulièrement Karl Marx et par-delà, les courants socialistes.

¹¹⁵ Sur ces sujets on consultera à titre d'exemplarité la section I du chapitre II de la seconde partie et pour une revue des auteurs, le précis Dalloz de *Criminologie* 2011 de R. Gassin, S. Cinamonti et le doyen Ph. Bonfils.

L'IM n'est pas autre chose qu'un principe selon lequel aucun modèle d'analyse n'est valable s'il ne fait remonter les comportements, les relations observées et les décisions des co-contractants à une logique d'action individuelle. L'IM n'ignore pas, évidemment que les comportements individuels seraient voués à l'échec s'ils ne s'inscrivaient dans des interactions. À leur tour, ces interactions, agrégats de rationalité individuelle, sont influencés évidemment par des institutions et règles collectives (morale, loi, règlement, coutumes, éthique, religion...). En outre, la référence à l'individualisme n'est pas une apologie de l'égoïsme. L'approche individualiste ne nie pas l'existence de phénomènes globaux, mais ne leur accorde pas d'indépendance intrinsèque et d'émancipation *sui generis*. Les phénomènes globaux sont la résultante d'agréations inter-individuelles. Raymond Boudon, dans *L'Idéologie*¹¹⁶, écrit « Pour analyser le système de données macroscopiques, il était indispensable de retrouver la trace laissée au niveau statistique par la juxtaposition d'une myriade de comportements individuels. Ces comportements individuels [...] sont le fait d'individus situés socialement [...] Ces individus sont confrontés non à des choix abstraits mais à des choix dont les termes sont au contraire fixés par des institutions concrètes. ». Von Mises ne dit pas autre chose quand il envisage les relations entre l'option pour l'IM et le fait que chaque individu soit membre d'une multitude de réseaux à l'intérieur d'entités particulières et générales.

Pour le juriste et pour l'économiste, l'individu est à la fois le seul objet et la seule source d'évaluation pour juger des actions. Cette remarque est capitale parce que dans une société libre, il n'y a pas place pour aucune instance d'évaluation étrangère aux individus, ni pour aucune échelle de jugement qui leur soit extérieure. Le partisan de l'IM ne connaît pas d'ensembles supérieurs à l'individu ; le partisan du holisme ne connaît pas d'entité supérieure aux groupes. *A fortiori*, l'IM rejette l'idée que nous évoluons dans des structures dans lesquelles les acteurs ne font que jouer des rôles écrits à l'avance, indépendamment de leur volonté. Le structuralisme n'est guère prisé par les juristes et les économistes. Tout au plus, peut-on noter déjà que le structuralisme, combiné au marxisme le plus orthodoxe et le plus étroit, a eu, et a encore, une influence non négligeable sur un courant important de la Doctrine juridique en droit social¹¹⁷. Évidemment, pour les économistes, l'option de système entre l'IM et le holisme ne manquera pas d'avoir des conséquences fortes sur ses préférences entre la micro/macroéconomie. Plus l'option de système est forte pour une analyse en termes d'action individuelle, elle-même marquée par le subjectivisme, et plus l'économiste est spontanément attiré vers des études en termes de microéconomie des comportements.

À cet égard, inexplicablement, le pont est rarement fait entre l'option préférentielle pour l'IM, la microéconomie des comportements individuels et l'Analyse Économique du Droit. Si pourtant on ne postule pas la rationalité des actions individuelles, on se refuse à décrypter les raisons du comportement de l'agent. Or, l'élucidation des comportements individuels ne peut se faire qu'au niveau infinitésimal et en supposant de fortes doses de rationalité et de poursuite

¹¹⁶ Raymond Boudon, *L'idéologie*, Fayard, 1986, p. 16.

¹¹⁷ Sur ce sujet, voir la section II du chapitre II de la seconde partie.

des desseins¹¹⁸. Au fond, le droit comme l'économie sont la théorie générale des choix et des comportements humains. L'économiste mettra le microscope plutôt sur la décision humaine, le juriste plutôt sur la liste des normes et des règles de droit à respecter, ainsi que sur les actions à entreprendre quand les comportements dévient des règles de droit en question. Même des auteurs circonspects devant l'apriorisme, ou encore les versions les plus orthodoxes de l'IM, sont très méfiants devant toute tentation holistique. Ainsi May Brodbeck peut écrire « Au maximum, on peut demander aux chercheurs en sciences sociales de garder soigneusement à l'esprit le principe de l'IM comme une perfection que l'on doit désirer [...] cela permettra [...] de garantir qu'il ne flirtera plus avec des forces impersonnelles ou des esprits de groupes, concepts suspects en économie comme ailleurs. Des propriétés non observables ne seront plus jamais attribuées à des entités de groupes tout aussi peu observables. »¹¹⁹.

Une question plus débattue entre les juristes et les économistes est celle du subjectivisme. Hayek l'exprime ainsi : « Il n'y a probablement aucune exagération à dire que chaque progrès économique des cent dernières années a été un pas de plus dans l'application cohérente du subjectivisme »¹²⁰.

À bien des égards, il est possible d'avancer que l'IM orthodoxe est adossé sur l'idée que les actions sont engendrées par les évaluations subjectives que font les agents. Les économistes non seulement sont très attachés au subjectivisme, mais le courant Autrichien en particulier, prône un subjectivisme radical. Rien d'étonnant pour les disciples de Carl Menger. Ce dernier insista fortement sur l'importance d'une approche atomistique du comportement humain. C'est de ce fait majeur que découle en réalité la méfiance, à tout le moins, le manque de bienveillance, de Rothbard ou de Lachmann envers les mathématiques ou l'économétrie. Pour modéliser, il faut envisager une quantification des désirs individuels. Autant on peut discuter de l'utilité ordinale, autant l'utilité cardinale a ouvert une boîte de Pandore bien dangereuse pour l'analyse économique. Si on croit que l'on peut quantifier, et ce, d'autant plus si l'on est un observateur extérieur, cela engendre les conséquences suivantes : d'une part, on imagine que l'on peut faire des comparaisons inter-personnelles d'utilité, d'autre part, la quantification imaginée de tous les acteurs abouti à imaginer les savantes constructions de l'équilibre général qui ont amené l'analyse économique dans des sentiers erronés tant du côté du modèle néoclassique walraso-paretien, que du modèle d'équilibre général keynésien ou/et post-keynésien (modèle IS/LM de Hicks-Samuelson)¹²¹.

En effet, comment quantifier et mesurer les désirs individuels alors que l'agent lui-même ne pourrait lui donner sa valeur avant d'avoir expérimenté la chose ? Le subjectivisme radical n'est pas l'apanage des seuls Autrichiens. Un auteur aussi important que le suédois Knut Wicksell partage cette option. Quant à Hayek, il démontre que la plupart des objets de l'action humaine ne sont pas des faits objectifs

¹¹⁸ Sur cette question, tous les approfondissements seront proposés dans le chapitre I de la seconde partie.

¹¹⁹ May Brodbeck, « Methodological individualism : Definition and reduction » in *Philosophy of Science* 1958, vol. 25, n° 1, p. 1-22.

¹²⁰ Friedrich Hayek, *Scientisme et sciences sociales*, traduction par Raymond Barre, Plon, 1953, repris dans coll. *Agora*, 1986.

¹²¹ Voir Murray Rothbard, *Économistes et Charlatans*, Les Belles Lettres, 1991, chapitre IV, « Vers une reconstruction de la théorie de l'utilité et du bien-être ».

puisque les choses sont ce que les gens pensent qu'elles sont. Le terme subjectif est discutable, mais selon Hayek on ne dispose pas d'une meilleure ligne de départage que de qualifier les sciences de la nature en leur accolant le terme « objectif », et pour les sciences morales, notamment le droit et l'économie, le terme « subjectif ».

À l'intérieur de ce sujet d'observation identique entre les deux disciplines, c'est-à-dire l'individu, le droit et l'économie connaissent pourtant un sujet de forte controverse. Cela est bien illustré par la question de la théorie de l'imprévision. On sait l'objet du débat. Depuis l'arrêt « Canal de Craponne », une très vive controverse, qui a connu des revirements jurisprudentiels spectaculaires ces dernières années, s'est instauré chez les juristes entre la Doctrine et la jurisprudence, immuable pendant longtemps, de la Cour de Cassation. Pour l'essentiel de la Doctrine, des causes réelles et sérieuses pouvaient justifier que le magistrat réécrive le contrat. La Cour de Cassation a résisté pendant longtemps. Les économistes sont parties prenantes dans ce débat. Leur position est la suivante : si chacun peut, à tout moment, lors du déroulement du contrat, ester en justice pour demander à un Tribunal de réécrire le contrat, car les fruits n'ont pas donné les promesses des fleurs, alors la vie économique, déjà par nature instable, devient illisible. Qui va contracter si on sait qu'à tout instant les termes du contrat peuvent être portés à l'appréciation d'un magistrat ? Car derrière l'entité abstraite d'un Tribunal, il y a des êtres de chair et de sang que sont les magistrats : c'est ici que nous retrouvons la question de la subjectivité. Outre les dégâts incommensurables provoqués par l'instabilité *supra*, par quel miracle un magistrat peut-il rentrer dans l'intime de la personne, mesurant pour lui et à sa place ce que raisonnablement on devrait attendre du déroulement d'un contrat et de ses fruits.

On comprendra mieux le propos par référence à l'expropriation d'une part, et à la valeur d'usage et d'échange d'autre part. L'État exproprie un terrain pour faire passer une ligne de chemin de fer. Le magistrat évalue par rapport au prix du marché la valeur objective, selon lui, du terrain en cas de conflit avec l'État sur le prix de l'expropriation. Mais que sait-il de la vraie valeur que la grand-mère attache à sa toute petite maison ? La valeur d'échange de cette modeste demeure est faible, mais qui dira la valeur d'usage ? Qui mesurera le *pretium doloris* ? Qui dira la valeur de l'attachement de quelqu'un à une maison familiale ? Par quel don particulier et rare des individus, parce qu'ils sont magistrats, peuvent jauger la valeur intrinsèque, personnelle, proprement intime que nous attribuons à chacun des biens ? Pouvoir ester en justice pour demander au profit d'une des parties la réécriture du contrat est proprement inouï. Cela signifie que l'on peut percer le mystère des valeurs réciproques que les uns et les autres attribuent à la chose¹²². Nous avons pris l'exemple extrême où le juge réécrirait le contrat à la

¹²² Pour une défense brillante et argumentée du point de vue inverse, on se portera vers les travaux de Philippe Stoffel-Munck, d'une part son *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, issu de son mémoire de DEA, ainsi que son travail de thèse, *L'Abus dans le contrat : Essai d'une théorie* sous la direction de Roger Bout, LGDJ, 2000. Pour un travail d'actualité sur cette question, voir la thèse de Louis Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, sous la direction de Laurent Aynès, Paris I, 2009 (disponible chez Economica, 2011). Pour l'auteur, le contrat ne sait pas faire face à l'imprévu qui ne doit pas être confondu avec l'incertain ni l'aléatoire. L'imprévu, c'est ce qui n'a pu faire l'objet d'aucune prévision. Pour l'essentiel, la théorie de la force majeure est la réponse à l'imprévu. Mais, remarque Louis Thibierge, soit l'imprévu est évincé, soit il provoque l'anéantissement contractuel. L'auteur propose alors d'insérer en droit français la révision pour imprévision. Évidemment, il se heurte immédiatement à la règle « *Pacta Sunt Servanda* ». L'auteur alors, propose un traitement progressif

demande d'une des parties, et il est capital d'imaginer ce qui pourrait se passer si l'on en arrivait à cette extrémité. Car la jurisprudence ne va pas, pour le moment, jusque-là. Mais si les digues cèdent, la boîte de Pandore va faire surgir ce monstre inéluctablement. Certes, on n'en est pas là, mais ne va-t-on pas dans la direction que nous avons envisagé ?

On ne méconnaît pas qu'en vertu de l'article 1134 du Code Civil (« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ») les juges ont affirmé au sein de l'arrêt Canal de Craponne¹²³ que « dans les contrats à exécution successive, il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées ». Depuis quelques années, certains arrêts avaient toutefois incité les parties à renégocier le contrat en cas de modification du contexte, sur le fondement non pas de la théorie de l'imprévision mais de la bonne foi et de l'équité, lorsque cette évolution du contexte rend le contrat ruineux pour l'une des parties¹²⁴. Les fondements invoqués sont donc la bonne foi¹²⁵ ou le défaut de cause. En effet, la cause est la contrepartie (l'avantage espéré par chaque partie), ce qui revient à énoncer : « La cause de l'obligation de l'une des parties réside dans l'objet de l'obligation de l'autre, et réciproquement. ». Comment justifier un contrat dès lors que l'une des parties voit son intérêt disparaître en raison de circonstances lui étant totalement étrangères ? Dans tous les cas de jurisprudence, il s'agit de circonstances spécifiques ayant rendu le contrat ruineux !

Mais cependant, là est notre interrogation. Le projet de réforme des droits des contrats de la Chancellerie contient une disposition prévoyant l'intégration de la théorie de l'imprévision en droit français. Quel est le contenu de ce projet ? Simplement des critères d'applications cumulatifs : des « circonstances imprévisibles », rendant l'exécution « excessivement onéreuse » pour une partie qui, enfin, « n'avait pas accepté d'en assumer le risque ». Selon nous, les conséquences seront les suivantes : la partie qui subit l'imprévision peut demander

d'une logique de prévention de la force majeure afin de mettre en échec l'imprévu qui sanctionne lourdement une des parties qui, pourtant de bonne foi, n'y peut rien. C'est ce dernier point sans doute, que ne comprend pas le juriste. Oui il peut y avoir un perdant dans un contrat. Quelqu'un peut effectivement se sentir frustré et lésé. Exactement comme dans le contrat de mariage. Imagine-t-on aller devant le juge lui demandant de rectifier l'attitude du conjoint ? Il est souvent imprévisible de spéculer sur le changement de son conjoint. C'est qu'avec le temps, nous changeons. Ce qui nous apparaissait gracieux devient insupportable. Le juriste n'accepte pas comme l'économiste, l'idée selon laquelle le temps qui passe charrie avec lui des alluvions dont certains contiennent des pépites d'or, et d'autres sont à jeter. Le juriste voudrait que l'ignorance et l'incertitude disparaissent de la vie des affaires et de la vie tout court quand il imagine qu'un juge peut remettre de la justice là où se serait insérée de l'injustice. C'est l'éternelle illusion du constructivisme et de l'idée que l'on peut se mettre « à la place de » et faire « comme si » mais dans la vie des affaires comme en Histoire, le jeu est vain. Les historiens s'essayaient souvent à l'uchronie. C'est une perte de temps que de se demander si la victoire eut sanctionné Waterloo. Cela a été une défaite. Un point c'est tout. Demander au juge de réécrire le contrat, c'est lui dire « Arrêtez d'abord le temps, puis remontez-le, et enfin maintenant, écrivez Monsieur le juge, comment les choses auraient dû se passer ». Mais ce qui manque à cette phrase irréelle, c'est le fait que le juge va réécrire l'histoire du contrat **selon lui**.

¹²³ Cass. Civ, 8 mars 1876, « Canal de Craponne ».

¹²⁴ Voir en ce sens Cass. Com, 3 novembre 1992, n° 90-18547.

¹²⁵ Voir en ce sens Cass. Com, 24 novembre 1998 n° 96-18.357 ; Cass, 1^{re} Civ, 16 mars 2004, n° 01-15804.

une renégociation à son cocontractant, mais elle n'est pas libérée de ses obligations qu'elle doit continuer à exécuter durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, c'est au juge de résoudre la situation : le juge peut procéder à l'adaptation du contrat mais seulement, si les parties en sont d'accord. À défaut, le juge peut mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe.

Pour prolonger le débat, qu'il soit acquis que les uns et les autres, juristes et économistes, veulent réduire l'incertitude liée à la vie économique, à la surprise et à l'inattendu. Les économistes vont alors proposer une solution à laquelle les juristes n'ont pas pensé. Puisque l'individu a une aversion pour le risque, et que les fruits ne portent pas la promesse des fleurs est le risque de tout contrat, pourquoi les co-contractants ne chercheraient-ils pas à minimiser le risque par la technique de l'assurance ? L'assurance est en effet là pour pallier exactement à l'imprévision. Le marché a engendré l'ingénierie juridique de l'assurance pour justement réduire le risque. Si un jour, le juge prenait la place de l'assureur pour réviser un contrat qui, dans son déroulement, aurait produit des effets réellement indésirables et imprévisibles, **cela voudrait dire que les pouvoirs publics se substituent à la société civile puisque le juge évincerait l'assureur dans la possibilité d'être le ré-écrivain du contrat en dernier ressort.**

Nonobstant cette discordance entre les deux disciplines à propos de l'annulation, voire éventuellement de la réécriture du contrat, le trait marquant de l'IM emboîté avec le subjectivisme est de partir de ce qui guide l'individu dans son action et non des résultats de son action. On ne saurait ici trancher pour départager vraiment si nos deux disciplines sont plus nettement intentionnalistes que conséquentialistes ou inversement. Mais ce que l'on peut dire, c'est que le scientisme, parce qu'il refuse le subjectivisme, et opte pour l'objectivisme, a conduit au *xx^e* siècle, dans des impasses¹²⁶.

Au contraire, si nous partons des molécules élémentaires que sont les attitudes et les décisions individuelles, nous pouvons les combiner pour reproduire des phénomènes plus complexes dont on comprend alors *in fine*, qu'ils ne sont que le produit des principes de l'action humaine. On peut recomposer logiquement les bonnes raisons qui président chacune des décisions, mais seulement quand elles se sont accomplies, car le décideur lui-même, avant-même qu'il agisse, souvent ne sait même pas comment il va agir. C'est ce qui rend si incertain et décevant les résultats de la théorie des jeux, qui suppose que l'on puisse se mettre *ex ante* dans la tête des agents, même dans des jeux en information incomplète, pour décider s'ils devraient choisir des jeux coopératifs ou non-coopératifs. Dit plus simplement, qui peut se mettre à la place des autres ? Qui peut revêtir la tenue du joueur ? On le sait, une immense partie de la science économique consiste à dire que le problème du décideur est de voir juste tout en voyant à sa manière.

Si les juristes et économistes font confiance pour beaucoup plutôt à l'ordre spontané issu de nos interactions qu'à l'ordre construit, c'est en raison de cette phrase. Puisque personne ne peut se mettre à la place des autres, alors personne ne peut décider pour les autres. À l'aune de ce critère, on comprend pourquoi les économistes sont souvent plus à l'aise et en phase avec les privatistes plutôt qu'avec les publicistes. Car au sein de la cohorte des juristes, il en est une particulière : c'est celle des juristes qui,

¹²⁶ Friedrich Hayek, *Scientisme et sciences sociales*, *op. cit.*

convaincus de l'existence de l'intérêt général, au nom de ce dernier, veulent dicter aux autres ce qui est bon et ce qu'ils doivent faire. La conséquence du propos est aiguë. Persuadé qu'au nom de l'intérêt général, il faut faire le bonheur des gens malgré eux, on ne s'étonnera pas que les publicistes soient d'ardents défenseurs de l'impôt : il faut en effet donner à l'État les moyens de ses fins. Mais l'énorme majorité des économistes n'aiment pas beaucoup l'impôt, car ils ne sont pas persuadés de la bienveillance de l'État. Plutôt que les défaillances du marché, ils pointent plus volontiers, surtout depuis la percée de la théorie des choix publics, les défaillances de l'État. On comprend dès lors les raisons qui rapprochent les économistes des privatistes et rend le dialogue facile entre eux, alors que le dialogue avec les publicistes est moins aisé¹²⁷.

Le subjectivisme revendiqué des juristes et des économistes les amène bien sûr à l'interdiction de juger des fins poursuivies par les agents, sauf si ces derniers ont pour dessein de manifestement violer le droit naturel. Le propos qui suivra pourra étonner, mais découle évidemment des lignes *supra*. Il s'agit de dire que ce refus de porter un jugement sur les buts et desseins des individus amène les juristes et les économistes à être en moyenne et statistiquement, à la fois modérés et non sectaires. Il se trouve peu d'idéologues et de totalitaires dans nos deux cohortes. Il y a eu peu, par exemple, des années 1950 aux années 1970, de staliniens dans nos deux disciplines. S'ils se sont majoritairement recrutés chez les philosophes, les sociologues, les scientifiques, c'est que dans ces disciplines, on aurait volontiers tendance à dire ce qui est le bien et ce qui est le mal, et donc à vouloir remettre dans le droit chemin ceux qui ne veulent pas qu'on fasse leur bonheur malgré eux. Il est rare qu'un libéral, au nom de la liberté de pensée et d'expression, pense la phrase suivante : « comment peut-on ne pas être libéral ? ». Un marxiste, un holiste, un extrémiste, se demandent comment on peut penser autrement qu'eux. Alors, par générosité, ils veulent faire le bonheur des autres puisqu'ils détiennent *la* vérité.

Les juristes et les économistes, il faut le reconnaître, plus les premiers que les seconds, pratiquent volontiers la vertu romaine *In medio stat virtus*. Les idéologues y voient un manque de virilité et de convictions. Il se trompent, et confondent la défense des valeurs et des doctrines avec la croyance dans des idéologies. Ce qui prémunit peut être les juristes, et cette fois, plutôt encore plus, les économistes, de plonger dans des utopies folles, c'est que les uns et les autres croient à la concurrence. Or, sur le marché des idées, la concurrence a des vertus analogues à celles présentes pour les autres biens et services : elle disqualifie les produits frelatés. Le monopole peut permettre aux idéologies folles de prospérer car elles n'ont pas de concurrent. La concurrence sur le marché des idées immunise contre les idéos-virus.

Nous avons cerné quelques notations à propos de l'IM. Il est fondamental de réfléchir sur le holisme qui mettra en jeu une des rares difficultés de cette section entre juristes et économistes, à savoir la notion de droits collectifs.

Le holisme refuse l'idée de l'individu comme base des phénomènes sociaux et entend décrire les ordres sociaux par des variables agrégées, définies à des niveaux supra-individuels. Le holisme pur ne veut même pas retenir la trace, visible et repérable

¹²⁷ Il y a bien sûr des exceptions notables, on pense par exemple à ceux, parmi les professeurs de finances publiques, qui sont très critiques envers l'impôt, ou encore à Elizabeth Zoller dans son Précis Dalloz, *Introduction au droit public*.

au niveau collectif, laissée par des comportements individuels. Auguste Comte nie toute possibilité de subjectivisme. Le behaviorisme de J-B Watson se situe dans cette tradition. La classification d'Émile Durkheim dans une typologie est sans doute délicate, dépassant quelque peu la compétence de l'auteur. Raymond Boudon veut absolument en faire un individualiste méthodologique, ce qui semble hardi. Par exemple, Maurice Halbwachs, pourtant un de ses disciples, concède qu'en étudiant le suicide chez Durkheim, la principale faiblesse puisait sa source dans le fait qu'il raisonnait à partir de statistiques agrégées, et non pas en remontant aux motivations personnelles de ceux qui se suicident. Le holisme, se prolonge aussi par une série de doctrines comme le culturalisme. L'historicisme peut aussi être classifié dans les philosophies holistiques. Quand il englobe les théories qui analysent le changement social comme soumises à des lois évolutives, sur-productives ou cycliques, on est dans un système de pensée qui finalement et au total, nie très largement que l'action individuelle libre puisse façonner demain puisque demain est déjà déterminé. Karl Marx ne nie pas l'existence des individus, même agrégés dans des classes. Mais quand il évoque l'Histoire comme étant la conséquence du fait que les hommes, en poursuivant leurs objectifs individuels, provoquent des effets collectifs, et que c'est cela qu'il faut privilégier, il est bien sûr dans une perspective holiste. Et doublement, quand il écrit *L'histoire de tous les pays est l'histoire de la lutte des classes*. Mais aussi, quand il croit pouvoir déterminer qu'en poursuivant des objectifs propres, les individus donnent naissance à des forces qui les dépassent, ou encore et enfin, que les hommes font l'histoire mais ne savent quelle histoire ils font. À tous ces titres, il est holiste, largement déterministe, et ne laisse que bien peu de place au libre-arbitre.

Évidemment, le structuralisme est l'expression la plus achevée du holisme. Ce sont les structures qui déterminent les acteurs. Nous croyons être libres, mais nous ne le sommes pas. Les exemples abondent chez Jean-Paul Sartre, mais aussi évidemment, avec cependant plus de finesse, chez Pierre Bourdieu. Friedrich Hayek a bien montré la double erreur qui amène d'une part à l'objectivisme scientiste, et d'autre part, au totalisme scientiste. Tous deux s'opposent à la méthode individualiste et au caractère subjectif des sciences sociales¹²⁸. Si l'on retient seulement le totalisme scientiste, on admettra, juristes et économistes, que des ensembles tels que la société, les français, les femmes, la patrie... n'aident pas à mettre à jour des régularités conduisant à déterminer des lois. Le cerveau humain peut opérer des reconstructions, mais a du mal à percevoir immédiatement des ensembles. La séduction est forte cependant pour le chercheur car, comme il existe peu de régularités observables dans le comportement humain, et qu'à tout prix, le scientifique veut trouver des lois, il peut être tentant d'inverser la perspective et de scruter d'abord des ensembles, espérant y trouver les régularités que l'on ne peut déceler dans le comportement de l'action humaine individuelle.

Le piège qui est tendu, c'est de penser que si ces termes sont communément employés, c'est qu'il doit exister des typologies catégorielles qui correspondent à ces ensembles. Or, quand on dit « l'amphi de troisième année » ou « les étudiants », ce ne sont que des commodités pédagogiques pour désigner un ensemble qui économise une série de coûts, à savoir ceux qui consisteraient à citer le nom de chaque étudiant(e). Un amphithéâtre n'a pas d'existence autonome. Il ne pense pas, ne parle pas, ne chahute pas. Des étudiants, dans cet amphithéâtre, peuvent

¹²⁸ Friedrich Hayek, *The counter-revolution of science : studies on the abuse of reason*, Free Press, 1952

penser, parler et chahuter. Les ensembles, les catégories, les cohortes, les CSP... sont des biais de langages qui n'expliquent rien. Si on totalise le cerveau de chaque étudiant de cet amphithéâtre, cela, par agrégation, ne donne pas un seul cerveau qui pense unanimement. C'est en prêtant des intentions homogènes à des groupes que le holisme, certes simplifie radicalement la tâche, économise la décontraction de collections, mais au prix d'un éloignement mortifère de la réalité.

Hayek a une heureuse expression. Examinant l'erreur qui est de considérer comme des certitudes un langage commode, construit par le bon sens, il montre que ceux qui veulent éviter l'approche subjectiviste, traitent comme des faits palpables des choses qui ne sont que « des vagues théories populaires ». C'est ainsi qu'on devient la victime d'une barrière encore plus infranchissable. Elle réside dans le fait que les ensembles ne sont, comme tels, jamais à la portée de notre observation mais sont des constructions de notre esprit. Ces ensembles ne sont pas des données objectives ou mesurables. Ils ne peuvent faire l'objet d'évaluation. Parce qu'ils ne sont perçus que par un prisme intellectuel schématique qui lie, en une même gerbe, des millions de faits individuels. On peut persévérer encore plus dans l'erreur quand on dote d'une personnalité ces ensembles. Auguste Comte, va qualifier la société « d'être social » et ajoute même « l'ensemble de l'objet y est beaucoup mieux connu et plus immédiatement accessible que ces parties constituantes »¹²⁹.

Mais Von Mises tire les conséquences ultimes. Dans l'*Action Humaine*, il reprend la critique du holisme en soulignant le fait crucial suivant : si la société est une entité autonome des divers membres qui la composent, la conséquence probable est l'inadéquation entre les fins poursuivis par la société et celles visées par les individus. Comme il faut sauvegarder la société dans la vision holiste, il devient inéluctable et indispensable de faire taire l'intérêt individuel, et de sacrifier les desseins personnels en faveur d'une société qui nous dépasserait. Il en conclut alors que les doctrines objectivistes, totalistes, globalistes, s'écartent des principes de la praxéologie pour « virer aux professions de foi théologiques ou métaphysiques »¹³⁰. Ultimement, comme les tenants du holisme ne peuvent démontrer la supériorité de leur éthique par le raisonnement et la logique, ils sont mécaniquement amenés à demander aux individus de se soumettre. Si des dissidences apparaissent, il faut les faire taire. Les doctrines holistes ont pour conséquence d'amener à des solutions de coercition. Le holisme ne peut pas accepter la solution démocratique. Le conflit majeur est bien entre l'individualisme et le subjectivisme d'une part, le holisme et le collectivisme d'autre part.

Il reste cependant un point de divergence entre juristes et économistes, c'est la question des droits collectifs opposés ou compléments des droits individuels ? Les économistes sont très sceptiques, alors que les juristes, depuis les années 1950, sont très sensibles au thème des droits collectifs.

Peut-il y avoir des droits de l'Homme collectifs ? Les seuls droits de l'Homme ne sont-ils pas des droits individuels ? L'ultime conséquence du holisme, mais majeure, est que la société, le collectif, la nation, l'État, la patrie, l'emportent sur ce qui est individuel et irréductiblement singulier à chaque être humain. Autrement dit, si le collectif

¹²⁹ Auguste Comte, *Cours de philosophie positive*, Gallimard, 1997

¹³⁰ *L'action humaine*, op. cit.

possède des droits, alors ces derniers seront collectifs et non individuels. Nous plaiderons pour démontrer que les droits collectifs sont la négation des droits de l'Homme. Ce qu'on appelle parfois « la troisième génération des droits de l'Homme » serait le droit des peuples : droit au développement, droit à l'environnement, droit à l'égalité dans le commerce international... Concrètement, ces droits ne peuvent exister que *par* et *pour* les États. Ce sont des droits collectifs qui absorbent et effacent la personnalité individuelle. Ils subordonnent le progrès de l'action humaine à la réalisation de projets de type collectifs. Pierre Lemieux plaide pour l'idée que les droits collectifs sont un « mythe »¹³¹. Il existe en effet un droit antérieur et supérieur à l'État. Il existe les droits individuels dont l'être humain peut se réclamer contre la collectivité. Si la démocratie est correctement définie, c'est-à-dire la reconnaissance des droits de la minorité, la minorité la plus minoritaire est bien l'individu ! Protéger le droit des minorités aboutit mécaniquement à la notion de droits individuels. Mais si la démocratie est définie « à la Jean-Jacques Rousseau », c'est-à-dire comme le droit de la majorité, alors il peut exploiter une minorité. Le libéral croit à la liberté. Le démocrate au pouvoir de la majorité. On ne peut cependant en déduire que tous les libéraux soient hostiles à la démocratie, ni non plus qu'aucun démocrate ne soit libéral.

Entre la liberté collective et la liberté individuelle, il y a une incompatibilité fondamentale : si l'individu doit se soumettre aux décisions majoritaires, c'est-à-dire à l'idéal contemporain des droits collectifs, alors signer sa destinée ou sa vie à part du groupe devient un idéal presque impossible. Le holisme, en assumant la rhétorique des droits collectifs, transmet à l'État la mission de façonner un individu d'abord, avant tout, et presque exclusivement faisant partie d'un groupe. L'idée n'est pas nouvelle. C'est la métaphore organiciste rapportée par Tite-Live, lorsque, pour calmer les romains, le consul Agrippa leur conta la fable des membres et de l'estomac. La conception organiciste de la société comme être vivant et de l'individu comme simple organe social devait connaître une étonnante fortune. Auguste Comte peut déclarer « nul ne possède plus d'autres droits que celui de faire son devoir ». Chez Louis de Bonald, on peut lire « l'Homme n'existe que pour la société, la société ne le forme que pour elle-même ».

On comprend dès lors que pour certains, le champ patriotique « mourir pour la patrie est le sort le plus beau » devient une profession de foi proclamée et assumée. La famille des droits collectifs s'est considérablement enrichie par les droits sociaux. Or, ces derniers sont incompatibles avec les droits individuels. Par exemple, le fameux « droit au travail » du préambule de la Constitution de 1946, incorporée dans celui de la Constitution de 1958, signifie que travailler devient une obligation puisque celui qui ne travaille pas ne fournit pas sa part (identifiée par l'État) dans l'effort collectif. Les vrais droits de l'Homme sont des droits individuels, dont le premier est de résister à l'État¹³². Ainsi raisonnaient les « *Founding Fathers* ». Les premières lignes de l'ouvrage de Robert Nozick, *Anarchie, État et Utopie* sont ainsi libellées : « Les individus ont des droits, et il y a des choses que personne ni aucun groupe ne peuvent leur faire sans violer leurs droits »¹³³. L'individu n'ayant qu'une vie, il est le seul qui peut déterminer le cours qu'il

¹³¹ Pierre Lemieux, *Du libéralisme à l'anarcho-capitalisme*, PUF, coll. *Libre-échange*, 1983

¹³² Sur ce point, on consultera Herbert Spencer, *Le droit d'ignorer l'État*, Les Belles Lettres, 1993

¹³³ Robert Nozick, *Anarchie, État et Utopie*, PUF, coll. *Quadrige*, 2008

veut lui donner. Toute intrusion extérieure, par coercition, est comparable à un viol. Mais choisir sa vie peut être bien sûr de se sacrifier pour son pays ou pour sa religion¹³⁴. Il se déduit des réalités précédentes qu'un groupe d'individus n'a de droits que sur la somme de ceux qui lui ont été librement transférés par les individus qui en sont membres. À l'inverse, l'approche collectiviste des droits postule qu'un groupe *sui generis* possède des droits sur les individus.

Terminons par un exemple : une prise d'otages a lieu dans un établissement bancaire. Les ravisseurs font la proposition suivante : « Ou bien vous exécutez le Ministre de l'Intérieur ou bien nous tuons un à un nos otages ». Un calcul utilitariste plaide pour l'exécution dudit Ministre. Pourtant, en quoi est-il coupable ? Un holiste dira qu'il vaut mieux exécuter un innocent, et sauver de nombreux otages. On voit pourtant que rien ne peut logiquement justifier l'exécution d'un Ministre en raison de son statut. Mais les otages n'ont pas mérité non plus de mourir.

Peut-on être d'accord avec Pierre Lemieux lorsqu'il reprend l'adage romain « *Fiat justitia pereat mundus* »¹³⁵ (« Que la justice règne, même si le monde doit périr ») ? On voit l'importance de la question, mais également le danger de l'impérieuse nécessité de rappeler toujours et partout que la seule réalité ultime, irréductiblement singulière, simultanément l'atome et le tout du tout, est l'individu.

Il y a enfin un dernier sujet où ce qui réunit nos deux disciplines est infiniment plus important que ce qui nous divise : c'est l'échange.

¹³⁴ Ainsi des martyrs. Encore que cette question soit assez délicate, car de nombreux martyrs le deviennent certes, mais de façon involontaire. Si le choix leur avait été laissé, peut-être auraient-ils choisi la vie...

¹³⁵ *Du libéralisme à l'anarcho-capitalisme, op. cit.*

SECTION III

UNE FINALITÉ D'ÉTUDE COMMUNE : L'ÉCHANGE

Si les boîtes à outils du juriste et de l'économiste sont garnies assez différemment, si le sujet d'observation des deux disciplines les rapproche beaucoup, c'est-à-dire l'individu, les uns et les autres étudient la façon dont les individus s'y prennent pour entrer en relation, s'accorder, travailler ensemble, coopérer, signer des contrats... Contrats, bien sûr, de tous types et de toutes natures, du contrat civil au contrat commercial. Au fond, ce qu'étudient les économistes et juristes, ce sont les processus de coordination et de coopération qui rendent les individus plus forts en échangeant ce que l'une et l'autre partie ont de meilleur, ou encore ce qu'ils ont ici en abondance, là en volonté d'acquisition. Tout individu souhaite en effet combler le fossé entre le trop peu et l'abondance. Bien sûr, chacun, à tout instant, a en lui-même la hiérarchie des importances. On cédera volontiers ce que l'on a en tellement d'abondance que nous voulons céder le trop. Le co-échangiste fait un pas vers nous car il a trop peu de cette chose. Mais à son tour, lui aussi a d'autres choses en trop d'abondance que par chance et opportunité, nous avons en trop peu. L'échange bien sûr, se fera lorsque la dernière poignée de riz cédée aura exactement la même valeur que la dernière poignée de poudre acquise¹³⁶. Et inversement pour le co-échangiste. On échangera jusque-là, ni en deçà, ni au-delà. Et c'est bien sûr ce qui va fixer en courte période l'instantanéité du prix sur ce marché. Tout nouvel arrivant, pour acquérir ou pour céder, change de façon infinitésimale l'allure et l'élasticité de la courbe d'offre ou de demande. Le prix, à tout instant, nous dit l'intensité des désirs réciproques. C'est-à-dire jusqu'à quel prix l'offreur est prêt à descendre pour vendre son bien, et jusqu'à quel point l'acheteur est prêt à faire des efforts pour l'acquisition du bien en question.

Mais avant d'arriver à une conception claire, acceptable, voire reconnue et acceptée par le plus grand nombre, il a fallu se débarrasser d'erreurs pour certaines grossières, pour d'autres qui malheureusement perdurent encore. Il y a, ancrée fortement, une demande d'états de l'univers simplifiés jusqu'à l'erreur. Il y aura même sur le marché des prestidigitateurs, quelque fois talentueux, pour fabriquer des idées frelatées mais qui peuvent plaire¹³⁷.

La plus grande erreur concernant l'échange, à laquelle les économistes un temps et les juristes n'ont pas échappé, est la théorie de la stérilité de l'échange. La chose est connue : dans l'échange, ce que l'un gagne, l'autre le perd. Il y aurait donc un gagnant et

¹³⁶ C'est l'exemple que donne Carl Menger. On voit bien que les deux poignées, pour chacun des échangeurs, est la poignée marginale. Pour l'un, la dernière qu'il est prêt à céder, pour l'autre la dernière qu'il est prêt à acquérir et inversement.

¹³⁷ Ces trois lignes ne désavouent pas l'hypothèse de rationalité, mais veulent dire seulement que certains trouvent plus avantageux de vivre sur des illusions que d'affronter la réalité. Ainsi de l'autruche qui pour ne pas voir le danger, met la tête dans le sol. Le problème est que la peur ne résolvant rien, les idées fausses peuvent perdurer un temps, mais pas éternellement. Raymond Boudon a clairement établi qu'en moyenne et statistiquement, à moyen et à long terme, la plupart des individus, mais pas tous, préfèrent de façon inconditionnelle la vérité au mensonge. C'est cela qui explique que les régimes totalitaires sont *in fine* tous vaincus et condamnés car, quand la demande de vérité fait une pression de plus en plus forte, aucun mur du monde, fut-il à Berlin, n'arrête la vérité. Personne n'a besoin de dire et de disserter sur la vérité, car la vérité se confond avec la réalité. Les systèmes fondés en vérité auront toujours le dessus sur les utopies. Ces dernières cependant, peuvent obtenir des victoires provisoires et coûteuses en vies humaines. Il y a même une demande d'utopie.

un perdant. Évidemment, ce qui est gênant, c'est de comprendre pourquoi celui qui perd accepte quand même d'échanger ? La première réponse (souvent imaginée, toujours informulée) est que l'un des deux co-contractants n'a pas la dose de capital humain pour échapper au piège et à la ruse de l'autre. Dit plus simplement et non académique : l'un est naïf, l'autre est malin. De façon plus sophistiquée, l'un a une information que l'autre n'a pas. Il s'en déduit une possibilité d'opportunisme en profitant de l'asymétrie informationnelle. Si l'opportunisme a lieu avant la passation du contrat, il s'agit d'une hypothèse de sélection adverse¹³⁸. Si par contre, la tricherie se fait à l'occasion de l'exécution du contrat, on parlera d'opportunisme *ex post* (théorie de l'aléa moral)¹³⁹.

Une seconde explication est avancée pour expliquer que celui qui perd à l'échange accepte quand même d'échanger. C'est François Perroux qui a proposé l'idée selon laquelle le pouvoir de subversion de l'un sur l'autre peut amener le perdant à désirer cependant l'échange. Les économistes, du moins quelques-uns d'entre eux, ont commis une très lourde erreur qui n'est pas sans conséquence. Si une très large partie aujourd'hui de l'opinion publique occidentale est persuadée que le Nord exploite dans le libre-échange le Sud, ou encore que les pays riches exploitent les pays pauvres, ou encore que les anciens colonisateurs exploitent les anciens colonisés, on doit cette erreur à la thèse de l'échange inégal. Ces auteurs, Samir Amin et Arghiri Emmanuel, ont cru pouvoir prouver que dans l'échange international, les pays riches s'enrichissaient toujours plus pendant que les pauvres s'appauvrirent eux aussi en proportion. Ayant cru démontré que l'échange était inégal (ce qui n'est jamais que la reprise modélisée et marxisée d'Aristote) ils ont alors conseillé à de nombreux dirigeants du Tiers-Monde d'opter hardiment pour le protectionnisme. Ce concept catastrophique a été largement plébiscité par une Afrique alors en proie au déclin de l'influence des anciens colonisateurs au profit de l'URSS. Mais certains de ces pays continuaient obstinément à vouloir pratiquer l'échange. Comment expliquer l'inexplicable ? La réponse est connue dans une pondération à l'arithmétique instable entre une fascination pour l'ancien colonisateur en même temps qu'une répulsion. En particulier, l'expression de cette fascination a été dans l'adoption des schémas mentaux intellectuels et des concepts dominants sur le marché des idées occidentales. L'idée dominante issue de David Ricardo et de l'économie néo-classique selon laquelle le libre-échange était à plébisciter, a évincé le protectionnisme. C'est par une domination mentale et intellectuelle que l'exploité consent à son exploitation. Est-il besoin de s'étendre sur la fausseté du propos ? Pour faire court, voire même elliptique, il suffira de savoir que la vérification de l'exploitation de l'un par l'autre doit se retrouver dans les calculs des termes de l'échange. Tenus, avec une admirable précision par le FMI depuis plus d'un demi-siècle, non seulement ils invalident la thèse de l'échange inégal mais s'il fallait déterminer un perdant, ce serait les pays riches. Il suffit au lecteur qu'il se souvienne de l'explosion depuis 40 ans du prix des hydrocarbures, des matières premières, minières et agricoles dont les pays pauvres sont la spécialité¹⁴⁰.

¹³⁸ Ce point sera développé dans la section II du chapitre II de la deuxième partie.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ Sur ce sujet, on consultera Pascal Salin, « Échange inégal et illusion scientifique » in *Commentaire*, printemps 1982, volume V/17, p. 63-71 ainsi que « L'économie internationale, une contestation contestable » in Florin Aftalion et Jean-Jacques Rosa (dir.), *L'économie retrouvée, Economica*, 1977, 325 p., chapitre V.

L'expression « les termes de l'échange » n'est pas immédiatement accessible au non économiste. On se permettra de l'expliciter le plus simplement possible :

- Au temps T_0 , et en imaginant le pays riche produisant de la technologie et le pays pauvre cultivant du blé, on va postuler qu'un sac de blé = un tracteur. Donc étant donné le cours du sac de blé sur le marché de Chicago, avec le prix de l'exportation de ce sac, un importateur peut acheter en retour un tracteur.
- Si au temps $T+1$, il faut deux sacs de blé pour acheter un tracteur, les termes de l'échange se sont dégradés au détriment du pays pauvre et à l'avantage du pays riche puisque ce dernier, pour le prix d'un tracteur, peut désormais acheter deux sacs de blé. Dit autrement, pour acheter un tracteur, l'exportateur devra vendre le double du temps précédent.
- Si au temps $T+2$, étant donné l'évolution du cours du blé d'une part, et du prix du tracteur d'autre part, il faut et il suffit d'un demi-sac de blé pour acheter un tracteur, les termes de l'échange se sont donc dégradés au détriment du pays riche et à l'avantage du pays pauvre.

Cette mise au point effectuée, il reste à montrer combien l'échange n'est pas que productif sur le plan de la création des richesses, mais qu'il a une dimension d'enrichissement personnel, voire même morale, entre les deux co-contractants. Cette ultime analyse qui clôture la première partie, montrera l'accord profond qui unit les deux disciplines.

Il est clairement un terrain commun entre les juristes et les économistes de s'accorder sur la dimension pacifique de l'échange. Les juristes sont passionnés par le contrat. Ils en définissent l'enveloppe, et les contours du déroulement. *Ex ante*, ils tâchent de mesurer les états possibles du monde et d'écrire le contrat en spéculant sur tout ce qui peut survenir lors de son exécution. Une fois l'accord passé, il intervient aussi si les deux parties peinent à coopérer. On pense ici à la technologie de l'arbitrage. Le juriste aussi, va se préoccuper de l'échange si l'une des deux parties n'exécutait pas sciemment ses engagements, voire même se conduisait de façon frauduleuse. C'est le rôle du droit pénal des affaires. Le juriste aussi, dans l'échange et dans le contrat, va aider à définir la coquille et le meilleur réceptacle institutionnel pour accueillir des contrats implicites et explicites. Il conseillera ici de passer par le marché, là de faire un contrat à durée déterminée en raison de la spécificité plus ou moins grande, et de l'intensité de la fréquence. Là encore, il optera pour le contrat à durée indéterminée. Là enfin, pour des formes de contrats intermédiaires qui emprunteraient pour partie à la liberté contractuelle du marché, pour partie à l'utilité issue du poids de la hiérarchie. Mais le juriste comprend aussi, grâce à l'un des siens, Montesquieu, combien l'échange est occasion de pacifier les mœurs. Il n'est ni indifférent, ni sans signification, que le père de l'expression « le doux commerce » soit le père de la théorie de la séparation des pouvoirs afin qu'ils s'équilibrent les uns les autres. C'est parce que l'échange est occasion de rapprochement que les deux parties, celle qui cède et celle qui acquière, s'approprient et tombent en accordance. De fait, les préjugés tombent avec la rencontre de deux volontés.

La démonstration du lien entre l'échange et la paix, et entre le protectionnisme et la guerre, est si unanimement acceptée que nous ne l'infligerons pas au lecteur. Qu'il faut et qu'il suffise comme seul et dernier exemple de se demander si raisonnablement, la France et l'Allemagne ont la moindre chance de se déclarer la guerre

depuis que ces deux pays sont dans le marché commun. Ceux qui n'y verraient que corrélation se trompent lourdement. C'est bien de causalité dont il s'agit puisque, pour s'arrêter simplement à l'ennemi héréditaire précédent, après huit siècles d'hostilité plus ou moins ouverte, plus jamais la France et la Grande-Bretagne ne se sont affrontées depuis le fameux accord Cobden-Chevalier de 1860. Michel Chevalier était d'ailleurs lui-même inspiré par Frédéric Bastiat, même si ce dernier était déjà passé depuis une décade.

L'échange est donc morale de vie, école de compréhension, vecteur de tolérance entre les individus et le meilleur antidote pour faire éclater les préjugés. Heureuse nouvelle pour les juristes et les économistes : la guerre s'est éloignée (du moins comme possibilité d'embrassement de toute la planète) avec l'entrée au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce de la Chine et de la Russie. Mais plus encore, juristes et économistes savent que la technologie de l'échange rend, malgré eux, les vicieux vertueux. Le boulanger est peut-être vil, mais comme il aime son tiroir-caisse, il proposera toujours les meilleurs pains au prix le plus bas. C'est le miracle des institutions juridiques que de transformer un vice en vertu. Bien sûr, l'intentionnalisme n'y trouve pas son compte, à la différence du conséquentialisme.

L'échange n'est pas un jeu à somme nulle. Dans tous les cas, s'il est libre et volontaire, il est à somme positive. Si ici et là, il nous semble qu'il y a un perdant et un gagnant, c'est en raison de notre vision objectiviste de la valeur. Mais que savons-nous de la valeur dans l'intimité du co-échangiste ? Si Monsieur A accorde plus de valeur à ce qu'il achète qu'à ce dont il se sépare, il ne le ferait pas. Et si celui qui achète n'en accordait pas plus à ce qu'il achète qu'à ce qu'il vend, il ne le fera pas non plus. C'est de la différence des valeurs que naquit l'échange. Mais encore mieux, qu'y a-t-il de plus éthique que deux volontés libres qui se rencontrent dans l'accordance du contrat ? L'échange, dans son essence même, est intégralement morale, puisqu'il repose sur la liberté intrinsèque des consentements. Évidemment, certains se conduisent mal. Mais ce n'est pas le concept de l'échange qui est en cause. Au contraire, il s'agit de la pollution du cœur et de l'esprit de l'une des deux parties.

Échanger, ce n'est pas uniquement se séparer de quelque chose ou acquérir un bien ou un service, c'est accéder à l'information contenue dans la conception de ces biens et services. Dans l'éclatement des connaissances dispersées et le partitionnement des savoirs exponentiellement croissants des mondes d'aujourd'hui, l'échange est le *seul* moyen d'accéder à l'information contenue dans les autres cerveaux humains. C'est le sens le plus profond de la révolution de l'information et de la boîte à outils d'Internet. Là encore, quelle différence de traitement entre la vision globalement très positive des juristes et des économistes face à ce bouleversement, et la vision très méfiante et peu bienveillante de la plupart des sociologues des médias, des philosophes, voire même des spécialistes de neurologie ! L'échange véhicule du bon et du mauvais, du bien et du mal. Ce n'est pas l'échange que l'on doit condamner. Les juristes et les économistes eux, savent que c'est parce que les humains sont profondément imparfaits qu'ils peuvent pervertir, ce qui, pourtant, depuis le début de l'Humanité, est l'explication première et majeure du progrès humain, c'est-à-dire l'échange de ce qu'il y a de meilleur en nous.

SECONDE PARTIE

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT DÉMYSTIFIÉE

« L'Analyse Économique du Droit a déjà fait ses preuves.
Il n'est donc pas nécessaire de démontrer son utilité.
Il s'agit bien plutôt de convaincre les juristes français
qu'ils ne peuvent plus se permettre d'ignorer un pan
entier du développement de la réflexion juridique [...]
À l'évidence, un effort nous est demandé ; c'est le rôle
des communautés universitaires que d'accepter de telles
difficultés pour permettre à d'autres d'améliorer leurs outils
de travail [...] Il n'est pas possible que de telles recherches
demeurent en dehors des centres d'intérêts des juristes
français [...] C'est de l'intérieur du monde des juristes
que doit venir la tentative d'extension de leur savoir.
La notion même de droit s'en trouvera sans doute affecté [...]
Est-ce à dire qu'il suffit aux juristes de faire cercle autour
des économistes pour entendre la bonne parole ?
À l'évidence, c'est d'une véritable association
dont nous avons besoin. »

Christian ATIAS †¹⁴¹

¹⁴¹ Éditorial in *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif* 1987-2, N. XII – 29 (12^e année – 28^e numéro), « L'Analyse Économique du Droit », actes des colloques tenus à Aix-en-Provence (mai 1986) et Corte (janvier 1986), Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987, p. 409-410. Sur l'homme que fut Christian Atias, malheureusement décédé quelque temps avant la parution du présent ouvrage, voir Serge Schweitzer, « Hommage à Christian Atias » in *Contrepoints*, 7 mars 2015 (<https://www.contrepoints.org/2015/03/07/200293-serge-schweitzer-hommage-a-christian-atias>).

CHAPITRE PREMIER

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : UNE HISTOIRE TOURMENTÉE

Droit et Économie (« *Law & Economics* »¹⁴²), Analyse Économique du Droit (« *Economic Analysis of Law* »¹⁴³), Économie du Droit (« *Economics of the Law* »¹⁴⁴), Approche Économique du Droit (« *Economic Approach of the Law* »¹⁴⁵) ou encore Économie du Droit et du Marché (« *Law & Market Economy* »¹⁴⁶), toutes ces expressions tendent à recouvrir la même matière charnière entre l'économique et le juridique. Si la terminologie utilisée ne fait pas l'unanimité – les termes sont cependant substituables – tel n'est pas le cas de leur finalité, à savoir l'appréhension des phénomènes juridiques grâce aux outils de l'analyse économique. Mais en quoi l'économie peut-elle aider à comprendre le droit ? Il est vrai que le concept a de quoi surprendre les non initiés.

Au premier abord en effet, on voit difficilement les liens entre le droit et l'économie, si bien que l'histoire de l'Analyse Économique du Droit s'en est d'ailleurs retrouvée quelque peu tourmentée (chapitre I). Dans un premier temps, peu d'auteurs lui ont accordé de l'importance, et encore moins ont imaginé qu'il pouvait s'agir d'une discipline à part entière. Pourtant, à y réfléchir, droit et économie se fécondent réciproquement (section I). Mais l'Analyse Économique du Droit a toujours existé, en témoignent les premiers écrits en Économie Politique, bien qu'il faudra attendre la révolution béckérienne pour puiser ses premiers fondements contemporains. Circonscrire les contours de la discipline n'est rien moins qu'évident. La question, le renouveau, la dissidence et la bifurcation de la matière seront successivement abordés (section II). Cette percée conceptuelle aux conséquences décisives a néanmoins suscité un curieux rejet de la part de la doctrine juridique française. Nous plaiderons, comme beaucoup d'autres¹⁴⁷, pour l'option inverse (section III).

Évidemment, la démonstration ne saurait être complète sans quelques illustrations (chapitre II) que constituent les apports – désormais classiques – de l'Analyse Économique du Droit au Droit Pénal (section I), au Droit Social (section II), à la Responsabilité Civile Extra-Contractuelle (section III) et au Droit des Contrats (section IV).

¹⁴² Cette dénomination est majoritaire : Werner Hirsh, *Law and Economics*, Academic Press of London, 1999 ; Ben Depoorter, *Law And Economics of the Anticommons : Fragmentation of Property Rights*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2014.

¹⁴³ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 9^e édition, 2014 [1977] ; Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004.

¹⁴⁴ Thomas Miceli, *Economics of the Law*, Oxford University Press, 1997.

¹⁴⁵ Avery Katz, *Foundations of the Economic Approach of the Law*, Fondation Press, 1998.

¹⁴⁶ Robin Malloy, *Law and Market Economy : Reinterpreting the Values of Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000.

¹⁴⁷ Ejan Mackaay, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? » in *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif* 1987, *op. cit.*, p. 419-428.

SECTION I – DU DROIT À L'ÉCONOMIE, DE L'ÉCONOMIE AU DROIT : UNE FÉCONDATION RÉCIPROQUE

§1 Droit et Économie : un Janus à deux faces

§2 Droit et richesse des nations : corrélation et causalité

SECTION II – L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : UN PREMIER REGARD

§1 Une révolution méthodologique : l'impérialisme de l'économique ?

§2 Le renouveau de la matière : la *Law and Neoclassical Economics*

⇒ La question de la matière : Économie Politique ou Analyse
l'exception française

⇒ Le renouveau de la matière : la *Law and Neoclassical Economics*

⇒ La dissidence de la matière : une pluralité d'écoles

⇒ La bifurcation de la matière : Analyse Économique du Droit positive
ou normative ?

SECTION III – LA RÉCEPTION DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT EN FRANCE : CRAINTES ET ESPÉRANCES

§1 Le rejet de l'Analyse Économique du Droit : l'exception française

§2 Des avantages pour les juristes à connaître l'AED

SECTION I

DU DROIT À L'ÉCONOMIE, DE L'ÉCONOMIE AU DROIT : UNE FÉCONDATION RÉCIPROQUE

§1 Droit et Économie : un Janus à deux faces

Cela a été affirmé, la charnière que représente l'Analyse Économique du Droit (désormais AED) a de quoi surprendre les non-initiés. En effet, force est de constater que rien, dans un premier temps, ne permettait de présumer l'émergence de la matière. Du côté des juristes tout d'abord, lesquels se limitaient à simplement constater un certain nombre d'interactions ponctuelles entre le droit et l'économie au sein de leur champ d'études¹⁴⁸, mais également du côté des économistes, qui, historiquement, ont toujours borné leurs recherches au monde marchand et à l'étude de la création des richesses¹⁴⁹. Par le passé donc, droit et économie étaient conçus comme deux domaines fondamentalement autonomes, pour ne pas dire indépendants, en témoigne l'enseignement universitaire.

Cette vision fortement compartimentée est cependant à nuancer : au regard des considérations développées au sein de la première partie de cet ouvrage tout d'abord, mais également en raison du fait que les économistes classiques ont toujours été des moralistes et n'ont, à ce titre, jamais eu la prétention de se couper définitivement des autres sciences humaines¹⁵⁰, ni de la question sociale, politique, et donc juridique¹⁵¹.

¹⁴⁸ Voir notamment Catherine Presbissy-Schnall, Gilles Guglielmi & Geneviève Koubi (dir.), *Droit et économie : interférences et interactions - Études en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Litec, 2009 ; Yves Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Presses de la Sorbonne, 2002. Le lecteur veillera donc à ne pas confondre l'Analyse Économique du Droit avec le droit économique qui, au sens large, désigne à la fois l'étude des interactions ponctuelles entre le droit et l'économie (approche interdisciplinaire), mais également l'étude des interventions de l'État dans l'économie (droit public économique/droit international économique) à des fins de réglementations. Pour une autre approche de la distinction, voir Thierry Kirat « Économie et droit. De l'Analyse Économique du Droit à de nouvelles alliances ? » in *Revue économique* 1998, vol. 49, n° 4, p. 1057-1087 ; Thierry Kirat & Laurent Vidal, « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées » in *Annales de l'Institut André Tunc*, Université Paris I Panthéon- Sorbonne, 2005.

¹⁴⁹ Cette définition restreinte de l'économie est particulièrement illustrée par l'école dite « classique » en économie, notamment par les œuvres respectives d'Adam Smith (*Recherches sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations*, PUF, quatre tomes, 1995 [1776]) ou encore de Jean-Baptiste Say, (*Traité d'Économie Politique, ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent, et se consomment les richesses*, deux tomes, Economica, 2006 [1803]).

¹⁵⁰ Ce n'est que bien plus tard, vers 1870, que l'école dite faussement « néo-classique » – illustrée notamment par Stanley Jevons (1835-1882), Carl Menger (1840-1921) et Léon Walras (1834-1910) – opéreront la révolution marginaliste en mathématisant à outrance le propos économique afin d'en faire une science dure à part entière, capable de régler la question sociale à l'aide de l'outil arithmétique. Si les économistes autrichiens vont vite déceler les limites de la modélisation pour rendre compte de l'action humaine, la héritiers de Stanley Jevons et de Léon Walras vont systématiser l'utilisation des mathématiques. Si bien que d'Alfred Marshall (1842-1924), à Maurice Allais (1911-2010) en passant par Gérard Debreu (1921-2004), Frank Hahn (1925-2013), ou encore Kenneth Arrow, tous vont se focaliser sur les modèles d'équilibre général, donnant ainsi à l'économie une représentation aussi sophistiquée qu'irréelle. Là se trouve le cœur de la rupture entre juristes et économistes. Et c'est cette scission qui explique pourquoi les économistes sont aujourd'hui majoritaires en AED : autant le droit reste relativement aisé à comprendre pour un économiste en raison de son caractère littéral, autant l'économie reste parfaitement inaccessible aux juristes en raison de la forte modélisation.

¹⁵¹ Adam Smith, *Leçons sur la Jurisprudence*, traduction, notes et préface de Henri Commetti, Dalloz, 2009 [1763] ; Frédéric Bastiat, « La loi » in *Œuvres complètes de Frédéric Bastiat, tome quatrième, Sophismes économiques I*, Guillaumin, 1862, p. 342-348.

N'étaient-ils pas les premiers à nommer leur champ d'étude « l'Économie Politique » ? Que font Adam Smith¹⁵², Jean-Baptiste Say¹⁵³, David Ricardo¹⁵⁴ ou encore Frédéric Bastiat¹⁵⁵ si ce n'est de l'analyse économique du droit fiscal dans leurs œuvres respectives lorsqu'ils y dénoncent les effets pervers de l'impôt ? Même Saint-Thomas d'Aquin, dans sa *Somme Théologique*, semble procéder à pareils raisonnements en s'interrogeant sur l'impact des règles juridiques et/ou morales sur l'économie¹⁵⁶. Autrement dit, les fondements et origines de l'AED sont lointaines, puisqu'il serait possible d'en trouver aussi bien dans les écrits de Thomas Hobbes¹⁵⁷, David Hume¹⁵⁸, William Blackstone¹⁵⁹, Jeremy Bentham¹⁶⁰, John Stuart Mill¹⁶¹, voire même d'Aristote¹⁶².

À ce titre, droit et économie semblent fondamentalement liés. Difficile de ne pas reprendre l'expression de Cento Veljanovski : « la connexion entre le droit et l'économie semble naître dès l'origine de l'économie elle-même, si bien que droit et économie sont peut-être génétiquement liés »¹⁶³. Ce lien de parenté s'illustre alors dans l'objet même des deux matières : si l'économie consiste à résoudre la question de l'allocation des ressources, par définition rares, le droit tend à prévenir et résoudre – à réguler donc – les conflits naissant entre individus en raison de cette même rareté. Si bien que pour Régis Lanneau, « La rareté des ressources est même à l'origine du droit et de l'économie »¹⁶⁴.

En d'autres termes, droit et économie seraient par nature consubstantiels en ce sens que l'un ne peut exister sans l'autre¹⁶⁵, en témoigne la réponse apportée à la plus vieille interrogation économique, à savoir celle de la richesse des nations.

¹⁵² *Recherches sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations*, op. cit., Livre V, Section II « Des impôts ».

¹⁵³ *Traité d'Économie Politique*, op. cit., Livre Troisième, Chapitre IX « De l'impôt et ses effets en général ». Sur les liens entre Jean-Baptiste Say et l'analyse économique du droit en général, voir Pierre Garcello & Pierre Bentata, « Jean Baptiste Say : l'analyse du droit à la source de l'analyse économique » in Jef De Mot (dir.), *Liber Amicorum in honor of Pr. Boudewijn Bouckaert*, Dic Keurc, 2012.

¹⁵⁴ *Des principes de l'Économie Politique et de l'impôt*, Flammarion, 1999 [1817].

¹⁵⁵ « Le fisc et la vigne » in *Œuvres Complètes*, op. cit., tome deuxième, *Le Libre-échange*, p. 231-242 ; « L'impôt » in *Œuvres Complètes*, op. cit., tome cinquième, *Petits pamphlets II*, p. 343-346 « Discours sur l'impôt des boissons » in *Œuvres Complètes*, op. cit., tome cinquième, *Petits pamphlets II*, p. 468-493.

¹⁵⁶ Outre l'œuvre de Saint-Thomas d'Aquin, voir à ce sujet Karl Pribam, *Les fondements de la pensée économique*, Economica, 1986, p. 3 et suivantes.

¹⁵⁷ *Éléments du droit naturel et politique*, Vrin, 2010 [1640].

¹⁵⁸ *Essais politiques*, Vrin, 1972 [1742].

¹⁵⁹ *Commentaries on the Laws of England*, quatre tomes, George T. Bise Company, Inc., 1922 [1765].

¹⁶⁰ *Introduction aux principes de morale et de législation*, Vrin, 2011 [1789] ; *Traité de législation civile et pénale*, Dalloz, 2012 [1802].

¹⁶¹ *Principes d'Économie Politique*, Guillaumin, deux tomes, 1861 [1848].

¹⁶² Pour une approche historique plus complète, voir Philippe Simonnot, *Économie du droit – L'invention de l'État*, tome I, Les Belles Lettres, 2003, p. 11 et suivantes.

¹⁶³ « The connections between law and economics appear to lie in the origin of economics itself. Indeed, they are perhaps genetically related » in *The Economics of Law*, IEA, 1990, p. 16.

¹⁶⁴ *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, LGDJ, 2011, p. 12.

¹⁶⁵ Pour reprendre l'expression de Alex Jacquemin et Guy Shrans, « L'ordre juridique affecte le système économique existant et en est affecté. Le fonctionnement harmonieux d'un système économique déterminé requiert un certain nombre de règles de droit qui assurent l'appropriation et l'usage des facteurs de production, des produits et des services. En sens inverse, tout ordre juridique a des répercussions, recherchés ou non, sur le système économique qu'il encadre, régit ou normalise » (*Le droit économique*, PUF, coll. *Que-sais-je ?*, 1982, p. 5).

Si la question fascina pendant des générations l'économie et la politique – Adam Smith (1723-1790) a titré son plus célèbre ouvrage *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations* ; Thomas Malthus (1766-1834) affirmait dans sa correspondance avec David Ricardo que « les causes de la richesse et de la pauvreté des nations – grand sujet de toutes les recherches en Économie Politique »¹⁶⁶ – elle n'en demeure pas moins résolue aujourd'hui en faveur du droit.

§2 Droit et richesse des nations : corrélation et causalité¹⁶⁷

Depuis plus de deux siècles, de Montesquieu à Karl Marx en passant par Max Weber, bien des hypothèses ont été avancées : le climat¹⁶⁸, la capacité des capitalistes à accumuler le capital¹⁶⁹ ou encore la religion¹⁷⁰, toutes ont été considérées comme des facteurs de croissance économique. Mais ces théories – si elles peuvent expliquer certains épiphénomènes – ne sont jamais vérifiées empiriquement. Ainsi note Guy Sorman, « à chaque hypothèse s'opposent autant d'exemples qui la contredisent »¹⁷¹. Au final, aucun postulat ne trouvera une confirmation selon la méthode scientifique, à une exception : le « processus du développement économique » (Douglass North¹⁷²) serait avant tout et surtout consubstantiel aux institutions. Pour Avner Greif notamment, « étudier les institutions permet d'élucider pourquoi certains pays sont riches et d'autres pauvres »¹⁷³. L'hypothèse est cependant à préciser. La richesse d'une nation dépend effectivement de ses institutions¹⁷⁴ – soit l'ensemble des « règles formelles (*de jure*) et informelles (*de facto*) qui gouvernent le comportement

¹⁶⁶ Cité par David Landes in *Richesse et Pauvreté des Nations - Pourquoi des riches ? Pourquoi des Pauvres ?*, Albin Michel, 2000, p. 10.

¹⁶⁷ Nous reprenons ici pour partie les propos tenus in Loïc Floury, « Le marché de l'espoir : économique, droit et charité contre pauvreté » in Laure Meesmaccker (dir.), *Usages de la Charité*, Presses Universitaires de l'ICES, 2015, p. 43-94.

¹⁶⁸ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Flammarion, deux tomes, 1993 [1748], livre XIV, chap. II, livre XIV, chap. X ou encore livre XXI chapitre II.

¹⁶⁹ Karl Marx, *Le capital*, PUF, 2014 [1867].

¹⁷⁰ Max Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Gallimard, 2004 [1905].

¹⁷¹ Guy Sorman, *L'économie ne ment pas*, Fayard, Paris, 2007, p. 31.

¹⁷² Douglass North, *Le processus de développement économique*, Éditions d'Organisation, 2005.

¹⁷³ Avner Greif, *Institutions and the Path to the Modern Economy. Lessons from Medieval Trade*, Cambridge University Press, 2006, p. 1. L'introduction en français est disponible dans Avner Greif, « Qu'est-ce que l'analyse institutionnelle ? » in *Tracés* 2009, n° 17, p. 181 et suivantes. Sur le même sujet, voir également Shcilagh Ogilvie, *Institutions and European Trade Merchant Guilds : 1000-1800*, Cambridge University Press, 2011 ; Jessica Goldberg, *Trade and Institutions in the Medieval Mediterranean : The Geniza Merchants and their Business World*, Cambridge University Press, 2012.

¹⁷⁴ Douglass North, « Institutions and Economic Growth : An Historical Introduction » in *World Development* 1989, vol. 17, n° 9, p. 1319-1332 ; Barry Weingast, « The Economic Role of Political Institutions : Federalism, Markets, and Economic Development » in *Journal of Law, Economics, and Organization* 1995, vol. 11, n° 1, p. 1-31 ; Robert Barro, *Determinants of Economic Growth : A Cross-Country Empirical Study*, The MIT Press, 1998 ; Stephen Haber, *Political Institutions and Economic Growth in Latin America : Essays in Policy, History, and Political Economy*, Hoover Institution Press, 2000 ; Daron Acemoglu, Simon Johnson & James Robinson, « Institutions as the Fundamental Cause of Long Run Growth » in Philippe Aghion & Steve Durlauf (dir.) *Handbook of Economic Growth, North-Holland*, 2002, p. 386-472 ; étude du FMI « World Economic Outlook - Growth and Institutions », avril 2003 ; Dani Rodrik, *In Search of Prosperity : Analytic Narratives on Economic Growth*, Princeton University Press, 2003 ; Dani Rodrik, *One Economics, Many Recipes : Globalization, Institutions, and Economic Growth*, Princeton University Press, 2008 ; Daron Acemoglu & James Robinson, *Why Nations Fail : The Origins of Power, Prosperity and Poverty*,

humain et les interactions » entre les individus, ainsi que leur application¹⁷⁵ – ou tout du moins d'une institution, laquelle englobe et conditionne toutes les autres, le *droit*. C'est d'ailleurs là le cœur même de l'Analyse Économique du Droit : *si le droit influence l'économie, alors la qualité de la règle de droit fait la qualité de l'économie*.

Et à bien regarder l'histoire du développement économique, il apparaît bien que le rôle des institutions – et donc celui du droit – soit fondamental. Durant tout le XVII^e siècle, les Provinces-Unies et l'Angleterre se différencient drastiquement des autres nations en matière de mercantilisme¹⁷⁶ : leurs puissantes marines marchandes¹⁷⁷ – on dénombre 16 000 bâtiments hollandais vers 1650 contre 4 000 anglais et 500 français¹⁷⁸ – sont certes instituées pour assurer des rentrées de métaux précieux dans les caisses de la nation, mais constituent avant tout et surtout un échange, une prestation de service, ayant enrichi les marchands qui ne tarderont pas à devenir les industriels du lendemain¹⁷⁹.

Profile Books, 2013. Sur le rôle des institutions dans la pacification des rapports sociaux, voir également Douglass North, John Wallis & Barry Weingast, *Violence et ordres sociaux*, Gallimard, 2010.

¹⁷⁵ Mathieu Laine (dir.), *Dictionnaire du libéralisme*, Larousse, 2012, p.53.

¹⁷⁶ Comme le note Georges Lefranc, si « En Espagne le mercantilisme ne dépasse guère le bullionisme [...] tout au contraire, aux Pays-Bas, en Grande-Bretagne et en France, le mercantilisme tend à acquérir plus qu'à conserver [...] le bullionisme aboutit à une diminution progressive du commerce, paralysé lorsqu'on s'aperçoit que l'or sort, pour payer les importations. Le mercantilisme hollandais ou anglais consent volontiers, lui, à importer, s'il parvient à exporter d'avantage ; il dépasse même la notion de balance commerciale [...] » (Georges Lefranc, *Histoire du Commerce*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1959, p. 65).

¹⁷⁷ Robert Parthesius, « Flûtes, frégates et chantiers navals... » in Henry Méchoulan (dir.), *Amsterdam, XVII^e siècle : Marchands et philosophes : Les Bénéfices de la tolérance*, Autrement, 1993, p. 103-123. Le fait est que « les hollandais créent un nouveau type de navire : le "*fluitschip*" (ou flibot) ; embarcation légère et mince, affectée au transport de cargaisons lourdes et encombrantes. Bas sur l'eau, large, long, à fond plat, avec ses trois mâts courts et sa voilure simple, il jauge de 100 à 900 tonneaux [...] » (Georges Lefranc, *Histoire du Commerce*, op. cit., p. 67) Sur ce thème voir également Gerrit Engelberts Gerrits, *Fastes de la marine hollandaise depuis l'époque la plus reculée* (deux tomes), Portielje, 1837 ; Jaap Bruijn, *The Dutch Navy of the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, University of South Carolina Press, 1993.

¹⁷⁸ Georges Lefranc, *Histoire du Commerce*, op. cit., p. 67. L'évolution est d'autant plus spectaculaire qu'en 1560, on comptait 1 800 navires en Hollande, 500 pour la seule ville d'Amsterdam (Philippe Chalmin & Alessandro Giraudo, *Au temps des comptoirs - Les marchands à la conquête du monde*, François Bourrin Éditeur, 2010, p. 77).

¹⁷⁹ Le « siècle d'or néerlandais » est tel que, comme le note Georges Lefranc, « L'opulence parfois un peu vaniteuse des riches bourgeois hollandais frappe les contemporains, [on] admire qu'une poignée de marchands réfugiés dans ce petit pays, qui ne produit pas à beaucoup près de quoi nourrir ses habitants, aient abattu la puissance énorme de la monarchie d'Espagne et aient fondé un État puissant qui fait équilibre entre toutes les autres puissances » (Georges Lefranc, *Histoire du Commerce*, op. cit., p. 69). Ainsi notent Philippe Chalmin et Alessandro Giraudo, « En 1701, le Guide d'Amsterdam décrivait ainsi la capitale des Provinces-Unies : "Le magasin général de l'Univers, le siège de l'opulence, le rendez-vous des richesses et l'affection du ciel". Amsterdam, avec ses 20 000 habitants, était alors au faite de sa gloire, au cœur d'une économie-monde qu'elle domina pendant près de deux siècles, malgré les ravages des guerres européennes et ses propres troubles politiques. Curieux mélange d'économie de marché et de capitalisme d'État, de rigueur protestante et d'ouverture culturelle et religieuse, de création artistique et de conformisme bourgeois, le "temps" d'Amsterdam et des Provinces-Unies – qui couvre les XVII^e et XVIII^e siècles – est un moment majeur ce que l'on peut qualifier sans exagération de "première mondialisation" » (Philippe Chalmin & Alessandro Giraudo, *Au temps des comptoirs - Les marchands à la conquête du monde*, op. cit., p. 77-82.). Sur l'histoire des Provinces-Unies, voir également Henri Lepage, *Demain le Capitalisme*, Librairie Générale Française, coll. *Pluriel*, 1978, p. 61 et suivantes ; Corentin de Salle, *La tradition de la liberté, Tome II : Les lumières libérales*, European Liberal Forum, 2011, p. 13-14 ; Hervé Hasquin, *Louis XIV face à l'Europe du Nord : l'absolutisme vaincu par les libertés*, Racine, 2005, p. 21 et suivantes.

Et c'est cette « vertu bourgeoise »¹⁸⁰ chère au professeur Deirdre McCloskey, soit la reconnaissance sociale de s'enrichir au profit de tous, qui est à l'origine de l'ère « capitaliste » au sens premier du terme. Car c'est bien l'accumulation du capital – fortement accrue par le mécanisme du prêt à intérêt – qui est à l'origine de l'investissement et de l'innovation, à leur tour reconnus comme facteurs de la prospérité. Or, le fondement de l'accumulation du capital n'est-il pas la propriété privée ? Le fondement de l'échange, du service rendu, par les marines marchandes anglaises et hollandaises n'est-il pas liberté, juridiquement traduit par la liberté d'entreprendre ? À côté du droit comme institution fondamentale apparaît alors la confiance¹⁸¹ comme son corollaire : confiance dans la puissance étatique *pour faire respecter* le droit et les institutions qui en découlent¹⁸², ou confiance dans la société et les individus *pour respecter* ce droit et ces institutions. Outre la liberté et la propriété, c'est bien la responsabilité qui s'avère tout aussi importante : le crédit aurait-il vu le jour sans l'assurance pour les banquiers de pouvoir se retourner contre leurs débiteurs en cas de défaut ? Ce n'est évidemment pas un hasard si le « siècle d'or néerlandais » va de pair avec le développement sans précédent des activités bancaires¹⁸³. Confiance et crédit semblent alors génétiquement liés dans le phénomène de l'accumulation du capital, et donc dans celui de la prospérité¹⁸⁴.

Autrement dit, que ce soit la propriété¹⁸⁵, le contrat, la sûreté, la responsabilité, la liberté¹⁸⁶, tous s'avèrent des institutions certes indispensables au développement économique, mais avant tout et surtout des institutions traduites par le droit. Car si le développement économique dépend du règne du droit (*Rule of Law*)¹⁸⁷, le débat reste ouvert

¹⁸⁰ Deirdre McCloskey, *The Bourgeois Virtues : Ethics for an Age of Commerce*, University of Chicago Press, 2006.

¹⁸¹ Sur le rôle de la confiance en économie, voir Alain Peyrefitte, *La société de confiance*, Odile Jacob, 1995 ; Eloi Laurent, *Économie de la confiance*, La Découverte, coll. Repères, 2012.

¹⁸² De ce point de vue, et comme le montre Esther Duflot in *Lutter contre la pauvreté, tome II : la politique de l'autonomie*, Seuil, 2010, p. 61 et suivantes, il est évident que la lutte contre la corruption doit être une priorité absolue en matière de développement.

¹⁸³ Lodewijk Wagenaar, « Les mécanismes de la prospérité » in Henry Méchoulan, *op. cit.*

¹⁸⁴ Laurence Fontaine, *L'économie morale : pauvreté, crédit et confiance dans l'Europe pré-industrielle*, Gallimard, 2008.

¹⁸⁵ Hernando de Soto, *Le mystère du capital : pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs*, Flammarion, 2005.

¹⁸⁶ La causalité empirique est depuis longtemps établie : voir notamment James Gwartney, Joshua Hall & Robert Lawson, *Economic Freedom of the World : 2013 Annual Report*, Fraser Institute, 2013 ; The Heritage Foundation & The Wall Street Journal, *Index of Economic Freedom*, 1995 (<http://www.heritage.org/index/>) ainsi que Richard Roll & John Talbott, « Political Freedom, Economic Liberty, and Prosperity » in *Journal of Democracy* 2003, vol. 14, n° 3, p. 75-89 ; Jakob de Haan & Jan-Egbert Sturm, « On the relationship between economic freedom and economic growth » in *European Journal of Political Economy* 2000, vol. 16, n°2, p. 215-241 ; Hugo Faria & Hugo Montesinos, « Does economic freedom cause prosperity? An IV approach » in *Public Choice* 2009, vol. 141, n°1-2, p. 103-127.

¹⁸⁷ L'idée de la *Rule of Law*, soit le « règne du droit », est aujourd'hui maladroitement traduit en « État de droit ». Comme le souligne Mathieu Laine, « Originellement ambigu, le concept s'est obscurci lorsqu'il est passé au rang de lieu commun » (Mathieu Laine, *Dictionnaire du Libéralisme*, *op. cit.*, p.250) : la notion est aujourd'hui considérée comme un simple élément de droit administratif français (Comme le définit Gérard Cornu, « l'État de droit » représente la « situation résultant, pour une société, de sa soumission à un ordre juridique excluant l'anarchie et la justice privée » (Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1992, p.326), mais la définition renvoie explicitement à celle du « règne de la loi », laquelle n'a visiblement pas grand chose à voir avec le concept anglo-saxon : « expression doctrinale désignant un régime constitutionnel dans lequel les gouvernants et leurs agents sont assujettis, pour leurs décisions particulières, à l'observation

quant à l'identité de celui qui doit le faire respecter. En réalité, la Doctrine – dans une majorité écrasante – s'accorde pour affirmer que ce rôle revient à l'État¹⁸⁸, puisqu'il s'avère que ce dernier a historiquement réussi à instaurer et faire perdurer ce règne du droit. Et c'est là que se trouve le cœur du libéralisme régalien : d'Adam Smith à Jean-Baptiste Say en passant par Frédéric Bastiat, aucun des auteurs classiques n'a jamais osé – à la différence des écoles autrichienne¹⁸⁹ (certes dans une moindre mesure) et libertarienne¹⁹⁰, ce qui lui causera indéniablement du tort sur le plan de l'influence politique – remettre en cause l'existence même de l'État. Tous s'accordent pour lui assurer des prérogatives régalien strictes, non choisies arbitrairement. La police, la justice et l'armée¹⁹¹ s'avèrent être des domaines non marchands mais institutionnels, parce qu'ils assurent l'effectivité du droit, et donc la pérennité des institutions qui en découlent.

des règles du droit, conformément au principe de légalité » (Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 697). La traduction de la *Rule of Law* y figure, mais toujours sous le vocable « en un sens plus restreint ». Voir également pour une approche plus complète, Marc Péna, « État de droit » in Guillaume Bernard, Jean-Pierre Deschodt & Michel Verpeaux (dir.), *Dictionnaire de la politique et de l'administration*, PUF, coll. Major, 2011, p.87- 88. En réalité, la traduction dénature l'expression : la *Rule of Law* devrait, au mieux se traduire par « règne du droit », au pire par « état de droit », et non « État de droit », l'expression n'ayant rien à voir avec la structure étatique. En effet, la *Rule of Law* exprime « la soumission de l'État au droit, lequel le précède et le surplombe. Le droit, selon la forte expression de Hayek, est en effet antérieur à la législation [...] le droit s'applique à tous, y compris les gouvernants. Elle signifie aussi, dans la tradition kantienne, que la forme du gouvernement importe moins que son mode : l'État, quel qu'il soit, doit garantir les droits de l'homme contre l'arbitraire ». La *Rule of Law* est donc un état de fait (« état de droit ») dans lequel le droit est au dessus de tout, particulièrement au dessus de l'État. En cela, le droit est seul souverain : il y a « règne du droit ». Sur le lien entre *Rule of Law* et prospérité, voir notamment Todd Zywicki, « The Rule of Law, Freedom, and Prosperity » in *Supreme Court Economic Review* 2003, vol. 10, p. 1-26.

¹⁸⁸ Barry Weingast, « *The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law* » in *American Political Science Review* 1997, vol. 91, p. 245-263.

¹⁸⁹ À propos de l'école autrichienne, voir notamment Stéphane Longuet, *Hayek et l'école autrichienne*, Nathan, 1998 ainsi que Renaud Fillieule, *L'école autrichienne d'économie : Une autre hétérodoxie*, Presses Universitaires du Septentrion, 2010.

¹⁹⁰ Sur le sujet, voir tout particulièrement Sébastien Caré, *La pensée libertarienne : Genèse, fondements et horizons d'une utopie libérale*, PUF, 2009 ; Sébastien Caré, *Les libertariens aux États-Unis : Sociologie d'un mouvement asocial*, PUR, 2010.

¹⁹¹ S'ajoutent à cette liste, selon les auteurs, la diplomatie, les transports publics ou encore la sécurité incendie. Pour Thomas Jefferson (1743-1826), l'éducation doit également en faire partie (« Je crois que dans notre nouveau code, le bill le plus important est sans contredit celui qui a pour objet de répandre l'instruction dans le peuple ; on ne saurait imaginer de base plus sûre pour fonder le bonheur et la liberté » [L.P. Conseil, *Mélanges politiques et philosophiques extraits des Mémoires et de la Correspondance de Thomas Jefferson – Tome Premier*, Paulin, 1833, p. 281-282]), ce que Frédéric Bastiat a toujours refusé (« Le pouvoir sort de sa mission quand, par exemple, il impose une sorte de culte à nos consciences, une méthode d'enseignement à notre esprit [...] L'enseignement se rattache aussi à cette question fondamentale qui, en politique, précède toutes les autres. Est-il dans les attributions de l'État ? Est-il du domaine de l'activité privée ? Vous devinez ma réponse. Le gouvernement n'est pas institué pour asservir nos intelligences [...] Assurément messieurs, s'il vous plaît de résigner en ses mains vos plus nobles prérogatives, des systèmes, des méthodes, des principes, des livres et des professeurs, vous en êtes les maîtres ; mais ce n'est pas moi qui signerai en votre nom cette honteuse abdication de vous-mêmes. Ne vous en dissimulez pas d'ailleurs les conséquences. Leibnitz disait : "J'ai toujours pensé que si l'on était maître de l'éducation, on le serait de l'humanité". C'est peut être pour cela que le chef de l'enseignement par l'État, s'appelle Grand Maître : le monopole de l'instruction ne saurait être raisonnablement confié qu'à une autorité reconnue infaillible. Hors de là, il y a des chances infinies pour que l'erreur soit uniformément enseignée à tout un peuple. "Nous avons fait la république, disait Robespierre, il nous reste à faire des républicains". Bonaparte ne voulait faire que des soldats, Frayssinous que des dévots ; M. Cousin ferait des philosophes, Fourier des harmoniens, et moi sans doute des économistes. L'unité est une belle chose, mais à la condition d'être dans le vrai. Ce

Mais à côté de la Doctrine majoritaire gravitent une multitude d'auteurs ayant démontré que l'Histoire regorge d'exemples où le marché a su non seulement produire l'institution juridique – la *Lex Mercatoria*¹⁹² – mais également assurer celle-ci dans le temps¹⁹³. Car comme l'a démontré Avner Greif, une institution naît du cumul entre une interaction répétée entre individus ainsi que de l'effet de réputation – de la confiance – qui en résulte¹⁹⁴. Partant du principe que la société civile n'étant qu'un mode d'organisation sociétal concurrent de l'État¹⁹⁵, force est de constater que l'institution juridique peut émerger soit de manière spontanée, soit de manière autoritaire. Dans les deux cas, la prospérité est une heureuse conséquence, et il n'est plus besoin de démontrer l'utilité – voire l'importance – de l'Analyse Économique du Droit, *la qualité de la règle de droit faisant la qualité de l'économie*¹⁹⁶.

Non seulement droit et économie apparaissent comme génétiquement liés, mais l'AED semble avoir toujours existé, bien que ce dernier point soit systématiquement évoqué de manière superficielle. La quasi-intégralité de la doctrine s'accorde pour affirmer que l'AED remonterait aux années 1960 aux États-Unis, sous l'impulsion des économistes de l'Université de Chicago¹⁹⁷.

qui revient toujours à dire que le monopole universitaire n'est compatible qu'avec l'infailibilité. Laissons donc l'enseignement libre. Il se perfectionnera par les essais, les tâtonnements, les exemples, la rivalité, l'imitation, l'émulation. L'unité n'est pas au point de départ des efforts de l'esprit humain ; elle est le résultat de la naturelle gravitation des intelligences libres vers le centre de toute attraction : la vérité » [Frédéric Bastiat, « Profession de foi électoral » in *Oeuvres Complètes*, - Tome I, Guillaumin, 1862, p. 465-475] ; voir également sur ce sujet Damien Theillier, « Contre l'éducation nationale. Frédéric Bastiat critique du baccalauréat » in *Laissons-Faire* n° 1, juin 2013, p. 45-49). L'étendue des prérogatives régaliennes fait donc débat même chez les économistes classiques, bien que tous s'entendent pour cantonner l'État à des fonctions non économiques mais institutionnelles.

¹⁹² Filali Osman, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, 1998.

¹⁹³ Avner Greif, « Reputation and Coalitions in Medieval Trade : Evidence on the Maghribi traders » in *Journal of Economic History* 1989, vol. 49, n° 4, p. 857-882 ; Avner Greif « Institutions and International Trade : Lessons from the Commercial Revolution » in *American Economic Review* 1992, vol. 82, n° 2, p. 128-133 ; Avner Greif « Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade : The Maghribi traders' coalition » in *American Economic Review* 1993, vol. 83, n° 3, p. 525-548 ; Avner Greif, Paul Milgrom & Barry Weingast, « Coordination, Commitment, and Enforcement : The Case of the Merchant Guild » in *Journal of Political Economy* 1994, vol. 102, p. 745-776 ; Bruce Benson, *The Enterprise of Law : Justice Without the State*, Pacific Research Institute for Public Policy, 1990 ; Bruce Benson, « Justice Without Government : The Merchant Courts of Medieval Europe and their Modern Counterparts » in David Beito, Peter Gordon & Alexander Tabarrok (dir.), *The Voluntary City : Choice, Community, and Civil Society*, University of Michigan Press, 2002 ; Barry Weingast, Paul Milgrom & Douglass North, « The Role of Institutions in the Revival of Trade : The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs » in *Economics and Politics* 1990, vol. 2, n° 1, p. 1-23 ; Robert Ellickson, *Order Without Law*, Harvard University Press, 1991 ; Lisa Bernstein, « Opting Out the Legal System : Extralegal contractual relations in the Diamond Industry » in *Journal of Legal Studies* 1992, vol. 21, n° 1, p. 115-157.

¹⁹⁴ Avner Greif, *Institutions and the Path to the Modern Economy*, op. cit.

¹⁹⁵ Adam Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society*, Cambridge University Press, 1996 [1767].

¹⁹⁶ À ce titre, comparer l'efficacité des systèmes juridiques est aujourd'hui indispensable pour comprendre et expliquer les différentes performances des différents pays en termes économiques.

¹⁹⁷ L'analyse est quasi-unanime (voir par exemple, Bruno Deffains et Eric Langlais, *Analyse Économique du Droit – principes, méthodes, résultats*, De Boeck, 2009 ; Samuel Ferey, *Une histoire de l'Analyse Économique du Droit : Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, 2009 ; Thierry Kirat, *L'Économie du droit*, La Découverte, coll. Repères, 2012) mais mérite d'être nuancée. Régis Lanneau, dans *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, op. cit., semble rejoindre notre point de vue, bien que les développements soient peu conséquents. Seul Philippe Simmonot in *Économie*

En réalité, cette période marque d'avantage une densification de la matière – son renouveau – sous l'empire d'une révolution méthodologique ayant bouleversé l'analyse économique, plutôt que sa genèse¹⁹⁸. Ainsi note Vincent Valentin, « Le mouvement de l'analyse économique du droit s'intègre à l'histoire de la science économique [...] le mouvement des « Lumières » anglo-écossaises est né d'une réflexion sur les institutions de la société avant de s'identifier à une analyse de la production dans les sociétés complexes [...] ce n'est que progressivement que les économistes ont réduit leur réflexion au domaine étroit de la production de richesses marchandes »¹⁹⁹. Présente dès l'origine de la littérature classique (cf. section I, § 1 du présent chapitre), l'AED fut rapidement éclipsée par le développement de l'analyse des processus marchands, avant de connaître un véritable renouveau à partir des années 1960²⁰⁰.

du droit - L'invention de l'État, consacre une introduction complète aux premiers penseurs de l'Économie Politique comme origines de l'AED. Thierry Kirat voit cependant juste en affirmant que « Les spécialistes en Law and Economics admettent volontiers [...] qu'il est possible d'introduire une césure entre deux âges avant et après 1960. Notons cependant que la branche de Law and Economics et le courant de école de Chicago – c'est-à-dire de analyse économique du droit – se recouvrent certes beaucoup mais pas totalement. H. Hovenkamp signale juste titre que les spécialistes de Law and Economics ne sont pas tous partie prenante la démarche de école de Chicago dont la perspective est "rigoureusement néoclassique au sens où elle repose sur des hypothèses fortes quant la maximisation de utilité ou du profit, est traditionnellement ordinaliste, et positiviste dans sa méthodologie" et dont l'approche est également "hautement analytique et assez anti-historique" » (nous soulignons ; Thierry Kirat « Économie et droit. De l'Analyse Économique du Droit à de nouvelles alliances ? » in *Revue économique*, vol. 49, n° 4, 1998, p. 1057-1087).

¹⁹⁸ Pour Ejan Mackaay, la période constitue le « décollage de l'Analyse Économique du Droit » signifiant donc par le fait même l'existence de précédents, validant ainsi l'hypothèse (« La règle juridique observée par le prisme de l'économiste : une histoire stylisée du mouvement de l'Analyse Économique du Droit » in *Revue Internationale de Droit Économique*, 1986, p. 43).

¹⁹⁹ Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, 2002, p. 21.

²⁰⁰ La Doctrine parlera alors de « *New Law and Economics* » par rapport à la précédente, qualifiée de « *Old Law and Economics* » (voir par exemple Alain Marciano, *Law and Economics : a reader*, Routledge, 2013, p. 3 et suivantes ; voir également Thierry Kirat, *L'Économie du droit*, *op. cit.*, p. 34 et suivantes).

SECTION II

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : UN PREMIER REGARD

§1 Une révolution méthodologique : l'impérialisme de l'économique ?

La donne a en effet changé, lorsque le rôle traditionnel – mais restreint – de l'économie s'est considérablement élargi grâce aux apports de Ludwig Von Mises²⁰¹ (1881-1973) puis de Gary Becker²⁰² (1930-2014). L'économie est dès lors devenue non plus la science étudiant la création des richesses, mais celle de la perception et de la décision humaine dans son ensemble.

Le constat se voulait en effet de pure logique : si les économistes disposaient d'outils simples mais performants pour tenter de comprendre l'Homme lorsque celui-ci agissait dans le monde marchand, ces mêmes outils ne pouvaient-ils pas les aider à comprendre ce même Homme *en dehors* de la sphère marchande ? Si la réponse était négative, alors c'est que l'*Homo æconomicus* se distinguait – d'une manière quasi-schizophrénique – de l'*Homo Sapiens*. Cette dernière hypothèse n'étant pas défendable, une seule question demeure : si l'individu épargne, consomme, investit ou emprunte, pourquoi sa mécanique de décision changerait-elle dès lors qu'il s'agirait de faire des études, de se marier, de fonder une famille ou même de respecter – ou non – le droit²⁰³ ?

La révolution méthodologique ainsi opérée par les économistes permet de mieux comprendre leur attrait pour le droit, institution ô combien au centre des sciences humaines. Ainsi est née l'Analyse Économique du Droit au sens contemporain du terme : sous l'influence intellectuelle de Von Mises et l'impulsion de Becker, les économistes issus de l'Université de Chicago – notamment Ronald Coase (1910-2013) ou George Stigler (1911-1991) – ont commencé à appliquer les instruments de l'analyse économique néo-classique aux domaines juridiques. Évidemment, cela ne se fit pas sans résistance. Beaucoup virent dans ce raz-de-marée intellectuel *une tentative de coup d'État* : les descendants d'Adam Smith n'étaient-ils pas en train de vouloir faire de leur terrain de prédilection la science humaine²⁰⁴ ?

²⁰¹ Ludwig Von Mises, *L'action Humaine - Traité d'Économie*, Les Belles Lettres, 2014 [1949].

²⁰² Il est relativement difficile d'être exhaustif tellement l'œuvre de Gary Becker est conséquente, mais ses premiers travaux sur la discrimination (*The Economics of Discrimination*, University of Chicago Press, 1957) ainsi que sur la criminalité (« Crime and punishment : an economic approach » in *Journal of Political Economy* 1968, vol. 76, n° 2, p. 169-217) ou encore la famille (« A Theory of Marriage » in *Journal of Political Economy* 1973, vol. 81, n° 4, p. 813-846) ne sont que la genèse d'une approche économique plus globale du comportement humain dans son ensemble (voir notamment *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, 1978). La formule de Gary Becker, restée célèbre depuis sa *Nobel Lecture*, consistait à affirmer qu'il fallait « voir la vie de façon économique » (« Nobel Lecture : The Economic Way at Looking at Behavior » in *Journal of Political Economy* 1993, vol. 101, n° 3, p. 385-409 ; traduction française disponible in *Journal des Économistes et des Études Humaines*, vol. 4, n° 2-3, juin-septembre 1993).

²⁰³ Le cœur du raisonnement se trouve dans la formule de Ludwig Von Mises lorsque celui-ci affirme que « Dès lors, l'économie ne constitue pas un secteur nettement délimité de l'action humaine. Le domaine de l'économique, c'est celui de l'action rationnelle : l'économie intervient partout où devant l'impossibilité de satisfaire tous les besoins, l'homme opère un choix rationnel » (*Le socialisme, étude économique et sociologique*, Librairie de Médicis, 1938 [1922], p. 143).

²⁰⁴ Sur le sujet de « l'impérialisme économique », on consultera la thèse de Jean Baptiste Fleury, *L'extension de la science économique hors de ses frontières traditionnelles : Le cas américain (1949-1992)*, sous la direction

Face à cet impérialisme économique, l'instinct de survie fut vif, notamment en Europe, où l'AED conserve un retard considérable. En France, la matière émerge timidement : les ouvrages traitant du sujet sont relativement rares²⁰⁵, et le déséquilibre est manifeste au regard de la somme considérable que constitue la littérature anglo-saxonne sur ce même sujet²⁰⁶. Mais pourquoi un tel rejet ? Il est un euphémisme que de dire que l'AED doit encore conquérir ses lettres de noblesse et sa crédibilité auprès du monde universitaire français. Tenter d'en comprendre les raisons n'est cependant pas aisé au regard de la multiplicité des facteurs – politiques, intellectuels et même conceptuels – jouant un rôle déterminant dans cette aversion (*cf. infra*).

Comment le droit influence-t-il les comportements économiques ? Telle était la question centrale de l'AED jusqu'à la fin du XIX^e siècle. **Mais aujourd'hui, cette question ne suffit plus à résumer l'importance qu'elle recouvre, puisque l'AED entend analyser le droit dans ses conceptions les plus étendues. Mieux, si l'on aurait pu borner l'AED à l'analyse des impacts sur l'économie – entendu au sens large depuis Gary Becker – de la règle de droit, de l'institution juridique et de leurs transformations, force est de constater que ce bornage n'a pas eu lieu.** À l'étude des comportements traditionnellement considérés comme ne relevant pas de l'économie va s'ajouter l'analyse économique de la politique, de la décision publique et du rôle des institutions dans un objectif d'appréhension, d'explication et d'évaluation. Pourtant, loin de connaître le succès auprès des juristes, la matière ainsi

de Philippe Fontaine et Jean-Pierre Potier soutenue le 14 mai 2009 à l'Université Lyon II. Le mouvement ne s'est cependant pas développé sans subir de critique, y compris par certains économistes eux-mêmes, en atteste l'ouvrage de Ben Fine & Dimitris Milonakis, *From Economics Imperialism to FREAKONOMICS : The Shifting Boundaries Between Economics and other Social Science*, Routledge, 2009. La critique n'est, à notre sens, pas fondée mais mérite attention. Notre position se confond avec celle de Ralph William Souter lorsque celui-ci affirme que « Le salut de la science économique au XX^e siècle repose sur un « impérialisme économique » éclairé et démocratique, qui envahit les territoires de ses voisins, non pour les asservir ou pour les absorber, mais pour les aider et les enrichir et promouvoir leur croissance autonome par le même processus qui lui permet de s'aider et de s'enrichir » (« The salvation of Economic Science in the twentieth century lies in an enlightened and democratic 'economic imperialism', which invades the territories of its neighbors, not to enslave them or to swallow them up, but to aid and enrich them and promote their autonomous growth in the very process of aiding and enriching itself ») in *Prolegomena to Relativity Economics : An Elementary Study in the Mechanics of an Expanding Economic Universe*, Columbia University Press, 1933, p. 94. On remarquera cependant l'interprétation audacieuse de Jack Vromen sur ce sujet, estimant que les économistes ne font que « s'amuser » à appliquer leurs théories à des domaines inhabituels (« *The booming economics-made-fun genre : more than having fun, but less than economics imperialism* » in *Erasmus Journal for Philosophy and Economics* 2009, vol. 2, n° 1, p. 70-99). Le caractère en apparence peu sérieux, ou vulgarisé à l'extrême, de ces travaux (voir par exemple Steven Levitt & Stephen Dubner, *Freakonomics*, Harper, 2009 et *Super Freakonomics*, Harper, 2011) se veut justifié pour des raisons commerciales mais ne reflètent en rien la réalité des recherches, lesquelles ne sacrifient nullement la méthodologie économique.

²⁰⁵ Pour un aperçu de celle-ci, le lecteur est invité à consulter la bibliographie.

²⁰⁶ La littérature française se veut en effet relativement restreinte avec près d'une centaine d'articles et d'ouvrages en tout et pour tout, alors que l'on décomptait déjà, en sus des revues déjà existantes (*Journal of Law and Economics*, *Journal of Legal Studies*) plus d'une centaine d'ouvrages et plus d'un millier d'articles sur le sujet aux États-Unis dans les années 1970 (Ejan Mackaay, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? » in *Revue de Droit Henri Capitant* n° 1, décembre 2010, *Regards civilistes sur l'Analyse Économique du Droit*). La littérature contemporaine est si vaste que des ouvrages y sont maintenant intégralement dédiés : voir en ce sens Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest (dir.), *Bibliography of Law and Economics*. Pour un condensé de cette littérature, voir également Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar, 5 volumes, 2000 (disponible gratuitement en ligne sur <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>).

transformée fut – et est toujours – largement rejeté par le monde académique français pour diverses raisons. Avant de comprendre ces dernières, encore faut-il cerner véritablement ce qu’est devenue la matière aujourd’hui.

§2 Le renouveau de la matière : la *Law and Neoclassical Economics*

« Univers complexe et composite » pour Jean-Yves Cherot²⁰⁷, l’AED contemporaine peut, au premier abord, se révéler quelque peu difficile d’approche. Pour reprendre la formule de Neil Duxbury « Aujourd’hui, l’Analyse Économique du Droit s’avère être un sujet où la confusion et la controverse règnent. Définir la matière est équivalent à essayer de manger des spaghettis avec une cuillère. L’Analyse Économique du Droit peut être positive, normative, néo-classique, institutionnaliste, autrichienne... bref, la matière est alourdie par une multitude de méthodologies et de perspectives concurrentes qui ne sont pas toujours facilement différenciables »²⁰⁸. En réalité, Duxbury ne fait qu’exprimer l’idée selon laquelle l’AED a sans aucun doute été victime de son propre succès : non contente de connaître un profond renouveau, la matière va, en raison de ce même renouveau, bifurquer en différentes finalités. Et face aux champs d’études considérables que constituait la matière ainsi renouvelée, bon nombre d’économistes – quelle que soit leur appartenance doctrinale – s’y sont intéressés, si bien qu’une pluralité d’écoles de pensées est à distinguer.

⇒ La question de la matière :

Économie Politique ou Analyse Économique du Droit ?

Nous l’avons exprimé *supra*, il y a toujours eu une AED en ce sens que droit et économie semblent intimement liés, et que les textes classiques démentent formellement une quelconque indépendance des domaines. Mais la matière en tant que telle n’est-elle pas que de l’Économie Politique jusque dans les années 1960 ? En effet, pour Philippe Simonnot, l’Analyse Économique du Droit – et au sens large de l’État – ne serait qu’une « branche contemporaine » de l’Économie Politique²⁰⁹. C’est-à-dire qu’après s’être *confondue* avec l’Économie Politique jusque dans les années 1960, l’AED aurait connu un renouveau méthodologique tel, que son champ d’étude s’en serait retrouvé élargi de manière exponentielle. En réalité, la thèse se vérifie²¹⁰ et le débat ne porte pas sur la confusion Économie Politique/Analyse Économique du Droit mais sur son indépendance : l’AED est-elle toujours une branche de l’Économie Politique ou bien est-elle sortie de ce champ ? À notre sens, la réponse est affirmative (**annexe I**).

²⁰⁷ « Trois thèses de l’Analyse Économique du Droit – Quelques usages de l’approche économique des règles juridiques » in *Revue de la Recherche Juridique*, « L’Analyse Économique du Droit », *op. cit.*, p. 443-453.

²⁰⁸ « Today, law and economics is a subject over which controversy and confusion reign. Defining the subject is like trying to eat spaghetti with a spoon. Law and economics can be positive, normative, neo-classical, institutional, Austrian – quite simply, the subject is weighed down by a multitude of competing methodologies and perspectives which are not always easily distinguishable » in *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, 1995, p. 314.

²⁰⁹ Philippe Simonnot, *op. cit.* p. 11.

²¹⁰ Comme le note justement Claude Fluet, « Jusqu’au début des années 1960, il est probablement assez juste de dire que l’interface entre analyse et droit se limitait à l’étude des situations où la législation a des visées économiques évidentes, notamment dans le cas où elle détermine ou modifie l’organisation même des marchés » (Claude Fluet, « L’analyse économique du droit » in *Économie Appliquée*, vol. 63, n° 3, p. 53-66).

Il est cependant important d'expliquer la scission opérée depuis les années 1960. En effet, jusqu'à cette période, l'AED s'est *confondue* avec l'Économie Politique en raison de la conception même du droit : un ensemble de règles et de sanctions qui ont des conséquences économiques, et dont l'analyse se veut donc strictement limitée. Jusque-là, la législation, la réglementation, l'appareil judiciaire, les modes d'application et de respect du droit... sont perçues comme ayant des conséquences sur le comportement des individus et sur le fonctionnement et les performances du marché. **De ce point de vue, le droit influence le cadre social, en ce sens que l'individu rationnel se comporte et poursuit ses propres objectifs économiques sous la contrainte de la règle de droit** (l'individualisme méthodologique est évidemment de rigueur). **Si bien que l'Économie Politique se confond avec l'Analyse Économique du Droit au sens restreint du terme puisque qu'elle ne fait qu'étudier « des comportements sociaux régulés par la règle de droit »²¹¹, ou tout du moins les conséquences sociales de la règle de droit.** Car évidemment, la règle de droit ne contrôle pas directement le comportement des citoyens, mais seulement les conséquences de leurs actions. Par principe, les sujets de droit restent libres d'agir et réagir aux règles, et non forcément en fonction du sens souhaité par le législateur : comme l'écrit Adam Smith, « sur le grand échiquier de la société humaine, chaque pièce a son propre principe de mouvement, tout à fait différent de celui dont le législateur pourrait vouloir "l'imprégner" »²¹².

Autrement dit, jusqu'aux années 1960, l'AED se borne à étudier les conséquences de la règle de droit et de ses modifications sur le comportement individuel, sur l'économie en général. L'économiste pouvait prétendre à la compréhension de l'économie en fonction du cadre juridique (là où le juriste ne pouvait appréhender les effets économiques de la règle de droit, l'économiste le pouvait) et pouvait, en conséquence, critiquer la règle et/ou prédire ses effets grâce à l'histoire de la pensée et/ou des faits économique mais également à l'aide de la théorie économique (approche critique et prédictive). De ce point de vue, l'AED appelait déjà à la complémentarité des deux matières, les juristes ayant pour habitude d'analyser la règle de droit non pas au regard de ses effets économiques, mais de la structure interne du droit, c'est-à-dire de la jurisprudence, de la doctrine, et de l'esprit des lois. Dans cette optique, le législateur est donc présent pour produire un droit prévenant et régulant les conflits entre individus, mais également influençant les incitations productives et les capacités d'agir : les exemples les plus connus sont bien évidemment l'analyse économique de la fiscalité, du salaire minimum, de l'assistance aux pauvres, de la concurrence et du monopole, ou encore du libre-échange et du protectionnisme²¹³. **L'AED, jusque dans les années 1960, se confond donc avec l'Économie Politique parce qu'elle est une composante de l'économie du politique – c'est-à-dire l'économie des règles mises en place par le politique – sans formalisation mathématique ni même méthodologie propre.**

²¹¹ Jean-Yves Cherot, « Trois thèses de l'Analyse Économique du Droit », *op. cit.*

²¹² *Théorie des Sentiments Moraux*, PUF, 3^e édition, 2014 [1759], VI^e partie, section II, chapitre II, p. 324.

²¹³ Nous le répétons ici volontairement : les économistes classiques n'ont jamais eu la prétention de se couper définitivement des autres sciences humaines, ni de la question sociale, politique, et donc juridique : c'est donc l'intégralité des conséquences des règles juridiques mises en place par la politique qui est analysée dans leurs œuvres respectives.

Mais avec Posner (cf. *infra*) cette confusion avec l'Économie Politique va disparaître : en s'autonomisant, l'AED va devenir la *Law and Neoclassical Economics*²¹⁴ – dont le langage se veut fortement modélisé – et ne se borne plus à étudier les conséquences de la règle de droit et de ses modifications sur le comportement individuel, mais, bien au delà, va s'intéresser aux institutions juridiques, aux juges, aux doctrines, à la jurisprudence, bref, au droit entendu de façon extensive. N'est plus seulement étudié l'individu comme sujet du droit, ni même les conséquences de la règle sur ce dernier, mais le droit en général par le biais de la méthodologie économique. L'objectif est dès lors « 1°) d'analyser l'influence de la règle ou de l'institution juridique sur le comportement individuel, 2°) d'expliquer pourquoi une règle ou une institution juridique décline ou perdure, 3°) de permettre de calibrer la règle ou l'institution juridique à des fins particulières, 4°) d'évaluer la règle ou l'institution juridique, et 5°) de permettre d'interpréter une doctrine juridique spécifique »²¹⁵.

⇒ le renouveau de la matière : la *Law and Neoclassical Economics*

Viennent alors les années 1960 aux États-Unis et la révolution beckerienne, laquelle s'apparente à un véritable « renouvellement de la manière dont les économistes tentent de comprendre les conséquences du droit sur le fonctionnement de l'économie »²¹⁶. L'économiste qui, par le passé, ne pensait pas appliquer les outils microéconomiques dont il disposait (théorie des prix, coûts de transaction, théorie des jeux, etc.) aux domaines situés en dehors du monde marchand – et encore moins au droit – va radicalement changer d'attitude²¹⁷ : à l'Université de Chicago, Ronald Coase, prix Nobel d'Économie 1991, va, dans la lignée de ses précédents articles²¹⁸, s'intéresser au problème du coût social²¹⁹.

²¹⁴ En référence à la révolution méthodologique consistant dans l'application des outils microéconomiques hérités de l'École néoclassique.

²¹⁵ Nous reprenons ici la synthèse de Lewis Kornhauser, pour qui les grands projets de l'Analyse Économique du Droit incluent « (1) explanations of how legal rule or institution influences individual behavior ; (2) explanations of why particular legal rules or institutions arose or persist ; (3) the design of legal rules or institutions to accomplish particular aims ; (4) the evaluation of legal rules of institutions ; (5) the interpretation of specific legal doctrine » (Lewis Kornhauser, « Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions » in Martin Golding & William Edmundson, *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, 2004, p. 68).

²¹⁶ Samuel Ferey, *Une histoire de l'Analyse Économique du Droit : calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, 2008, p. 2.

²¹⁷ Le lecteur doit garder à l'esprit que parallèlement à la naissance de l'Analyse Économique du Droit naît son corollaire, à savoir l'analyse économique de la politique et de la décision publique, plus connue sous l'expression « Public Choice », avec notamment Charles Tiebout (« A Pure Theory of Local Expenditures » in *The Journal of Political Economy*, 1956, vol. 64, n° 5, p. 416-424), Anthony Downs (*An Economic Theory of Democracy*, Prentice Hall, 1957), Duncan Black (*The Theory of Committees and Elections*, Cambridge University Press, 1958) James Buchanan et Gordon Tullock (*The Calculus of Consent*, University of Michigan Press, 1962), William Nordhaus (« The political Business Cycle » in *The Review of Economic Studies* 1975, vol. 42, n° 2, p. 169-190) ou encore Geoffrey Brennan et Loren Lomasky (*Politics and Process : New Essays in Democratic Theory*, Cambridge University Press, 1989 ; *Democracy and Decision : The Pure Theory of Electoral Preference*, Cambridge University Press, 1993). Pour une approche en langue française de la matière, voir Bruno Jérôme & Véronique Jérôme-Speziari, *Analyse économique des élections*, Economica, 2010. Sur Charles Tiebout en particulier, voir Hervé Magnouloux, *L'Économie Politique constitutionnelle : la production des règles de la démocratie*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction de Jean-Pierre Centi, soutenue à l'Université Paul Cézanne en 1993.

²¹⁸ Ronald Coase, « The nature of the firm » in *Economica*, 1937, vol. 4, p. 386-405 ; « The Marginal Cost Controversy » in *Economica* 1946, vol. 13 p. 169.

²¹⁹ « The Problem of Social Cost » in *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, n° 1, p. 1-44.

L'article – avec celui sur l'approche contractuelle de la firme²²⁰ – est pionnier et fondateur en ce sens que, pour Boualem Aliouat, « les relations entre le système économique et le système juridique sont pour le moins complexes, et de nombreux effets, liés aux changements de législation, sur le fonctionnement du système économique sont encore méconnus. La mission que s'impose Ronald Coase est précisément d'examiner l'influence du droit sur le fonctionnement du système économique, et, en un certain sens, la relation inverse »²²¹. Ainsi Coase « observe que les droits sont exercés dépend du comportement des bénéficiaires de ces droits, et si ces dispositions résultent de transactions de marché, elles auront tendance à inciter les acteurs à une utilisation des droits dans le sens le plus valorisant, au delà des coûts de transaction. Et par extension, les coûts de transaction jouent un rôle décisif dans la façon dont les droits seront utilisés »²²².

Et dans la lignée Coasienne, d'autres économistes appartenant à l'Université de Chicago vont porter leurs travaux respectifs sur les principaux concepts juridiques : ainsi Harold Demsetz²²³, Eirik Furubotn²²⁴ et Steve Pejovich²²⁵ vont s'intéresser à la propriété, Aaron Director et Robert Bork au droit de la concurrence²²⁶. Du côté des juristes, Guido Calabresi portera un intérêt à la responsabilité extra-contractuelle²²⁷, avant que Richard Posner ne réalise la synthèse absolue avec son célèbre ouvrage *Economic Analysis of Law* publié en 1973²²⁸. Ce dernier marquera alors « incontestablement la mise en place de l'économie du droit au sein de l'École de Chicago comme un paradigme capable de penser, autour d'un cœur analytique et d'une méthodologie unique, une théorie économique du droit »²²⁹.

²²⁰ Dans « *The nature of the firm* », Coase s'interrogera sur la première entité juridique et économique qu'est la firme : en souhaitant expliquer sa raison d'être, l'auteur en arrive à la conclusion que la firme est un « mode de coordination des transactions alternatif au marché ». En effet, si le marché n'est pas l'unique moyen de coordonner l'activité économique (face au marché et sa coordination des agents par le prix s'oppose la firme, dont la coordination est administrative et hiérarchique) c'est qu'il existe des coûts à recourir au système de prix : ce sont les coûts de transaction (recherche d'information, négociation des contrats, contractualisation répétée, etc.). Si bien que lorsque ces coûts sont supérieurs aux coûts d'organisation interne, la coordination dans la firme s'impose. Cette vision contractuelle de la firme (Coase parlera de « noeud de contrats ») sera le point de départ d'une analyse rigoureuse des relations contractuelles spécifiques entre agents (le but est de comprendre quels contrats sont mis en place et pourquoi) notamment reprise et complétée par Oliver Williamson dans son article « Transaction Cost Economics : the Governance of Contractual Relations » in *Journal of Law and Economics*, 1979, vol. 22, n° 2, p. 233-261.

²²¹ Présentation française de Ronald Coase, *L'entreprise, le marché et le droit*, Éditions d'Organisation, p. 10.

²²² *Idem*.

²²³ « The Exchange and Enforcement of Property Rights » in *Journal of Law and Economics* 1964, vol. 7, p. 11-26 ; « Toward a Theory of Property Rights » in *American Economic Review* 1967, vol. 62, p. 347-359.

²²⁴ Eirik Furubotn, « Property Rights and the Behavior of the Firm in a Socialist State : the example of Yugoslavia » in *Zeitschrift für Nationalökonomie*, 1970, vol. 30, p. 431-454.

²²⁵ Steve Pejovich, « The Firm, Monetary Policy and Property Rights in a Planned economy » in *Western Economic Journal* 1969, vol. 42, p. 277-281.

²²⁶ Aaron Director & Robert Bork, « Vertical Integration and the Sherman Act : The Legal History of an Economic Misconception » in *University of Chicago Law Review* 1954, vol. 22-1, p. 157-201 ; Aaron Director & Robert Bork, « The Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act » in *Journal of Law and Economics* 1966, vol. 9, p. 7-48.

²²⁷ Guido Calabresi, « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts » in *Yale Law Journal* 1961, vol. 70, n° 4, p. 499-553 ; *The Cost of Accidents : A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.

²²⁸ L'ouvrage en est à sa 9^e édition (Wolters Kluwer Law & Business, 1026 P., 2014).

²²⁹ Samuel Ferey, *Une histoire de l'Analyse Économique du Droit*, op. cit. p. 4.

Car malgré les articles précurseurs déjà évoqués, force est de constater qu'à l'époque, le champ de recherche demeure flou quant à son objet. Cherche-t-on à expliquer les fonctions du droit ? Ses causes ? Sa nature ? Ou simplement à étudier les réactions d'individus au droit sur la base d'un postulat de rationalité ? Pour Posner, l'Analyse Économique du Droit doit « expliquer les comportements individus (et agrégés) en réaction aux incitations constituées par les sanctions rattachées aux normes du droit [...] » et « utiliser la théorie économique comme un modèle d'explication de l'émergence des normes »²³⁰. Et l'auteur montrera l'exemple en matière de modèle d'explication puisque – toujours sous l'influence de Ronald Coase – celui-ci considère qu'il faut « étudier les règles de droit comme des modes de coordination spécifiques lorsque le marché est défaillant, c'est-à-dire lorsqu'il existe des coûts de transaction. À ce titre, les règles de droit ne fournissent pas simplement des cadres à l'action économique mais sont d'authentiques moyens pour résoudre des problèmes de coordination. Dans le même temps [...] Posner, ramène les phénomènes juridiques vers le marché en affirmant que le marché l'aurait fait s'il avait pu fonctionner »²³¹. Cette dernière idée s'avère fondamentale chez Posner : pour celui-ci, le système de *Common Law* est efficace, car caractérisé par le fait que les juges « imitent le marché », c'est-à-dire appliquent systématiquement la solution sur laquelle les parties au litige se seraient entendues si elles avaient pu négocier ou contracter ensemble.

Ainsi pour Elisabeth Krecké, « le courant de Posner marque [...] en termes renouvelés, un retour en force de la vision benthamienne définissant le droit comme un instrument au service de la politique sociale utilitariste. Il développe ainsi une vision purement instrumentale du monde social, dans laquelle le droit devient une affaire de calcul, de gestion et de maximisation. L'univers juridique de l'Analyse Économique du Droit se confond avec l'espace économique de la théorie néo-classique : le droit est censé fonctionner selon une logique de marché [...] ou, plutôt, il devient un instrument qui est censé simuler le système de marché en cas de défaillance de celui-ci »²³². Si bien « qu'en tant qu'acteur économique parfaitement rationnel, le juge agirait comme un remplaçant du marché dans les cas où, à cause de coûts de transaction prohibitifs, celui-ci est incapable de générer un optimum social »²³³. Autrement dit, pour Posner, les juges ne font que « maximiser la richesse sociale » en lieu et place du marché dès lors que celui-ci s'avère incapable de le faire. Mais s'il lui a assuré son succès, ce postulat est cependant loin de faire l'unanimité. Sans doute parce que, comme le note très justement Elisabeth Krecké, « il est évident que le juge de l'Analyse Économique du Droit ne ressemble guère au juge du monde réel »²³⁴. Qu'importe : jusqu'au milieu des années 1980, Posner demeure le chef de file de l'Analyse Économique du Droit, avant que de nombreuses autres voix ne commencent à se faire entendre. L'éclatement de la matière – partiellement responsable de sa complexité apparente – se traduit alors par la naissance d'une pluralité d'écoles en Analyse Économique du Droit.

²³⁰ Bruno Deffains & Samuel Langlais, *Analyse Économique du Droit : principes, méthodes résultats*, op. cit., p. 20.

²³¹ *Idem*.

²³² « De l'autonomie du droit à l'impérialisme économique : une réflexion sur le statut normatif des sciences juridiques modernes » in Arnaud Berthoud, Bernard Delmas & Thierry Demals (dir.), *Y a-t-il des lois en économie ? Actes du 11^e Colloque International de l'ACGEPE, Association Charles Gide pour l'Étude de la Pensée Économique*, Presses Universitaires du Septentrion, 2007, p. 516.

²³³ *Idem*.

²³⁴ *Idem*.

⇒ La dissidence de la matière : une pluralité d'écoles

Pourquoi une pluralité d'écoles en Analyse Économique du Droit ? Simplement parce qu'au delà du contesté et contestable postulat Posnerien, c'est la nature même de l'analyse économique qui est en cause. Pour Bruno Deffains et Eric Langlais, « il est assez normal que l'évolution de l'Analyse Économique du Droit reflète également les évolutions de fond qui traversèrent alors les deux disciplines »²³⁵. Non pas que l'histoire de la pensée économique ait été parfaitement homogène jusque là – en témoignent successivement le mercantilisme, la physiocratie, le (néo)classicisme, le marxisme et le keynésianisme²³⁶ – mais le modèle néo-classique contemporain, toujours dominant, va voir ses hypothèses de départ légèrement nuancées. Essentiellement caractérisée par l'utilisation d'une microéconomie individualiste, d'une approche concurrentielle du marché et l'étude de ses dysfonctionnements, l'approche néo-classique se distingue par le postulat de rationalité des agents économiques. La prémisse ne sera alors non pas réfutée de manière absolue, mais simplement nuancée par deux courants : l'économie comportementale (*Behavioral Economics*)²³⁷ et le néo-institutionnalisme (*New Institutional Economics*)²³⁸. Dans

²³⁵ Brunos Deffains & Samuel Langlais, *Analyse Économique du Droit : principes, méthodes résultats*, op. cit., p. 13.

²³⁶ Sur l'Histoire de la Pensée Économique, voir Charles Gide & Charles Rist, *Histoire des doctrines économiques*, Sirey, 1947 ; André Piettre & Alain Redslob, *Pensée économique et théories contemporaines*, Dalloz, 8^e édition, 1986 ; Roger Dehem, *Histoire de la pensée économique : des mercantilistes à Keynes*, Dunod, 1984 ; Alain Barrère, *Histoire de la pensée économique et analyse contemporaine*, deux tomes, Montchrestien, 1984 ; Émile James, *Histoire de la pensée économique*, Montchrestien, 1969 ; Claude Jessua, *Histoire de la théorie économique*, PUF, 1991 ; Daniel Villey & Colette Neme, *Petite histoire des grandes doctrines économiques*, Marie-Thérèse Genin, 1973 ; Gaetan Pirou, *Traité d'Économie Politique*, tome I, Sirey, 1946 ; Mark Blaug, *La pensée économique, origine et développement*, Economica, 4^e édition, 1986 ; Robert Heilbroner, *Les grands économistes*, Seuil, 1971 ; Luc Bourcier de Carbon, *Essai sur l'histoire de la pensée et des doctrines économiques*, trois tomes, Montchrestien, 1971 ; Joseph Aloïs Schumpeter, *Histoire de l'analyse économique*, trois tomes, Gallimard, 1983.

²³⁷ Pour une présentation de la discipline, voir notamment Nick Wilkinson & Matthias Klaes, *An Introduction to Behavioral Economics*, Palgrave Macmillan, 2^e édition, 2012 ; Edward Cartwright, *Behavioral Economics*, Routledge, 2014 ; Floris Heukelom, *Behavioral Economics : A History*, Cambridge University Press, 2014.

²³⁸ Deux courants sont cependant à distinguer : le « *old institutionalism* » tout d'abord, notamment représenté par Thorstein Veblen (1857-1929), John Rogers Commons (1862-1945), Wesley Mitchell (1874-1948), Clarence Ayres (1891-1972), Adolf Berle (1895-1971), Gunnar Myrdal (1898-1987), ou encore John Kenneth Galbraith (1908-2006). Cette doctrine s'avère fortement influencée par l'historicisme allemand de Gustav Schmoller (1838-1917) et s'oppose au paradigme néo-classique en ce qu'elle rejette l'individualisme méthodologique (pour une approche du sujet, voir notamment, Laure Bazzoli, *L'économie politique de John R. Commons : essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, L'Harmattan, 2000 ; Cyrille Ferraton, « Les valeurs guident et accompagnent notre recherche », *L'institutionnalisme de Myrdal*, ENS Éditions, 2009). Ce mouvement est aujourd'hui toujours représenté par un certain nombre d'auteurs, tel que Geoffrey Hodgson (voir notamment *Economics and Institutions. A Manifesto for a Modern Institutional Economics*, Polity Press, 1988 ou encore « The Return of Institutional Economics » in Neil Smelser & Richard Swedber (dir.), *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton University Press, 1994, p. 58-76). Vient ensuite le néo-institutionnalisme (ou « nouvelle économie institutionnelle ») qui ne doit être confondu ni avec la version contemporaine du « *old institutionalism* » (Geoffrey Hodgson) ni avec l'approche économique des institutions (cf. section I, § 2 du présent chapitre). Le néo-institutionnalisme est la résultante de l'application des outils néoclassiques standards à l'analyse des institutions (Ronald Coase, « The Nature of the Firm », op. cit., Ronald Coase, « The New Institutional Economics » in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 1984, vol. 140, p. 229-231 ; Oliver Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, 1985 ; Oliver Williamson, « The New institutional Economics :

les deux cas, le constat est le même : la rationalité de l'*homo œconomicus* peut être émoussée par des facteurs psychologiques d'une part, par les incitations produites par les institutions d'autre part. L'AED connaîtra alors les mêmes divergences sur les mêmes sujets puisque se distinguent aujourd'hui une « *Behavioral Law and Economics* »²³⁹ et une « *Institutional Law and Economics* »²⁴⁰. Viennent ensuite l'école dite du « *Public Choice* », d'où découle une école pour qui le droit serait le résultat du fonctionnement du marché électoral²⁴¹, ou encore l'école autrichienne (cf. *infra*). Enfin, une multitude d'auteurs, qu'ils soient économistes ou juristes, se revendiquent également de l'AED bien que non rattachés à une école de pensée particulière. Tel est le cas, par exemple, de la « *Comparative Law and Economics* », fruit de l'AED et du droit comparé²⁴².

Deux précisions apparaissent alors importantes. Il serait faux, d'une part, de conclure que chaque école de pensée – à supposer que toute divergence constitue une

Taking Stock, Looking Ahead » in *Journal of Economic Literature* 2000, vol. 38, n° 3, p. 595-613 ; Eirik Furubotn & Rudolf Richter, *Institutions and Economic Theory : The Contribution of the New Institutional Economics*, University of Michigan Press, 1996 ; Eirik Furubotn, « The New Institutional Economics and the Theory of the Firm » in *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 45, n° 2, p. 133-153 et est, à ce titre, aujourd'hui considéré par une partie de la Doctrine comme intégré au paradigme néo-classique (voir notamment Bruno Théret, « Institutions et Institutionnalismes. Vers une convergence des conceptions de l'institution ? », in Michèle Tallard, Bruno Théret & Didier Uri (dir.), *Innovations institutionnelles et territoires*, L'Harmattan, 2000, p. 25-68). Pour une approche plus complète du sujet, voir Bernard Chavance, *L'économie institutionnelle*, La Découverte, coll. Repères, 2012.

²³⁹ Cass Sunstein, « Behavioral Analysis of Law » in *The University of Chicago Law Review* 1997, vol. 64, n° 4, p. 1175-1195 ; Christine Jolls, Cass Sunstein & Richard Thaler, « A Behavioral Approach to Law and Economics » in *Stanford Law Review* 1998, vol. 50, p. 1473-1548 ; Thomas Ulen, « The Growing Pains of Behavioral Law and Economics » in *Vanderbilt Law Review* 1998, vol. 51, p. 1747-1763 ; Cass Sunstein, *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000 ; Eyal Zamir & Doron Teichman (dir.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oup USA, 2014. Pour une approche en langue française de la pensée de Cass Sunstein, voir Bruno Deffains & Samuel Ferrey, *Agir et juger : Comment les économistes pensent le droit*, op. cit., p. 89 et suivantes.

²⁴⁰ Richard Posner « The New Institutional Economics Meets Law and Economics » in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 1993, vol. 149, p. 73-87 ; Allan Schmid, « Institutional Law and Economics » in *European Journal of Law and Economics*, 1994, vol. 1, n° 1, p. 33-51 ; Steven Medema, Nicholas Mercuro & Warren Samuels, « Institutional Law and Economics » in Baudouin Bouckaert & Gerrit De Geest (dir.), *The Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2000, p. 418-455.

²⁴¹ Dennis Mueller, François Facchini, Martial Foucault & Mickaël Melki, *Choix Publics Analyse Economique des Décisions Publiques*, De Boeck, 2010 ; voir également Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, op. cit., p. 155 et suivantes.

²⁴² Ugo Mattei, « The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts » in *The American Journal of Comparative Law* 1995, vol. 43, n° 3, p. 427-444 ; Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press, 1999 ; Anthony Ogus « Competition Between National Legal Systems : A Contribution of Economic Analysis To Comparative Law » in *International and Comparative Law Quarterly* 1999, vol. 48, n° 2, p. 405-418 ; Simcon Djankov, Edward Glaeser, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes & Andrei Shleifer, « The new comparative economics » in *Journal of Comparative Economics* 2003, vol. 31, n° 4, p. 595-619 ; Roger Van den Bergh & Peter Camesasca, *European Competition Law and Economics : A Comparative Perspective*, 2^{de} édition, Sweet & Maxwell, 2006 ; Raffaele Caterina, « Comparative Law and Economics » in Jan Smits (dir.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2006, p. 161-171 ; Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, « The Comparative Law and Economics of Judicial Councils » in *Berkeley Journal of International Law* 2009, vol. 27, n° 1, p. 54-83 ; Ralf Michaels « The second wave of comparative Law and Economics? » in *University of Toronto Law Journal* 2009, vol. 59, n° 2, p. 197-213.

école²⁴³ – débouche sur un courant particulière en AED. D'autre part, ces exemples sont loin d'être exhaustifs en ce sens que si Posner reste une source considérable d'inspiration pour les auteurs, ces derniers se caractérisent aujourd'hui par l'utilisation d'une pluralité de méthodologie et d'outils dépassant de loin les paradigmes habituels. De la synthèse Posnerienne au pluralisme actuel, la situation peut paraître passablement complexe²⁴⁴ : sciences économiques et AED ont en réalité fonctionné en symbiose, puisant mutuellement chez l'autre théories, constats et postulats. De fait, la représentation intellectuelle de la matière s'avère délicate (cf. **annexe II, III et IV**) dans la mesure où celle-ci ne s'est pas développée de manière identique à l'histoire de la pensée économique. Mais parallèlement et presque en opposition au développement posnérien de l'AED, une école se distingue cependant de toutes les autres de par sa radicalité : l'école « autrichienne ». C'est en effet la méthodologie même – voire le sens donné à l'économie²⁴⁵ – qui diffère avec les successeurs de Carl Menger²⁴⁶. Il n'est donc pas étonnant que le principal clivage en AED se situe entre l'apport laissé par Friedrich Hayek et le corpus posnérien sur la question de sa finalité.

⇒ **La bifurcation de la matière : Analyse Économique du Droit positive ou normative ?**

Du point de vue la *finalité* de l'AED, deux conceptions ont vu le jour à partir du renouveau de la matière sur la base d'une simple interrogation logique : **une fois les conséquences de la norme de droit sur le comportement des agents économiques connus, tout l'enjeu est de savoir si 1°) le droit doit-il ou non être instrumentalisé à des fins particulières ? Et 2°) si oui, comment juger le droit à l'aune de cet effet ?** C'est ici la question de l'*instrumentalité du droit* : si le droit est l'expression même de valeurs, d'un idéal, alors le droit se doit d'être instrument utile non pas pour *encadrer* les comportements, mais les *transformer*, les *influencer*, voire les *façonner*. Autrement dit, l'ordre construit – interventionniste – prime : le législateur est certes là pour produire un droit prévenant et régulant les conflits entre individus, mais également un droit fondamentalement politique au sens premier du terme, à savoir qu'il est un instrument de régulation sociale au service d'un idéal politique et culturel. *Exprimé différemment, l'AED normative sert à transformer le droit pour ce*

²⁴³ Les nuances apportées au modèle néo-classique par le comportementalisme et l'institutionnalisme les autonomisent-elles pour autant ? En réalité, il semblerait que ceux-ci ne soient que des prolongements, voire un affinement du modèle néo-classique par la prise en compte de l'environnement dans lequel agissent les agents économiques. La question vaut également pour l'AED : peut-on *vraiment* parler d'AED institutionnaliste ou comportementaliste ?

²⁴⁴ Pour un aperçu complet du spectre intellectuel de l'AED, voir notamment Steven Medema & Nicholas Mercurio, *Economics and the Law : From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, 1998.

²⁴⁵ Alors que l'école néo-classique est essentiellement centrée vers le paradigme de la rareté, l'école autrichienne se caractérise par son choix pour le paradigme de la connaissance : dans le premier cas, l'économie est le moyen d'user de manière efficiente des ressources rares à des fins productives (étant donné la rareté, comment produire au mieux ?), alors que dans le deuxième cas, l'économie est le moyen productif rendre la rareté d'une ressource relative (d'où vient la rareté ? Comment l'éliminer ?). Les approches sont donc respectivement statiques et dynamiques.

²⁴⁶ Serge Schweitzer, *Le programme de recherche autrichien en méthodologie économique : essai de définition*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction de Jean-Pierre Centi, présentée et soutenue publiquement en 1987 à l'Université Aix-Marseille III, 687 p. ; Stéphane Longuet, *Hayek et l'école autrichienne*, Nathan, 1998 ; Renaud Fillieule, *L'école autrichienne d'économie : Une autre hétérodoxie*, Presses Universitaires du Septentrion, 2010.

qu'il devrait être (à ce titre, l'AED normative franchit un seuil méthodologique en produisant des recommandations de politiques publiques sur la base de comparaison et de calcul d'efficacité). Et dans cette perspective, la loi n'est plus considérée seulement comme un instrument de justice, mais comme un système d'incitation permettant d'orienter les comportements, ainsi qu'un instrument de politique économique permettant d'allouer au mieux les ressources entre les agents. C'est là le cœur de l'instrumentalisme juridique²⁴⁷.

Du point de vue positif au contraire, le droit part du constat de situations sociales existantes afin de les encadrer au mieux, sans les entraver. Le droit est dès lors conçu comme un régulateur social mais au profit de la société elle-même. **C'est ici toute la différence entre l'ordre construit et l'ordre spontané²⁴⁸ – et l'essence même du clivage entre l'école autrichienne et le corpus majoritaire en AED – à savoir le fossé existant entre la volonté de transformer les réalités sociales au profit d'un idéal, et celle de les considérer comme une donnée acquise, résultantes de l'expression de la liberté individuelle. Exprimé différemment, l'AED positive sert à expliquer et critiquer le droit tel qu'il est, généralement afin de plaider pour un ordre spontané.** Et force est de constater qu'initialement, l'AED se voulait essentiellement positive, car était d'inspiration et de conclusion libérale, et ce, bien avant la révolution beckerienne. Comme le note Vincent Valentin, « Le mouvement de l'analyse économique du droit s'intègre à l'histoire de la science économique et de la pensée libérale »²⁴⁹. Que font les économistes classiques sinon critiquer la politique économique de leur temps, dénonçant leurs « effets pervers », plaçant en conséquence pour un « laissez-faire » assumé ? Dès l'origine donc, le caractère libéral de l'AED est revendiqué, ce qui ne sera pas sans conséquences sur son développement en France puisqu'il sera collectivement rejeté (cf. *infra*). L'une des raisons est évidemment celle des tenants de l'ordre construit existant, lesquels voit en l'AED un procédé d'analyse étranger et hors de propos, en opposition par nature avec les fondements de leur système. Ainsi, pour le Conseiller d'État Bertrand du Marais, certains juristes « ne voient dans l'utilisation de la théorie économique qu'une tentative de justification idéologique ex post d'un certain type de droits, voire d'une certaine conception du droit qui serait d'inspiration exclusivement américaine et politiquement libérale »²⁵⁰.

On comprend dès lors pourquoi l'AED fut, dans un premier temps, fortement contestée en France : sans doute que la Doctrine y a décelée une arme politique au service d'une part de la *Common Law*²⁵¹, et d'autre part du libéralisme²⁵². Le fait que l'AED ait vu son renouveau prendre source au sein de l'Université

²⁴⁷ Lewis Kornhauser, *op. cit.*, p. 31 et suivantes. L'instrumentalisme peut toutefois s'entendre de trois manières différentes selon Kornhauser : 1°) les agents utilisent le droit comme moyen de leurs fins, 2°) le droit produit des conséquences sociales en ce sens qu'il instrumentalise les agents et, 3°) que chaque règle juridique est un moyen orienté vers une fin précise.

²⁴⁸ Voir à ce sujet Friedrich Hayek, *Droit Législation et Liberté*, PUF, 2^e édition, 2013.

²⁴⁹ *Les conceptions néo-libérales du droit*, *op. cit.*, p. 21.

²⁵⁰ Lewis Kornhauser, *L'Analyse Économique du Droit : fondements juridiques de l'Analyse Économique du Droit*, Michel Houdiard Editeur, 2011, p. 8.

²⁵¹ Que les juristes français, dans un quasi-instinct de survie, ont toujours refusé.

²⁵² Majoritairement positivistes, les juristes français sont en effet traditionnellement en faveur du marché dès lors que celui-ci se veut encadré et régulé par l'intervention de l'État, cet anti-libéralisme assumé tenant d'ailleurs plus de l'ignorance que d'une véritable connaissance de la philosophie juridique qu'est le libéralisme (cf. *infra*).

de Chicago n'a évidemment pas aidé l'implantation de la matière²⁵³. **Cet anti-libéralisme ne doit pas être sous-estimé : c'est parce que l'AED fut – et est toujours – perçue comme la justification (pseudo)scientifique du caractère non-instrumental et libéral de la *Common Law* qu'elle fut dans un premier temps ignorée**²⁵⁴. Evidemment, le raisonnement part du principe que la *Common Law* serait par nature non-instrumentale, et donc libérale²⁵⁵. Qu'en est-il vraiment ? Pour Lewis Kornhauser, « la pensée juridique n'a pas toujours été instrumentale, même aux États-Unis. Les historiens du droit [...] avancent que, jusqu'à la fin du XVIII^e ou le début du XIX^e siècle, la fonction juridictionnelle de la *Common Law* n'était pas instrumentale. Les juges découvraient la loi plutôt qu'ils la faisaient ; et ils ne la découvraient pas pour servir un quelconque objectif. Cette vision de la fonction juridictionnelle s'oppose radicalement à sa conception contemporaine aux États-Unis »²⁵⁶. Pourtant note Kornhauser, « l'instrumentalisme juridique est une idée complexe qui se situe au cœur de la conception du droit aux États-Unis [...] la culture juridique américaine est profondément instrumentale »²⁵⁷ si bien que « L'instrumentalisme domine la réflexion juridique. Il est omniprésent ; les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire agissent de façon normativement instrumentales [...] et le système dans son ensemble promeut des objectifs structurels plus ambitieux »²⁵⁸. L'argument justifiant le rejet de l'AED comme l'expression du libéralisme américain ne tient plus²⁵⁹ : comme déjà souligné par Kornhauser *supra*, l'utilisation de l'AED se fait aujourd'hui majoritairement pour produire des règles de droit instrumentales – non libérales donc – afin de s'assurer de leur efficience et de l'absence d'effets pervers. Cette vision benthamienne de l'AED est évidemment critiquable²⁶⁰.

²⁵³ L'Université de Chicago, si elle demeure l'une des plus importantes facultés d'économie au monde, fut en effet la seule à être relativement insensible à l'inspiration keynésienne des années 1950 aux années 1970. Pour cause, tous les grands économistes libéraux, de Theodore Schultz (1902-1998) à Milton Friedman (1912-2006) en passant par George Stigler (1911-1991), James Buchanan, (1919-2013) Friedrich Hayek (1889-1992), Gary Becker (1930-2014), Vernon Smith (1927-) ou encore Ronald Coase (1910-2013), tous y ont fait leurs carrières respectives sur le plan scientifique avant d'obtenir leur Prix Nobel.

²⁵⁴ Sans doute le traditionnel débat sur le caractère (ou non) scientifique du droit y fut pour quelque chose.

²⁵⁵ Selon la formule d'Éric Brousseau & M'hamed Fares, « Pour le droit civil, l'ordre social découle avant tout de la définition de principes et règles collectives dans le cadre desquelles les relations entre agents peuvent ensuite librement s'organiser, alors que la *Common Law* consacre une logique de liberté d'association sous le contrôle a posteriori de dispositifs de représentation de l'intérêt général chargés de s'assurer que les accords inter-individuels ne contreviennent pas aux intérêts des tiers et de la collectivité. Il suit que la liberté [...] peut être considérée comme plus étendue dans les systèmes de *Common Law* que dans les systèmes de *Droit Civil*. (Éric Brousseau & M'hamed Fares, « Règles de droit et inexécution du contrat : l'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé » in *Revue d'économie politique* 2002, vol. 112, n° 6, p. 823-844).

²⁵⁶ Lewis Kornhauser, *op. cit.*, p. 45.

²⁵⁷ Lewis Kornhauser, *op. cit.*, p. 31.

²⁵⁸ Lewis Kornhauser, *op. cit.*, p. 46.

²⁵⁹ L'argument est d'autant plus réfutable qu'il réduit l'AED à l'étude des conséquences du droit sur le comportement des individus afin de souligner ses effets pervers et plaider pour l'ordre spontané. Or, comme souligné *supra*, ce rôle est en réalité beaucoup plus large.

²⁶⁰ Le risque est en effet que l'AED puisse justifier une conception interventionniste ou même paternaliste du droit, laquelle s'avère évidemment anti-libérale. Comme le résume parfaitement Thierry Kirat, « [l'analyse économique du droit] repose sur le postulat qu'un changement dans les règles juridiques sera supposé exercer un effet sur les comportements humains est donc une théorie économique qui permettrait de prédire

Autrement dit, le débat porte donc sur le rôle du droit : si les deux conceptions ont en commun un cadre normatif – c'est-à-dire un ensemble de règles favorisant et limitant l'exercice de la liberté afin de tendre vers la prévention et la régulation des ordres sociaux – c'est l'absence ou présence d'un droit guidant, orientant, façonnant le comportement des agents au sein de ce même cadre qui diffère.

Evidemment, le propos *supra* renvoie à la deuxième question fondamentale de l'AED du droit, davantage connue de la philosophie juridique : **comment juger le droit ?** Autrement dit, quel doit être le ou les critère(s) prépondérant(s) dans l'évaluation de la norme de droit et des institutions juridiques ? L'AED contemporaine répond alors majoritairement – en raison de son fondement néo-classique – à cette dernière question de manière efficiente²⁶¹ : la norme de droit doit être jugée au regard de son utilité sociale. Autrement dit, la raison d'être du droit serait « de fournir un moyen d'évaluation des effets du droit sur le bien-être social et la position des individus, compte tenu du fait que les changements peuvent améliorer la situation de quelques uns et détériorer celle de quelques autres »²⁶², bien que les critères utilisés à cet effet puissent varier²⁶³. Pour l'école autrichienne au contraire, l'utilité sociale importe peu. Pour Friedrich Hayek notamment, le droit ne doit qu'avoir qu'un seul but : certes réguler les ordres sociaux mais avant tout et surtout protéger et garantir « l'ordre des anticipations », soit l'état dans lequel les individus peuvent former des prévisions qui ont de bonnes chances d'être exactes²⁶⁴. Autrement dit, le droit se doit d'être le gardien d'une situation dans

le comportement des individus en présence de règles juridiques. Selon A. Strowel trois éléments composent cette thèse : « a) le droit influence le comportement des individus ; b) l'influence est de nature économique ; c) le droit est implicitement conçu comme un instrument permet tant atteindre certains objectifs » [...] Ces trois éléments font objet un accord général entre l'utilitarisme de Bentham et le courant de l'analyse économique du droit, si ce n'est dans leurs détails, du moins dans leurs principes. Il en va de même avec leur conséquentialisme, ou leur commune vision instrumentale du droit. Néanmoins un examen plus attentif permet de repérer des lignes de fracture entre les deux positions, notamment sur les plans de la conception des fonctions du droit, du critère d'efficacité de la règle juridique et des avantages ou inconvénients de la Common Law. Pour Bentham le droit est avant tout un instrument d'éducation des hommes, bien plus un instrument de détermination des conduites. Il défend l'idée que le droit, plus précisément le droit produit par le législateur, édicte des principes qui correspondent à l'intérêt supérieur de la communauté, permettant aux individus de distinguer les actes bénéfiques de ceux qui ne le sont pas. De son côté, l'analyse économique du droit « exclut l'hypothèse selon laquelle les normes juridiques auraient un impact éducatif » (L.A. Kornhauser). Ce courant se refuse admettre que le droit puisse édicter un système ou une hiérarchie de valeurs ; il doit se cantonner à exercer une fonction de dissuasion » (nous soulignons ; « Économie et droit. De l'Analyse Économique du Droit à de nouvelles alliances ? » in *Revue économique*, vol. 49, n° 4, 1998, p. 1057-1087).

²⁶¹ Sur ce sujet, voir Jean-Pierre Centi, « Quel critère d'efficacité pour l'analyse économique du droit ? » in *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif* 1987-2, N. XII – 29 (12^e année – 28^e numéro), « L'Analyse Économique du Droit », actes des colloques tenus à Aix-en-Provence (mai 1986) et Corte (janvier 1986), Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987, p. 455-476 ; Elisabeth Krécké, *Le critère d'efficacité dans l'analyse économique du droit*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction de Jacques Gareilo, présentée et soutenue publiquement en 1993 à l'Université Aix-Marseille III.

²⁶² Thierry Kirat, *L'Économie du droit*, *Op.Cit.*, p. 63.

²⁶³ *Idem*, p. 63 et suivantes.

²⁶⁴ Comme l'énonce Hayek, « Par « ordre » nous désignerons toujours un état de choses dans lequel une multiplicité d'éléments de nature différente sont en tel rapport les uns aux autres que nous puissions apprendre, en connaissant certaines composantes spatiales ou temporelles de l'ensemble, à former des pronostics corrects concernant le reste ; ou au moins des pronostics ayant une bonne chance de s'avérer correct. Il est clair que toute société doit posséder un ordre en ce sens-là, et que souvent un tel ordre existera sans avoir été créé délibérément. » (Friedrich Hayek, *Droit, législation et liberté*, PUF, coll. Libre Échange, 1^{re} édition, 1980, p.42)

laquelle les individus arrivent à anticiper, à se projeter dans l'avenir ; l'incertitude n'est pas éradiquée, mais elle ne paralyse pas non plus les agents. Pour Hayek, cette « protection des anticipations légitimes » est le critère du bon droit²⁶⁵. À ce titre, le droit se doit d'être universel, général, stable et prédictible, à l'image d'Adam Smith qui plaidait déjà à son époque pour un droit – fiscal, mais le raisonnement vaut pour l'ensemble du droit – juste, stable, raisonnable et efficace²⁶⁶. À défaut, si les anticipations des agents ne sont pas protégées (et c'est là le cœur de la théorie du cycle économique autrichien), leurs calculs économiques – pris au sens large – ont de sérieuses chances d'être faussés, entraînant ainsi des déséquilibres économiques cycliques²⁶⁷.

²⁶⁵ Le critère n'est pas spécialement novateur en ce sens qu'il rejoint ce que les juristes appellent depuis longtemps la *sécurité juridique*, soit « toute garantie, tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins réduire l'incertitude dans la réalisation du droit » (Gérard Cornu, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 1992, p. 752).

²⁶⁶ *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre V, Section II « Des impôts », p. 104.

²⁶⁷ Sur la théorie du « mal-investissement » développée par Friedrich Hayek, voir Christelle Mougeot « Théorie autrichienne du cycle et théorie des cycles d'équilibre » in *Revue française d'économie* 2009, vol. XXIV, n° 4, p. 67-92 ; Gilles Dostaler, « La genèse et l'évolution de la théorie des cycles de Hayek » in *L'actualité économique*, vol. 77, n° 2, juin 2001, p. 207-230 ; François Facchini, « La théorie autrichienne des cycles : une théorie de la récurrence des erreurs collectives d'anticipation » in *L'actualité économique*, vol 80, n° 1, mars 2004, p. 67-94.

SECTION III

LA RÉCEPTION DE L'AED EN FRANCE : CRAINTES ET ESPÉRANCES

§1 Le rejet de l'Analyse Économique du Droit : l'exception française

Le constat est unanime : s'il y a un pays européen où l'Analyse Économique du Droit peine à s'imposer, c'est bien dans l'Hexagone. S'il ne s'agit que d'un « échec relatif » pour Horatia Muir-Watt²⁶⁸ – notamment au regard de la timide *émergence* de la matière²⁶⁹ – force est de constater que tant les universités que les universitaires se contentent au mieux d'ignorer la matière, au pire de la critiquer sans vraiment la connaître. **Pour Pierre Legendre notamment, l'AED ne serait qu'une « mode passagère censée aligner la réflexion juridique sur la théorie du marché »²⁷⁰. À l'évidence, ces critiques ne sont pas fondées. D'autres juristes, en revanche, tiennent exactement le discours contraire : pour François Terré, l'AED serait « un courant original, fructueux, et mieux encore, indispensable »²⁷¹. Jean Carbonnier lui-même « reconnaissait le mariage universitaire des sciences économiques et juridiques [...] et leur complémentarité nécessaire »²⁷² ! Mais le rejet, loin d'être paradoxal au regard de la première**

²⁶⁸ « Les forces de résistances à l'Analyse Économique du Droit dans le droit civil » in Bruno Deffains (dir.), *L'Analyse Économique du Droit dans les pays de droit civil*, CUIJAS, 2002, p. 39 et suivantes.

²⁶⁹ Voir notamment, à titre d'illustration, Marie-Eve Joël & Suzanne Charvet-Protat, *Analyse économique de la protection judiciaire de la jeunesse*, CTNERHI, 1992 ; David Kolacinski, *Analyse économique des droits de l'homme*, PUR, 2004 ; Nathalie Chappe, *Économie et résolution des litiges*, Economica, 2005 ; Alexia Autenne, *Analyse économique du droit de l'actionnariat salarié : Apports et limites des approches contractualiste, néo-institutionnaliste et comparativiste de la gouvernance d'entreprise*, Bruylant, 2005 ; Michaël Faure, *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruylant, 2007 ; Bruno Deffains, Myriam Doriat-Duban & Eric Langlais, *Économie des actions collectives*, PUF, 2008 ; Guillaume Royer, *L'efficacité en droit pénal économique : Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2009 ; Calixto Salomão Filho, *Histoire critique des monopoles : Une perspective juridique et économique*, LGDJ, 2010 ; Steve Boccara, *Responsabilité médicale et qualité des soins : Une analyse économique du droit*, Editions Universitaires Européennes, 2011 ; Russell Weaver & François Lichère, *Recours et analyse économique*, PUAM, 2011 ; Gwenola Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, 2014.

²⁷⁰ Cité par Bruno Deffains & Samuel Fercy in « Théorie du droit et analyse économique », *Working Paper*, ENS Lyon, juillet 2007.

²⁷¹ *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5^e édition, 2000, p. 427.

²⁷² Guillaume Royer, « Pour une économie du droit sans rigueur - L'analyse économique du droit et Jean Carbonnier » in Raymond Verdier (dir.), *Jean Carbonnier : l'homme et l'œuvre*, PUP, 2012, p. 483-500. Selon l'auteur, il s'avère que « Trop épris de culture, le Doyen Carbonnier ne pouvait négliger l'apport des sciences économiques dans la compréhension du juridique et constatait d'ailleurs un mariage célébré au XIX^e siècle entre les sciences juridiques et économiques. Conscient de la proximité entre ces deux matières, il n'a cessé d'irriguer sa contribution à la science juridique d'une pensée économique particulièrement féconde aussi bien sur le plan des rapports techniques entre le droit et l'économie, que sur le plan des grands principes de théorie économique animant le système juridique. Les célèbres « États des questions » de ses « Thémis » recèlent de nombreux paragraphes intitulés « Économie politique » où des discussions d'ordre économique viennent éclairer ou colorer un débat juridique. Ainsi, le passage que consacre le Doyen Carbonnier aux exigences sociales du contrat, au travers de l'antithèse entre la liberté contractuelle et l'ordre public, est éclairé par des réflexions sur les courants économiques libéraux et interventionnistes. La sphère économique a encore intéressé l'auteur qui a livré à la communauté juridique française les bases d'une théorie générale de la monnaie en droit français ». De fait, « les lignes que le Doyen Jean Carbonnier

partie de cet ouvrage, est en réalité empreint d'une continuité historique : la quasi-intégralité de la Doctrine juridique a toujours rejeté le dialogue entre les deux matières²⁷³.

Dès le XVIII^e siècle en effet, l'essor de la physiocratie marque l'émergence de la critique économique du droit – et notamment du droit fiscal – bien qu'elle demeure un échec politique. Sont en cause, non pas les physiocrates eux-mêmes, mais leur façon de communiquer : ainsi souligne Benoît Malbranque, « Mirabeau avait “un style apocalyptique”, Abeille était “froid et lourd”, et même Quesnay “ne pouvait être lu sans travail” »²⁷⁴. À l'inverse, de rares juristes exhortent leurs confrères de s'intéresser à la chose économique : ainsi l'ancien avocat de Louis XV, Guillaume-François Le Trosne (1728-1780), décrit la matière comme « la première sans doute par l'importance de son objet »²⁷⁵. Et l'ancien élève de Robert-Joseph Pothier (1799-1772) de poursuivre en définissant le savoir économique comme le fait de « revenir sur toutes les opinions reçues, les éclaircir et en démêler le vrai et le faux, reconnaître les erreurs, découvrir les vrais principes, et surtout les démontrer et les mettre à portée de tous les esprits [...] La Science Économique est un vaste champ qu'il s'agit de défricher ; tous les Citoyens instruits sont invités à remplir leur tâche de ce travail, et à discuter les matières pour et contre dans tous les sens ; l'ouvrage est déjà ébauché, les esprits sont favorablement disposés, et paraissent tourner vers ce genre d'étude [...] Pour assurer la réussite complète de ce grand ouvrage, un seul instrument suffit, la discussion libre, qui employée de part et d'autre avec un zèle égal, viendra à bout d'éclaircir toutes les matières, de réunir tous les avis en un seul, et de mettre enfin la vérité audessus de la contradiction »²⁷⁶. Autrement dit, Le Trosne, parce qu'il est juriste de formation, mais également économiste du fait de ses relations avec les physiocrates, ne fait qu'appeler à la complémentarité des deux matières.

Et la même tendance au rejet est éclairée de manière plus contemporaine par les propos de l'immense publiciste Maurice Hauriou (1856-1929), lequel distinguait catégoriquement droit et économie sur le plan moral en affirmant que « **ce n'est pas seulement par l'abstraction que l'on distingue le droit et l'économie ou la politique, il y a réellement des forces juridiques, d'une part, des**

a consacrées à l'analyse économique du droit permettent de saisir, avec la plus grande justesse, les enjeux de la réception de l'analyse économique en France ». La raison en est simple : « le Doyen Carbonnier est susceptible d'être un excellent guide dans la compréhension du mouvement de l'analyse économique du droit, car contrairement à l'hostilité manifestée par une grande majorité de la communauté juridique française, il semble accueillir l'analyse économique du droit sans *a priori* négatif, détachant ce mouvement de la connotation, libérale, voire ultra-libérale, qui l'entoure dans le débat ambiant ». Sur un tel sujet, l'article de Guillaume Royer nous semble absolument fondamental : tout y explicite dans la plus grande précision et concision.

²⁷³ Les économistes, au contraire, ont régulièrement pensé les relations entre le droit et l'économie, et ce, dès l'école classique (cf. *supra*). Au XIX^e siècle, Alfred Jourdan (1823-1891) s'illustrera notamment avec *Des rapports entre le droit et l'Économie Politique ou philosophie comparée du droit et de l'Économie Politique*, Arthur Rousseau, 1885. Friedrich Hayek (1899-1992) et Murray Rothbard (1926-1995) l'imiteront le siècle suivant avec respectivement *Droit Législation et Liberté*, PUF, 2^e édition, 2013 [1973] et *L'éthique de la liberté*, Les Belles Lettres, 2011 [1982].

²⁷⁴ Benoît Malbranque, introduction à Guillaume-François Le Trosne, *De l'utilité des discussions économiques*, Institut Coppet, 2013, p. 11.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 65 et suivantes.

²⁷⁶ *Idem*.

forces politiques et économiques d'autre part ; elles sont en opposition et en contradiction parce que les forces juridiques sont morales et que les forces politiques et économiques amORALES ; ce sont par elles-mêmes des forces brutales qui visent l'exploitation de l'homme par l'homme ou la domination de l'homme sur l'homme. En somme c'est la lutte dramatique du juste et de l'injuste, qui n'est elle-même qu'une variante de la lutte du bien et du mal »²⁷⁷. Et Georges Ripert (1880-1958) de se démarquer avec son célèbre ouvrage, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*²⁷⁸, au sein duquel est vivement contestée l'hégémonie des économistes sur les questions économiques et sociales au profit des juristes²⁷⁹. Pour Ripert, le juriste serait même un « conservateur par essence »²⁸⁰, rétif à toute tentative de pluridisciplinarité en raison de la domination du positivisme juridique. Comment alors, imaginer la collaboration que requiert l'Analyse Économique du Droit ?

Autrement dit, si les économistes se sont rarement coupés de la chose juridique, tel n'est pas le cas des juristes : Le Trosne étant une des rares exceptions historiques à la règle²⁸¹, l'écrasante majorité des juristes français ont traditionnellement repoussé l'économique pour diverses raisons²⁸². Mais aujourd'hui, ce rejet particulier que subit

²⁷⁷ Cité par Olivier Beaud in *Principes de droit public*, Dalloz, 2010.

²⁷⁸ Georges Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e édition, LGDJ, 1951.

²⁷⁹ Il semblerait cependant que Ripert « voyait d'un très mauvais oeil le divorce annoncé de l'enseignement du droit et de l'économie dans les universités. Commentant la volonté de certains économistes de quitter les facultés de droit et de libérer leurs étudiants de la contrainte d'avoir à étudier le droit, il écrivait ainsi que, d'un côté, « les juristes ne sauraient appliquer, ni interpréter les règles de droit s'ils ne connaissent pas l'économie » et que, de l'autre, les économistes « ne sauraient analyser l'activité productrice des hommes [sans savoir] quelles sont les institutions [juridiques] par lesquelles elle s'exerce » » (Cécile Pères, « Rapport introductif du Colloque de Reims » in *Revue de Droit Henri Capitant*, n° 1, décembre 2010, Regards civilistes sur l'analyse économique du droit). Comme l'affirme lui-même Ripert dans ses propos introductifs, « Je demande aux économistes de prolonger leur étude jusqu'aux règles de droit applicables aux faits qu'ils analysent. Je leur demande avec timidité, car depuis quelques années ils ne témoignent pas beaucoup d'intérêt pour les disciplines juridiques. « Entre le droit et l'économie politique, écrit M. Pirou, entre le juriste et l'économiste, il y a souvent plus d'opposition que d'affinité ». Cette opposition n'est pas dans son esprit flatteuse pour nous. Le juriste, dit-il, n'est pas entraîné « à cette prudence dans l'observation, à ces scrupules dans l'affirmation, à cet esprit de doute méthodique qui sont pour le savant des qualités indispensables (...) Ce qu'il y a de nouveau et de grave dans cette discussion, c'est la volonté manifestée par certains économistes de quitter les Facultés de droit pour aller enseigner dans des Facultés des sciences sociales, où leurs élèves ne seront plus contraints de s'initier au droit privé ni même au droit public » (Georges Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., p.2-7 ; l'introduction est par ailleurs reproduite in *Revue de Droit Henri Capitant*, n° 1, 30 décembre 2010, « L'apparition et le développement de l'analyse économique du droit »).

²⁸⁰ Cité par Emmanuel Susset « Les enjeux de l'Analyse Économique du Droit » in *L'Économie du droit dans les pays de droit civil : quelle place pour l'économie dans la construction des règles juridiques ?* Colloque du CREDES, Université de Nancy II, 28-29 juin 2000.

²⁸¹ Peut notamment être cité de manière plus contemporaine Bruno Leoni qui, avec son ouvrage majeur, *La Liberté et le Droit* (Les Belles Lettres, 2006 [1961]), influencera considérablement les économistes s'intéressant au droit – notamment Friedrich Hayek et Murray Rothbard – au cours du xx^e siècle.

²⁸² Pour Charles Gide, la traditionnelle scission entre juristes et économistes au sein des Facultés s'explique historiquement par le fait que « Les économistes craignaient que les jeunes professeurs sortis des facultés de droit ne fussent imbibés d'esprit dogmatique et de socialisme d'État, tandis que les juristes redoutaient que leurs élèves ne retirassent de leur côté d'autre profit de leurs études économiques que le goût de la phraséologie » (préface à Maurice Lambert, *Essai sur la protection du salaire : Économie Politique et législation comparée*, Librairie de la Société du Recueil du Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais, 1897, p. 1). La question étant principalement l'objet de la première partie, nous y renvoyons le lecteur.

AED ne relève plus du mystère. Pour Christian Atias, « Il y a sans doute des obstacles au succès de l'Analyse Économique du Droit en France. Il faut d'abord compter avec les spécialisations disciplinaires. Le langage, assez souvent mathématique, des démonstrations en rebutera plus d'un. Le fréquent recours à la théorie des jeux dont les analyses peuvent être complexes n'arrangera pas les choses. Enfin, la plupart des études sont rédigées en langue anglaise et portent sur des exemples de Common Law »²⁸³. Pour Régis Lanneau, « L'Analyse Économique du Droit reste encore largement méconnue des juristes français. Nombreux sont ceux qui la critiquent ou l'ignorent au nom de postulats idéologiques ou corporatifs, mais peu ont fait l'effort de la comprendre et d'en dégager à la fois l'intérêt et les limites à travers une étude systématique critique »²⁸⁴. Pour Jean-Marie Denquin enfin, « la culture juridique française a en effet opposé une résistance aussi remarquable par sa durée que par sa virulence. S'il existe aujourd'hui en langue française quelques ouvrages parfaitement fiables et informés, l'opinion courante des juristes demeure plus que réservée face à cette nouvelle pensée du droit. Elle se résume le plus souvent à quelques jugements aussi sommaires que péremptoirs. En outre les travaux disponibles sont essentiellement descriptifs : ils font le point sur les acquis de la discipline plus qu'ils ne témoignent d'une réception attentive et d'une véritable appropriation, démarches qui supposeraient une approche à la fois ouverte et critique, sympathique et vigilante. Les raisons de cette situation sont évidemment multiples. Il ne faut pas sous-estimer, tout d'abord, un sentiment général peu favorable à une démarche pluridisciplinaire. Il est difficile de maîtriser deux domaines vastes et complexes comme l'économie et le droit. Les candidats à une telle performance ne sont pas légion. Mais, chose plus grave, l'effort considérable qu'implique ce choix ne suscite pas toujours la reconnaissance à laquelle il peut légitimement prétendre : la personne compétente en deux domaines est parfois moins compétente en chacun que celle qui s'est consacrée à l'un des deux. Toutefois la source principale de cette réticence française à l'Analyse Économique du Droit est d'une nature bien plus profonde [...] » (nous soulignons)²⁸⁵.

Toutes ces explications apparaissent fondées. Mais outre l'aspect linguistique – qui se doit, selon nous, d'être minoré au regard de la généralisation de l'anglais – et corporatiste ou même idéologique, les raisons expliquant le rejet de l'Analyse Économique du Droit nous apparaissent comme essentiellement intellectuelles, culturelles, mais également méthodologiques.

Intellectuelles parce que l'importante formalisation mathématique du propos économique²⁸⁶ tend à isoler le champ économique du reste des sciences sociales (de ce point de vue, les économistes sont évidemment à blâmer) si bien que les juristes, peu habitués à la formalisation, s'avèrent de fait rebutés par une science qui se couperait progressivement – à tort – des sciences sociales (le présent ouvrage,

²⁸³ Éditorial in *Revue de la Recherche Juridique*, « L'Analyse Économique du Droit », *op. cit.*

²⁸⁴ Régis Lanneau, *op. cit.*, propos tiré de la quatrième de couverture.

²⁸⁵ Régis Lanneau, *op. cit.*, p. 14.

²⁸⁶ Voir à ce sujet Michel de Vroey, « La mathématisation de la théorie économique. Le point de vue de l'histoire des théories économiques » in *Reflets et perspectives de la vie économique* 2002, vol. 41, n° 4, p. 9-20 ; ainsi que la thèse de Paola Tubaro, *Les origines de la mathématisation de l'économie : calcul infinitésimal et théorie des prix*, sous la direction de Carlo Benetti et Bertram Schefold, soutenue le 8 novembre 2004 à l'Université Paris X.

dans la droite lignée de Lewis Kornhauser²⁸⁷, souhaite éviter cet écueil en évitant systématiquement toute approche mathématique). S'ajoutent évidemment à cela qu'en France, la multi-pluridisciplinarité est l'exception et non la règle, l'explication de Jean-Marie Denquin nous paraissant tout à fait pertinente. Enfin, sans doute la confusion des paradigmes en AED (cf. section II, § 2 du présent chapitre) dérouta le juriste français, habitué à l'esthétique des constructions intellectuelles²⁸⁸.

Culturelles, puisque le rejet de l'Analyse Économique du Droit par la plupart des juristes français tient sans aucun doute, à tort au regard des explications *supra*, dans un anti-libéralisme assumé²⁸⁹. Pour Christophe Jamin, « Il faut dire que la majorité des juristes français entendent rester ignorants de l'Analyse Économique du Droit. Ceux-ci n'ont au fond jamais vraiment rompu avec leurs prédécesseurs qui voyaient dans l'étude des textes l'essence même de l'art juridique et dans l'Économie Politique le Cheval de Troie d'un libéralisme toujours suspect dans notre pays »²⁹⁰. Mais la croyance erronée dans le caractère non-instrumental du droit de la *Common Law* – lequel caractère serait justifié par l'AED en tant qu'arme politique – n'a plus lieu d'être, même si elle demeure une clé d'explication forte. S'aggrave évidemment à tout cela l'instinct de survie des philosophes du droit, qui ont vu dans l'AED une (potentielle ou véritable ? Le débat est posé²⁹¹) théorie du droit capable de justifier le « laissez-faire » et de les évincer sur la base d'un seul critère (l'efficacité) que beaucoup estiment parfois éloigné de l'intérêt général, du moins dans sa conception Rousseauiste.

²⁸⁷ L'Analyse Économique du Droit : fondements juridiques de l'Analyse Économique du Droit, op. cit.

²⁸⁸ La différence des méthodologies académiques apparaît, selon nous, également comme une clé d'explication forte.

²⁸⁹ Cet antilibéralisme assumé s'avère d'autant plus paradoxal que le libéralisme n'a, à l'origine, que peu de chose à voir avec l'économie puisqu'il s'agit d'une philosophie juridique. En effet, la quasi-totalité des grands penseurs du libéralisme (Montesquieu, Turgot, Constant, Tocqueville, Bastiat mais plus récemment encore Raymond Aron, Bertrand de Jouvenel ou encore Jean-François Revel) ont en effet toujours essayé de répondre à la question suivante : comment empêcher juridiquement le pouvoir en place de devenir tyrannique ? Comment s'assurer de manière endogène – en dehors de l'ala politique donc – que l'État puisse assurer la protection des droits et libertés fondamentales de ses citoyens ? Ce n'est que bien plus tard, une fois les droits politiques nécessaires à la question économique acquis, que cette question deviendra : comment empêcher l'alliance entre les propriétaires des profits et l'État ? Ces premiers voulant transformer leurs profits en rente, leur accorder un tel privilège reviendrait à réduire à néant les mécanismes introduits en réponse à la question initiale. Autrement dit, le libéralisme est historiquement la philosophie juridique de la séparation des pouvoirs : séparations des pouvoirs politiques d'une part (exécutif, législatif, judiciaire), la séparation des pouvoirs économiques d'autre part (libre-concurrence), et enfin, la stricte séparation entre le politique et l'économique afin d'éviter que le politique ne devienne tyrannique à l'aide de l'économie (capitalisme dirigiste) ou que l'économie devienne tyrannique grâce au politique (capitalisme de connivence). Ce dernier cas fut particulièrement mis en lumière par la théorie de la décision publique (« *Public Choice* ») en dénonçant le fait que tout État s'attribuant des prérogatives économiques devient de fait un distributeur de rentes économiques au détriment du marché. Le fait que le libéralisme ait toujours plaidé pour un État régalien n'est donc pas un hasard, ces fonctions n'étant pas de nature économique mais institutionnelle. Elles sont, à ce titre, un *jus cogens* économique : sans elles, le marché ne peut perdurer ni même exister. Sur cette définition du libéralisme, et pour une version plus amplement développée du propos, voir Loïc Floury, « De la liberté : de l'esthétique au rejet du libéralisme » in Laure Meesemaecker (dir.), *Usages de la beauté*, Presses Universitaires de l'ICES, 2015, p. 35-115.

²⁹⁰ Christophe Jamin, « Économie du droit » in Denis Alland & Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 580.

²⁹¹ Marc Deschamps & Frédéric Marty, « L'Analyse Économique du Droit est-elle une théorie scientifique du droit ? » in *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif* 2008-5, N. XXII - 125 (33^e année - 125^e numéro), Cahiers de méthodologie juridique « L'Analyse Économique du Droit. Autour d'Ejan Mackaay », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 2541-2569.

Méthodologiques enfin, car au-delà de la formalisation mathématique, c'est sans doute le mode de raisonnement de l'économiste qui a de quoi étonner le juriste. Tout d'abord parce que *l'économiste ne juge pas* (contrairement au juriste, qui associe régulièrement droit et morale²⁹²), et ce, pour une raison simple. Sa mission n'est pas de *juger*, mais de *comprendre* et *expliquer* les phénomènes sociaux exprimés à travers les mécanismes du marché pris au sens large. Si bien que pour Walter Block, il ne faut pas prétendre « que le marché libre est une institution économique morale. Le système économique de la perte et du profit a apporté à l'humanité une pléthore de biens de consommation et de services inconnues auparavant dans l'histoire entière du monde. Ces bénéfices font l'envie de tous les peuples pas assez fortunés pour vivre sous sa bannière [...] Mais l'économie de marché produit aussi des biens et services tels que le jeu, la prostitution, la pornographie, les drogues, l'alcool, les cigarettes, les clubs d'échangistes sexuels, les aides au suicides [...] le système de la libre entreprise, donc, ne peut être considéré comme moral. Ou plutôt, en tant que moyen de satisfaire le consommateur, il n'est moral que pour autant que le sont les buts des participants au marché. La gamme en étant extrêmement étendue, depuis le complètement immoral et dépravé jusqu'à l'entièrement légitime, le marché doit être qualifié d'amoral – ni moral, ni immoral »²⁹³. Évidemment, cette amoralité économique²⁹⁴ se traduit dans le vocabulaire des économistes : ainsi en matière de criminalité, l'AED tente de comprendre ce qu'est un « niveau optimal de criminalité ». Non pas que l'économiste prétend que certains crimes soient *souhaitables* ou mêmes *bénéfiques*, mais simplement qu'il existe un niveau par-delà lequel la lutte contre la délinquance n'est pas efficiente, son coût social étant supérieur au bien-être escompté²⁹⁵. De ce point de vue, l'apport des économistes au droit s'apparente à une révolution copernicienne pour le juriste standard, en ce sens que l'AED implique un changement radical dans leur manière de penser. Non pas qu'il faille abandonner purement et simplement la méthodologie juridique, mais s'ouvrir suffisamment à la méthode de l'AED pour en comprendre les apports. Au-delà du vocabulaire et de la modélisation mathématique, le recours systématiquement des économistes à la *théorisation* économique peut parfois heurter les juristes. Les postulats méthodologiques en économie sont-ils fructueux ? S'agit-il d'une description réaliste de la réalité, ou d'une absurdité ? Que l'économie mathématique ait régulièrement fait fit de la réalité est une critique fondée²⁹⁶.

²⁹² L'article 6 du Code Civil est particulièrement éloquent sur le sujet en affirmant que « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Sur ce sujet en particulier, voir Edith Geraud-Llorca, « L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil » in Jacques Chevalier (dir.) *Les Bonnes mœurs*, PUF, 1994, p. 62-74.

²⁹³ *Défendre les indéfendables*, Les Belles Lettres, 1993, p. 19.

²⁹⁴ Voir notamment Bertrand Lemennicier, *La morale face à l'économie*, Editions d'Organisation, 2005.

²⁹⁵ Guillaume Royer, *L'analyse économique et le droit criminel*, Le Manuscrit, 2005, p. 199.

²⁹⁶ Les exemples abondent, qu'il suffise d'en citer un : en 1958, William Phillips (1914-1975) tenta de démontrer à l'aide de modèles mathématiques complexes la relation négative existante entre le niveau d'inflation et celui du chômage (« The Relation between Unemployment and the Rate of Change of Money Wage Rates in the United Kingdom, 1861-1957 » in *Economica* 1958, vol. 25, n° 100, p. 283-299). Pour l'auteur, un faible niveau d'inflation explique un fort taux de chômage, et inversement : c'est la célèbre *courbe de Phillips*. Si la démonstration mathématique fut difficilement contestable pour la Doctrine, l'Histoire la tailla en pièce en montrant qu'une forte inflation et un fort chômage pouvaient coexister (« stagflation » française des années 1970 ; voir sur ce sujet Jean-Pierre Mockers, *L'Inflation en France : 1945-1975*, Cujas, 1976) et inversement (« *Policy Mix* » américaine des années 1990 ; la « *Policy Mix* » n'est cependant pas l'unique cause des « dix glorieuses » américaines, voir sur ce sujet Alain Villemeur, *La divergence économique États-Unis - Europe*, Economica, 2004).

Que le droit ne soit plus une discipline autonome fait encore débat²⁹⁷. Que les économistes constituent à ce titre, une réelle valeur ajoutée au droit, à sa compréhension et à son amélioration est un acquis de plus en plus répandu dont le chapitre suivant se veut l'illustration.

Mais au delà des causes expliquant le rejet, ce sont les conséquences qui s'avèrent importantes. Force est aujourd'hui de constater qu'il devient urgent d'accepter rapidement l'AED au sein des facultés et d'entamer le dialogue en droit français. C'est du moins l'objectif de cet ouvrage.

§2 Des avantages pour les juristes à connaître l'AED

Sans idéologie ni corporatisme aucun, il n'est pas difficile d'affirmer que les juristes français ont tout intérêt à cerner l'AED afin de pouvoir l'incorporer dans le *corpus* existant. Que les juristes français rejettent la matière pourrait en effet être chose légitime s'ils le faisaient pour de *bonnes* raisons. À notre sens, ce rejet n'a d'autres sources que sa méconnaissance. Or, connaître l'AED apparaît inévitable au regard de son intense utilisation dans de nombreux pays étrangers d'une part, mais également de ses sérieuses qualités que le juriste français aurait tort d'évincer sans examen. Pour Bruno Oppetit notamment, « Pour l'essentiel l'Analyse Économique du Droit fournit au juriste une méthode destinée à lui permettre de repenser les fonctions des institutions juridiques : elle s'attache à une vision dynamique du droit, envisagé dans son historicité et son perfectionnement, par opposition au statisme d'un système refermé sur lui-même, dans lesquels le juriste ne tend guère qu'au recensement exhaustif des règles de droit établi et à la recherche des solutions aux problèmes juridiques nouveaux à l'intérieur de sa discipline. La méthode de l'Analyse Économique du Droit vaut d'abord comme une description de la réalité : elle procure une analyse pour comprendre les finalités et les évolutions d'un système juridique ; en outre elle ambitionne de provoquer les changements législatifs si se révèle une adéquation insuffisante entre les modèles et la réalité. Elle peut répondre à une triple finalité : critique (prédire quels seront les effets non attendus d'une loi), normative (déterminer quelle législation devrait être adoptée) et prédictive (prédire quelle législation sera adoptée) »²⁹⁸.

Autrement dit, l'AED serait de nature *explicative*, en ce sens qu'elle se donne pour finalité que de comprendre le *pourquoi* du droit, sa *raison d'être*, mais également sa *justification* grâce à une approche et une méthodologie nouvelles. Parce qu'elle peut permettre de décrypter la logique et les motifs qui, paradoxalement, échappent trop souvent au législateur, l'AED rejoint dès lors la noble mission de la Doctrine, particulièrement présente et importante dans les systèmes civilistes. De nature *normative et prédictive* ensuite, en ce sens que l'AED peut, dans certaines de ses branches, conduire jusqu'à affirmer les valeurs que le droit doit défendre et les objectifs qu'il se doit de poursuivre. Mieux, grâce à l'AED, le juriste français peut trouver la possibilité de contrôler les motifs et objectifs de la loi. Belle occasion dans un pays où le contrôle parlementaire des politiques publiques demeure « embryonnaire »²⁹⁹

²⁹⁷ Sophie Harnay & Alain Marciano, *op. cit.*, p. 22.

²⁹⁸ « Droit et Économie » in Archives de philosophie du droit, tome 37, Sirey, 1992, p. 17-26.

²⁹⁹ Antoine Bozio « Comment évaluer les politiques publiques ? » in Problèmes Économiques, hors-série n° 4, septembre 2013, p. 47-59.

malgré son caractère constitutionnel³⁰⁰. L'AED apparaît alors comme un moyen plus productif pour tendre vers l'efficacité des politiques publiques³⁰¹. Il serait d'autant plus dommageable de refuser cette aide que le modèle politique français se caractérise par un interventionnisme économique des plus poussés. **La question demeure : et si l'échec récurrent des politiques économiques³⁰² tenait justement dans la persistance des juristes français à vouloir systématiquement mesurer l'économie par l'instrument juridique ? Le but d'une politique économique étant par principe d'influencer et modeler l'économie par le droit, le rejet de l'AED apparaît comme une contradiction majeure.** De fait, cette contradiction illustre le fait que la production du droit ne peut plus, selon nous, « être réalisé avec les seules ressources du droit »³⁰³. Toujours en lien avec les politiques économiques, l'AED pourrait également aider à résoudre les difficultés du législateur français à expliquer, justifier et défendre ses constructions auprès des instances supra-nationales. Outre son projet politique, l'Union Européenne n'est-elle pas avant tout une instance *juridique* de réglementation économique ? Bref les possibilités sont d'autant plus nombreuses que l'AED peut être utilisée à des fins instrumentales ou non.

Sur le plan comparatiste, comment imaginer le bouleversement qu'entraînerait l'application universelle de l'AED ? En d'autres termes, l'AED ne serait-elle pas une clé d'unification du droit sur la base de la logique et du raisonnement économique³⁰⁴ ? Enfin, l'application systématique de l'AED par des juges formés en ce sens permettrait de rendre des jugements plus sûrs, mieux argumentés, voire même mieux pensés. Le désengorgement des juridictions, la réduction des coûts de fonctionnement de l'institution juridique ou encore une meilleure compréhension du droit par le justiciable n'en sont alors que des conséquences parmi tant d'autres.

Les rapprochements ainsi permis entre le droit et l'économie ne peuvent évidemment avoir lieu sans l'implication ni le consentement des juristes : imaginer que ces derniers puissent adopter l'essentiel de l'AED sans discussion apparaît parfaitement illusoire. Parce qu'aucune discipline ne souhaite se voir annexée sans compensation d'une part, mais parce qu'il n'existe également aucune problématique majeure ne devant faire l'objet d'aucune discussion entre les deux disciplines d'autre part. Autrement dit, la force du raisonnement économique ne saurait trouver quelconque résultat concret sans la capacité du juriste à dialoguer.

³⁰⁰ Article 24 alinéa 1 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques* ».

³⁰¹ Jean-Michel Josselin & Alain Marciano, « L'Analyse Économique du Droit et le renouvellement de l'économie politique des choix publics » in *Revue de l'Institut d'Économie Publique* 2001, n° 7, vol. 1, p. 5-13.

³⁰² Marie-Paule Virard & Patrick Artus, *Les apprentis sorciers : 40 ans d'échec de la politique économique française*, Fayard, 2013.

³⁰³ Sophie Harnay & Alain Marciano, *Posner, l'Analyse Économique du Droit*, Michalon, 2003, p. 22.

³⁰⁴ Voir sur ce sujet Bruno Deffains & Eric Langlais, *Analyse Économique du Droit*, op. cit., p. 299 et s.

CHAPITRE SECOND

L'ÉCONOMISTE ET LE DROIT : DE QUELQUES ILLUSTRATIONS

SECTION I – ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT ET DROIT PÉNAL

§1 Les précurseurs : Beccaria, Bentham, Spooner et les « indéfendables »

§2 La révolution beckerienne : vers une théorie économique du crime

- ⇒ **Comment assurer l'efficacité de la règle de droit pénal ?**
- ⇒ **Comment justifier les raisons de l'interdiction ?**
- ⇒ **Vers un niveau optimal de criminalité ?**
- ⇒ **L'héritage béckérien : une concurrence économistes/criminologues**

SECTION II – ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT ET DROIT SOCIAL

§1 Le questionnement économique néo-classique :

de l'asymétrie d'information au capital humain

- ⇒ **Le modèle Principal/Agent et l'aléa moral**
- ⇒ **Un signal discriminant : diplôme et capital humain**

**§2 Le questionnement économique contemporain : l'impact du droit
du travail sur la qualité du marché du travail**

- ⇒ **L'assurance chômage, cause du chômage ?**
- ⇒ **Difficultés à licencier, difficultés à embaucher**
- ⇒ **Fiscalité du travail, salaire minimum et niveau de l'emploi**

SECTION III – ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT ET RESPONSABILITÉ CIVILE EXTRA-CONTRACTUELLE

§1 Le fondement économique de la responsabilité civile délictuelle :
le théorème de Coase

§2 L'objectif économique de la responsabilité civile délictuelle :
la minimisation du coût social

- ⇒ **l'arbitrage propriété/responsabilité**
- ⇒ **le rôle de la prévention**

SECTION IV – ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT ET DROIT DES CONTRATS

§1 La définition économique du contrat : la divergence juristes-économistes

**§2 La finalité économique du droit des contrats : de la réduction des coûts
de transaction à la protection des anticipations légitimes**

SECTION I

L'ÉCONOMISTE, LE CRIMINEL ET LE DROIT PÉNAL

Cela a été évoqué dès le propos introductif, les économistes ne se bornent plus depuis les travaux de Gary Becker à étudier seulement les relations marchandes. Avec son article pionnier, « *Crime and punishment : an economic approach* »³⁰⁵, Becker ne fait rien moins qu'investir un champ de recherche jusque-là réservé aux juristes, à savoir l'étude de la criminalité. En réalité, si Becker passe pour un précurseur dans son domaine, c'est que ses travaux vont conduire à une véritable théorie du crime, laquelle va déboucher sur une véritable concurrence entre économistes et criminologues (§2). Pour autant, non seulement le domaine de recherche n'est pas nouveau au regard des travaux précédemment menés par les habituels maîtres de la matière, à savoir les juristes, mais quelques économistes³⁰⁶ ont su s'intéresser à la criminalité bien avant Becker. Que ce soit Charles de Montesquieu³⁰⁷ (1689-1755), Jeremy Bentham³⁰⁸ (1748-1832) ou encore Cesare Beccaria³⁰⁹ (1738-1794), tous s'intéressent à la criminalité (§1). Mais comme le notent si justement Raymond Gassin, Sylvie Cimamonti et Philippe Bonfils, « leurs analyses étaient purement spéculatives, faute de données empiriques et de méthodes scientifiques de traitement de ces données »³¹⁰.

§1 Les précurseurs : Beccaria, Bentham, Spooner et les « indéfendables »

Nul doute que Beccaria avait déjà compris les postulats de l'AED, celui-ci considérant l'homme comme un être doué de libre arbitre et de raison, dont les actions – prévisibles et donc contrôlables – se devaient d'être encadrées par un droit pénal général conçu pour « le plus grand bonheur du plus grand nombre »³¹¹, le tout grâce à des formes rationnelles et modernes de punition. En dénonçant l'inefficacité de la justice pénale de son temps, Beccaria procède sans doute à la première analyse économique en la matière³¹². Contrairement à ses contemporains classiques, force est de constater qu'il a connu le succès politique auquel il prétendait, en ce sens que ses principes ont

³⁰⁵ Gary Becker, « *Crime and punishment : an economic approach* » in *Journal of Political Economy* 1968, vol. 76, n° 2, p. 169-217.

³⁰⁶ Pour une liste plus détaillée, ainsi qu'une approche historique plus approfondie, voir Philippe Simonnot, *Économie du droit, tome 2 : les personnes et le choses*, Les Belles Lettres, p. 303 et suivantes.

³⁰⁷ David Carrithers, « *Montesquieu's Philosophy of Punishment* » in *History of Political Thought* 1998, vol. 19, n° 2, p. 213-240, traduction française par Catherine Larrère, « La philosophie pénale de Montesquieu » in *Revue Montesquieu* n° 1, ENS Lyon, 1997, p. 39-63. Les travaux de Montesquieu en cette matière ne sont, selon nous, cependant pas suffisamment significatifs pour les approfondir dans le paragraphe suivant.

³⁰⁸ Jeremy Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, Dalloz, 2012 [1802] ; *Théorie des peines et des récompenses*, tome 1, Vogel & Schulze, 1811.

³⁰⁹ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, Flammarion, 2006 [1764].

³¹⁰ Raymond Gassin, Sylvie Cimamonti & Philippe Bonfils, *Criminologie*, Dalloz, 7^e édition, 2011, p. 234.

³¹¹ *Ibid.*, p. 23.

³¹² Non pas que Beccaria procède aux raisonnements à l'aide de la méthodologie béccérienne avant l'heure, mais il est certain que sa formation d'économiste l'a fortement influencé dans sa critique, notamment au regard de ses considérations sur l'utilitarisme. En ce sens, voir Alvaro Pires, « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne » in Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Alvaro Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, tome II, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Larcier, 1998, p. 109-167. Sur la pensée économique de Beccaria, voir Maria Vitali-Volant, *Cesare Beccaria (1738-1794) : Cours et discours d'économie*, L'Harmattan, 2005.

largement été reproduits dans bon nombre de systèmes judiciaires actuels³¹³. Au-delà, il est certain que Beccaria influencera bon nombre d'économistes, également philosophes, mais généralement minoritaires et parfois méconnus, en affirmant que « la vraie mesure du crime se trouve dans le dommage qu'il cause à la société »³¹⁴. En s'illustrant dans le classique débat portant sur la distinction entre le droit et la morale³¹⁵, ces mêmes économistes ont alors su distinguer la déviance de la criminalité, en critiquant notamment l'assimilation systématique de la première à la seconde. Dès lors pour ces économistes, tout crime est une déviance, mais toute déviance n'est pas forcément un crime.

Pour Lysander Spooner (1808-1887) notamment, « Les vices sont les actes par lesquels un homme nuit à sa propre personne ou à ses biens. Les crimes sont les actes par lesquels un homme nuit à la personne ou aux biens d'autrui. Les vices sont simplement les erreurs que commet un homme dans la recherche de son bonheur personnel. Contrairement aux crimes, ils n'impliquent aucune intention criminelle envers autrui, ni aucune atteinte à sa personne ou à ses biens. En matière de vices, ce qui constitue le crime – c'est-à-dire l'intention de nuire à la personne ou aux biens d'autrui – fait défaut »³¹⁶. Et s'il est certain que les positions libertariennes³¹⁷ de Spooner s'expliquent en partie en raison de son expérience personnelle vis-à-vis de l'État³¹⁸, il n'empêche que d'autres auteurs ont su se rattacher à cette tradition intellectuelle. Ainsi pour Walter Block, « Les libertariens soutiennent qu'en ce qui concerne au moins la théorie politique, tout ce qui n'implique pas l'initiative de la violence n'est pas mauvais et [donc] tout ce qui n'implique pas l'initiative de la violence n'est pas une action mauvaise punissable et ne devrait pas être mis hors la loi »³¹⁹. À Bertrand Lemennicier de dresser le constat pratique en affirmant que « Les actes capitalistes entre adultes consentants, le racolage, la prostitution, le métier de souteneur [...] l'homosexualité, la consommation de drogue, la vente d'armes à feu de première et deuxième catégories, le fait de ne pas porter sa ceinture de sécurité dans sa voiture, jouer son

³¹³ Les plus célèbres sont sans aucun doute le principe de légalité (nul ne peut être condamné sans fondement textuel), le principe de la présomption d'innocence (tout individu est présumé innocent jusqu'à preuve du contraire) ou encore la rétroactivité de la loi pénale plus douce (ou à l'inverse, la non-rétroactivité de la loi pénale moins douce ou plus sévère).

³¹⁴ *Des délits et des peines*, op. cit., Chapitre VIII, « Division des délits », p. 21.

³¹⁵ Sur cet inépuisable thème et de manière plus large, voir Jürgen Habermas, *Droit et morale : Tanner lectures* 1996, Scuil, 1997 ; Dominique Terré, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007 ; Hans Kelsen, *Droit et morale*, Markus Haller, 2012 ou encore Dominique Bureau, France Drummond et Dominique Fenouillet (dir.), *Droit et morale : Aspects contemporains*, Dalloz, 2011.

³¹⁶ Lysander Spooner, *Les vices ne sont pas des crimes*, Les Belles Lettres, 1993, p. 9.

³¹⁷ Sébastien Caré, *La pensée libertarienne : Genèse, fondements et horizons d'une utopie libérale*, PUF, 2009 ; Sébastien Caré, *Les libertariens aux États-Unis : Sociologie d'un mouvement asocial*, PUR, 2010.

³¹⁸ Deux conflits majeurs ont en effet marqué la vie de l'homme : en 1937, ayant acquis sur hypothèque 32 hectares de terrain à des fins de spéculation immobilière, Spooner attaque en justice l'État d'Ohio afin de faire annuler le projet de construction d'un barrage surplombant le terrain acquis. Le verdict tombe en 1939 : les prétentions de Spooner sont rejetées définitivement, le ruinant ainsi une première fois. En 1844, souhaitant lutter contre le monopole américain en la matière, Spooner ouvrit une compagnie postale privée desservant trois grandes villes (Boston, New York et Philadelphie). Le prix de l'affranchissement d'une lettre est alors de six cents contre douze pour la compagnie étatique. Le succès est immédiat, jusqu'à ce que les autorités – considérant la supériorité du monopole sur la liberté d'entreprendre et la concurrence – rendent illégal le fait de concurrencer les services postaux, contraignant ainsi une nouvelle fois Spooner à la faillite (pour une biographie complète, voir *Les vices ne sont pas des crimes*, Les Belles Lettres, 1993, p. 91 et suivantes).

³¹⁹ Walter Block, *Défendre les indéfendables*, Les Belles Lettres, 1993, p. 16.

salaires à la roulette russe ou à la roulette dans un établissement de jeu ou dans n'importe quel débit de boisson, la pornographie, l'embauche d'un immigré sans autorisation de séjour sur le territoire, etc. sont tous des *crimes sans victimes*³²⁰, si bien que leur criminalisation serait des plus injustes, voire contre-productives³²¹.

§2 La révolution béckérienne : vers une théorie économique du crime

Difficile d'imaginer combien l'apport béckérien à l'économie fut grand³²², et comment l'homme bouleversa les habitudes de pensée, entraînant de fait une véritable révolution paradigmatique³²³. L'article de Gary Becker, « *Crime and punishment : an economic approach* », ne fait pas qu'essayer de comprendre pourquoi un individu décide de respecter – ou non – le droit. Plus originale que le sujet lui-même, c'est la méthode béckérienne qui distinguera son auteur : **et si le criminel, le délinquant, le contrevenant – qu'importe leur dénomination³²⁴ – étaient des êtres rationnels lorsqu'ils décidaient d'enfreindre la règle de droit³²⁵ ?**

³²⁰ Bertrand Lemennicier, *Économie du Droit*, CUJAS, 1991, p. 126.

³²¹ Walter Block, *Défendre les Indéfendables*, op. cit.

³²² En réalité, l'œuvre de Gary Becker se résume dans l'intitulé de sa *Nobel Lecture* à savoir « *Voir la vie de façon économique* » (« Nobel Lecture : The Economic Way at Looking at Behavior » in *Journal of Political Economy* 1993, vol. 101, n° 3, p. 385-409), laquelle ne traduit rien d'autre qu'une tentative d'unification de la science sociale sous l'égide de l'analyse économique. Le plus ironique réside sans doute dans le fait que malgré l'extrême renommée de son professeur de microéconomie (Milton Friedman) et de celle de son directeur de la recherche (Henry Gregg Lewis), Gary Becker connût de grandes difficultés pour soutenir ce qui deviendra son plus célèbre ouvrage, à savoir « *The Economics of Discrimination* » (University of Chicago Press, 1957). Au motif que le domaine ne relèverait pas de l'analyse économique, son étude sur les effets du racisme sur les salaires, l'emploi et les professions des minorités n'eurent pratiquement aucun impact tant en raison du fond que la méthodologie. Brillant mathématicien, Gary Becker obtint cependant et très rapidement le respect de la profession : enchaînant les postes d'enseignements dans les plus prestigieuses universités (Chicago, Columbia, New York), il focalisera ses travaux en compagnie de Theodore Schultz (1902-1998) sur la notion de « capital humain », c'est-à-dire le phénomène selon lequel les individus opèrent des investissements sur eux-mêmes afin de valoriser leur position sur le marché du travail. À partir de 1984, Gary Becker devint éditorialiste chez *Business Week* pendant dix-neuf ans. Ses travaux universitaires, caractérisés par d'importantes formalisations mathématiques, sont de fait inaccessibles au grand public, à la différence de ses tribunes. Il obtiendra le Prix Nobel d'économie en 1992 pour « avoir étendu le domaine de l'analyse micro-économique à un grand nombre de comportements humains et à leur interaction, y compris à des comportements non-marchands ». Pour une approche plus approfondie de l'analyse béckérienne, voir Dominique Roux, *Nobel en Économie*, Economica, 2002, p. 333 et suivantes ; Frédéric Teulon, « Gary Becker et l'approche économique du comportement humain », IPAG Business School, Working Paper n°521, 2014 ; Georges Lane, « Gary S. Becker, prix Nobel de sciences économiques 1992 » in *Liberté économique et progrès social*, n° 67, mars 1993, p. 2-14 ou encore Aurélien Perrucher, *Le doctorat, un investissement rentable ? Approches économique et sociologique*, L'Harmattan, 2008, p. 27 et suivantes.

³²³ Il semblerait cependant que Becker ait repris et développé l'intuition de Philip Wicksteed qui, dès 1946, appelait à l'application du raisonnement économique à un grand nombre d'interactions sociales (Philip Wicksteed, *The Common Sense of Political Economy*, Routledge, 1946). Selon Robert Barro, Becker aurait de lui-même affirmé « Je [le] connais, j'ai copié ce livre » alors qu'ils s'apprêtaient à disputer un match de tennis (Robert Barro, *Rien n'est sacré ! Des idées en économie pour le nouveau millénaire*, Economica, 2004, p. 29).

³²⁴ À la différence du juriste, l'économiste ne distingue pas les trois catégories du Code Pénal, à savoir la contravention, le délit et le crime (articles L131-1 et suivants du Code Pénal), mais cette catégorisation est née avec le Nouveau Code Pénal de 1994. Comme le note Jean Carbonnier, il fut un temps où les crimes et les délits étaient considérés comme « les atteintes aux valeurs que la société prend pour essentielles [...] » alors que les contraventions demeuraient « les atteintes à la discipline de la vie en société » (*Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 2006, p. 137).

³²⁵ Sont évidemment exclus du raisonnement tous les individus dénués de raison, à savoir la plupart des malades mentaux (pris au sens large) dont l'attitude peut conduire à nuire à autrui.

En réalité, le postulat, aussi étonnant soit-il, remonte à Platon (428-348 av. J.-C.) et la fable de l'anneau de Gygès³²⁶ : pour le philosophe, la décision de s'adonner à une activité illégale dépend de la probabilité d'être arrêté. Mais jusque-là, le postulat n'était pas accepté, en ce sens que la criminalité trouvait sa source dans des causes ne relevant pas de la responsabilité individuelle : l'hérédité, le milieu ou l'étiquette sociale ou encore la frustration. Ces variables ont toutes successivement fondé les théories sociologiques du crime³²⁷. Mais Becker ne tardera pas à fragiliser lourdement ces thèses ainsi que le « *penal-welfarisme* »³²⁸, soit le bloc théorique ayant justifié la mise en place de l'État-providence aux États-Unis au début de l'ère Roosevelt, grâce à la démonstration que le comportement criminel s'expliquait par des causes essentiellement individuelles et non sociales.

L'application de la logique économique aux comportements criminels relevait quant à elle d'une simple analogie : somme toute, les criminels sur les marchés noirs ne se comportaient-ils pas comme les entrepreneurs au quotidien ? Que faisait Al Capone à partir des années 1920 à Chicago si ce n'est tenter d'obtenir un monopole sur les activités criminelles³²⁹ ? Et l'enjeu est considérable en ce sens que pour Becker, « montrer [...] dans quelle mesure les délinquants peuvent se comporter selon une logique économique, c'est aussi montrer qu'ils sont susceptibles de réagir aux changements de la politique de lutte contre la criminalité, ou aux arbitrages entre les différents domaines d'intervention publique (code pénal, fiscalité, politique sociale) »³³⁰. Autrement dit, si l'objet de l'étude en tant que tel (le criminel) n'est pas spécialement nouveau – en témoignent notamment la criminologie, la Doctrine pénaliste ou encore la sociologie criminelle – c'est la méthode et les postulats de Gary Becker qui seront la clé de leur fécondité scientifique. Pour ce dernier, **la criminalité apparaît essentiellement comme un problème de choix, dicté par les gains et les coûts de l'activité criminelle.**

Le cœur du raisonnement se situe sans doute dans le célèbre exemple tiré de sa *Nobel Lecture* en 1993. Ainsi raconte Becker, « J'ai commencé à m'interroger sur le crime dans les années 1960 alors que je me rendais à l'Université de Columbia pour la soutenance d'un étudiant en théorie économique. J'étais en retard et j'ai dû décider rapidement entre laisser ma voiture dans un parking payant ou risquer une contravention pour l'avoir garée illégalement dans la rue.

³²⁶ Platon, *La République*, Livre II, Gallimard, 1992 [-380]. Comme le résume Steven Levitt et Stephen Dubner, « La fable de Gygès [...] est rapportée par un disciple nommé Glaucon en réponse à un discours de Socrate qui, comme Adam Smith, soutient que l'individu est généralement bon sans qu'il soit besoin de l'y contraindre [...] Glaucon n'est pas de cet avis. Il évoque donc ce berger nommé Gygès qui découvre une grotte secrète dans laquelle gît un cadavre portant un anneau. Dès qu'il passe l'anneau à son doigt, Gygès découvre qu'il devient invisible. Ainsi caché de tous, il se met à accomplir des choses terribles – il séduit la reine, assassine le roi, etc. L'histoire de Glaucon pose une question morale : résisterait-on à la tentation de mal faire si on avait la certitude que personne ne nous voyait ? » (Steven Levitt & Stephen Dubner, *Freakonomics*, Folio, 2010, p. 85-86).

³²⁷ Bertrand Lemennicier, *Économie du Droit*, op. cit. p. 129 et suivantes ; voir également Raymond Gassin, Sylvie Cimamonti & Philippe Bonfils, *Criminologie*, op. cit., p. 180 et suivantes ; Christian Debuyst, Françoise Digneffé, Alvaro Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, tome II, partie 2 « La naissance de la criminologie et ses développements au tournant du siècle »*, Larcier, 1998, p. 221 et suivantes.

³²⁸ François Bonnet « De l'analyse économique du crime aux nouvelles criminologies anglo-saxonnes ? Les origines théoriques des politiques pénales contemporaines » in *Déviance et Société* 2006, vol. 30, n° 2, p. 137-154.

³²⁹ Hans Magnus Enzensberger, *Politique et crime*, Gallimard, 2011.

³³⁰ Bruno Deffains, Eric Langlais, *Analyse économique du droit : méthodes, principes, résultats*, op. cit. p. 154.

J'ai calculé la probabilité d'avoir une contravention, l'importance de l'amende et le coût d'une place de parking. J'ai décidé de prendre le risque et de me garer dans la rue. (Je n'ai pas eu de contravention). Comme je me dirigeais vers la salle d'examen en marchant le long des bâtiments, il me vint à l'esprit que les autorités de la ville avaient probablement fait la même analyse. La fréquence des inspections des véhicules en stationnement et l'importance de l'amende imposée aux contrevenants devaient dépendre de leurs estimations des calculs effectués par les contrevenants potentiels comme moi. Bien entendu, la première question que j'ai posée à ce malheureux étudiant fut d'élaborer le comportement optimal des délinquants et de la police, chose que je n'avais pas encore faite »³³¹.

Dès lors, grâce aux outils de l'analyse économique, trois questions majeures sur le plan de la criminalité trouvent leur début de réponse : *comment assurer l'efficacité de la règle de droit pénal ? Comment justifier les raisons de l'interdiction ?* Enfin, Gary Becker lui-même imagina qu'on puisse débattre de la question suivante : *l'analyse économique de la criminalité peut-elle contribuer à la disparition du crime ?* Evidemment, l'hypothèse n'apparut ni possible ni souhaitable, si bien que l'économiste ne pu se donner comme programme de recherche l'explication d'un *niveau optimal de criminalité*.

⇒ Comment assurer l'efficacité de la règle de droit pénal ?

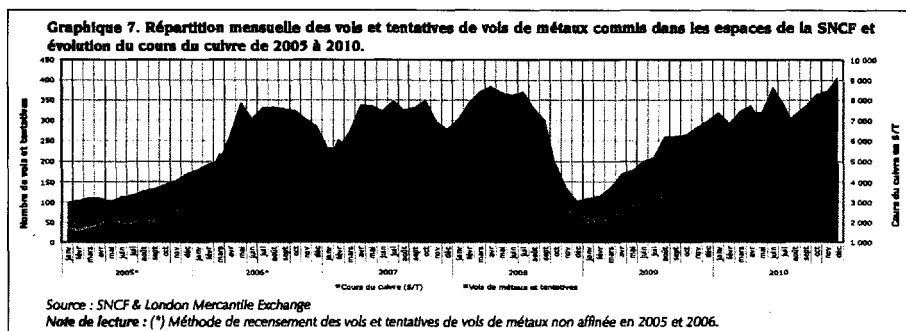
On le sait, pour Becker, la criminalité apparaît essentiellement comme un problème de choix, dicté par les gains et les coûts de l'activité criminelle. Dès lors, trois facteurs apparaissent comme prépondérant pour dicter le futur comportement : **la probabilité d'être sanctionné (ou de ne pas l'être), la sévérité de la peine encourue, et enfin, certains facteurs secondaires comme le contexte économique et social**³³². Non pas que Becker excuse et impute le comportement criminel à une situation macroéconomique, mais postule que le bénéfice d'une activité criminelle peut croître de manière conséquente selon la conjoncture³³³. L'exemple le plus connu est sans conteste celui de l'envol du cours boursier d'une matière première. Est ainsi régulièrement corrélié le nombre de tentatives de vols de cuivre en fonction de son cours³³⁴ :

³³¹ « *I began to think about crime in the 1960s after driving to Columbia University for an oral examination of a student in economic theory. I was late and had to decide quickly whether to put the car in a parking lot or risk getting a ticket for parking illegally on the street. I calculated the likelihood of getting a ticket, the size of the penalty, and the cost of putting the car in a lot. I decided it paid to take the risk and park on the street. (I did not get a ticket.) As I walked the few blocks to the examination room, it occurred to me that the city authorities had probably gone through a similar analysis. The frequency of their inspection of parked vehicles and the size of the penalty imposed on violators should depend on their estimates of the type of calculations potential violators like me would make. Of course, the first question I put to the hapless student was to work out the optimal behavior of both the offenders and the police, something I had not yet done.* » (Gary Becker, « Nobel Lecture : The Economic Way at Looking at Behavior » in *Journal of Political Economy* 1993, vol. 101, n° 3, p. 385-409).

³³² De la combinaison de ces paramètres résulte – ou non – la décision d'enfreindre la règle de droit pénal selon un calcul dit « d'espérance d'utilité » (Alexandre Delaigue & Stéphane Ménia, *Sexe, drogue et économie : pas de sujets tabou pour les économistes*, Pearson, 2008, p. 29).

³³³ Daniel Lee & Stephen Holoviak, « Unemployment and crime : an empirical investigation » in *Applied Economics Letters*, Taylor & Francis Journals 2006, vol. 13, n° 12, p. 805-810 ; Bernard Laffargue & Thierry Godefroy, « Crise économique et criminalité. Criminologie de la misère ou misère de la criminologie ? » in *Déviante et société* 1984, vol. 8, n° 1, p. 73-100 ; Hugues Lagrange, « Crime et conjoncture socio-économique » in *Revue Française de Sociologie* 2001, vol. 42, n° 1, p. 57-79.

³³⁴ Valérie Bonvoisin, « Les vols de métaux en France métropolitaine en 2010 » in *Focus, note statistique de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales*, n° 7, juin 2012.



Dès lors pour Becker, pour que la règle de droit pénal soit efficace, tout repose sur la *dissuasion* : la règle doit penser une sanction dissuasive dont le calcul tiendrait compte, 1^o) du gain espéré par le criminel en cas de violation de la règle et, 2^o) de la probabilité d'être sanctionné pour cette violation. Autrement dit, il faut et il suffit que la règle soit suffisamment dissuasive pour que le résultat du calcul coûts/avantages décourage le potentiel contrevenant. En revenant à l'exemple des vols de cuivre, difficile de ne pas donner raison à Becker : jusque là, un nombre plus ou moins fixe de délinquants s'y adonnait en raison d'un calcul rationnel leur étant propre. Mais dès lors que le cours grimpe, celui-ci entraîne avec lui le bénéfice attendu de l'activité criminelle. L'augmentation des vols s'explique par l'entrée de nouveaux arrivants sur le marché du vol de cuivre³³⁵ tant du côté de l'offre de cuir volé (délinquants) que de sa demande (receleurs). Enfin, la volonté d'accroître leurs profits poussent évidemment les participants déjà présents sur le marché à accroître la fréquence de leurs vols.

La *dissuasion* joue donc un rôle clé chez Becker. Ce fait n'est pas sans conséquences, et génère en outre d'autre problématiques. La conséquence tout d'abord. Si les sanctions pénales ont pour fonction de dissuader les délinquants, alors il faut que les sanctions soient *au moins proportionnelles* à la gravité des délits afin d'être efficaces, ce que Cesare Beccaria proposait déjà en affirmant que « L'intérêt de la société est non-seulement qu'il ne se commette point de crimes, mais encore qu'ils soient plus rares à proportion qu'ils en violent plus les lois. Le tort qu'ils font au bien public et les motifs qui portent à les commettre doivent donc être la mesure du frein qu'on cherche à leur opposer ; il doit donc exister une proportion entre les délits et les peines »³³⁶. Les pénalistes contemporains – notamment Jean Pradel – parleront alors « d'arithmétique pénale »³³⁷, sans se prévaloir explicitement des travaux de l'AED. En réalité, et grâce au recours à la théorie des jeux³³⁸, l'économiste sait que le législateur se devra de manœuvrer en fonction de deux variables supplémentaires, à savoir la **probabilité d'arrestation et l'effectivité de la sanction**. Ces deux derniers facteurs s'avèrent véritablement prépondérant :

³³⁵ Dès lors qu'il existe une demande et une offre pour le cuivre volé, le qualificatif de « marché » s'applique, quand bien même il s'agirait d'un marché noir ou illégal.

³³⁶ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 18.

³³⁷ Jean Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1991, p. 45.

³³⁸ Sur ce sujet voir Louis-André Gérard Varé « Quelques problèmes de rationalité posés par la théorie des jeux » in *Journal des économistes et des études humaines*, vol. I, n° 4, décembre 1990, p. 419-458.

<i>Probabilité d'être arrêté</i>	<i>Dureté de la sanction</i>	<i>Dissuasion*</i>
Élevée	Faible	Faible
Élevée	Élevée	Fort
Faible	Élevée	
Faible	Faible	

Cas où l'effectivité de la sanction peut influencer le niveau de dissuasion

Cas où l'effectivité de la sanction n'a aucune influence sur le niveau de dissuasion

* L'analyse économique de la criminalité suppose que les agents possèdent une forte aversion pour le risque.

Dès lors que la probabilité d'être arrêté est faible, la dissuasion s'avère inévitablement faible. Mais lorsqu'elle est élevée, la dureté de la sanction devient à son tour le facteur déterminant. L'exemple typique d'une infraction régulièrement commise, malgré la forte probabilité d'être sanctionné, est sans conteste celle consistant à voyager à bord de trains SNCF régionaux sans billet³³⁹. De fait, il est communément admis que malgré un fort taux de contrôle, la fraude persiste en raison : 1°) d'amendes relativement peu élevées (25 à 35 € maximum en 2014) et, 2°) d'un taux de recouvrement des amendes extrêmement faibles (sur la totalité des PV dressés, seuls 11,6 % sont effectivement payés par les fraudeurs³⁴⁰), poussant ainsi la SCNF à augmenter le montant des amendes à 50 € dès janvier 2015, mais également accroître sa coopération avec l'administration afin de rendre davantage effectives les sanctions.

Mais si l'AED plaide pour le durcissement des sanctions pénale afin d'endiguer la criminalité, il serait cependant faux d'en déduire un plaidoyer pour un système répressif à l'extrême, voire totalitaire : la perte des droits et libertés individuelles serait incontestablement plus grave que les quelques délits que cette privation entraverait. Ensuite, même si l'AED plaide pour un durcissement des sanctions, la finalité n'en n'est pas moins de diminuer le nombre de condamnations. D'une part parce que le but est évidemment la dissuasion (c'est-à-dire l'absence de passage à l'acte) et non la *répression* (c'est-à-dire la sanction *a posteriori*)³⁴¹, d'autre part parce que l'AED peine à justifier la sanction de l'intention de transgresser la règle de droit pénal, ne la concevant pas comme une transgression à proprement parler³⁴².

³³⁹ En 2010, sur la seule région PACA, pas moins de 30 % des voyageurs déclaraient avoir voyagé en situation irrégulière au cours des 12 derniers mois (Rapport « La fraude des voyageurs sur le réseau TER PACA. Synthèse et préconisations », 16 janvier 2012, p. 9).

³⁴⁰ Élodie Toustou, « Plan anti-fraude de la SNCF : des amendes multipliées par quatre dès cet automne ? » in *L'Express* du 9 septembre 2014.

³⁴¹ S'ajoute à cela le fait que le rôle du système pénal n'est pas uniquement *dissuasif* ou *répressif* mais également *curatif* en se donnant pour finalité de transformer les mentalités des individus afin d'éviter la récidive.

³⁴² Ce à quoi les juristes répondent traditionnellement que l'intention n'est que la manifestation d'un acte criminel ayant échoué pour des raisons étrangères à la volonté de son auteur. Autrement dit, l'intention doit être sanctionnée au même titre que les faits criminels au motif que les deux cas traduisent une volonté d'enfreindre la règle de droit. Seule la finalité, à savoir la réussite ou l'échec de la transgression, importe dans la *qualification* mais pas dans la sanction.

Des problématiques ensuite, puisque dès lors que la question de l'efficacité des sanctions pénales est résolue, il convient de **déterminer exactement le contenu de l'activité criminelle**, afin de tendre vers un **niveau optimal de criminalité**.

⇒ Comment justifier les raisons de l'interdiction ?

Sans revenir sur la distinction effectuée *supra* entre le droit et la morale, entre le vice et le crime, ou entre ce qui relève de l'individu et ce qui relève de la société, la question de la *raison* de l'interdiction est aussi importante que sa sanction dans la compréhension de son (non)-respect. La tradition juridique a pendant longtemps répondu à cette question de manière quasi-péremptoire, en atteste l'adage latin, « *Dura Lex, Sed Lex* » : *aussi dure soit la loi, elle demeure la loi*. Le respect de la règle de droit s'imposerait alors en raison de son caractère impérieux, de son origine législative. Parce qu'elle est votée par le Parlement – dont les membres sont élus démocratiquement – la loi ne saurait incarner autre chose que la souveraineté populaire et l'intérêt général. C'est là le cœur du légicentrisme³⁴³. Et même si la Doctrine a pu connaître une évolution certaine au sortir de la Seconde Guerre Mondiale au profit d'un constitutionnalisme assumé³⁴⁴ – la loi ne vaut et n'est l'expression de la volonté générale que dans la respect de la Constitution – force est de constater que cela ne touche qu'aux conditions (de fond ou de forme) de validité de la loi. En effet, la Constitution, en ce qu'elle représente un *jus cogens* (c'est-à-dire un ensemble de règles impératives) s'imposant de manière croissante³⁴⁵ au législateur, ne fait que le limiter dans l'exercice de son pouvoir mais ne justifie en rien le caractère impératif de la loi.

En réalité, il paraît difficile de justifier le caractère impératif de la loi au regard des raisonnements précédents : dès lors qu'elle souhaite être perçue comme fin et moyen, la logique législative s'avère *tautologique*. L'apport de l'AED est sans aucun doute salutaire en ce sens qu'elle se base sur la rationalité des individus. En effet, la règle de droit se justifie par son caractère *normatif* (mais non forcément instrumental),

³⁴³ Dominique Turpin, *Droit Constitutionnel*, PUF, coll. *Droit Fondamental*, 1999, p. 127 et suivantes.

³⁴⁴ François Saint-Bonnet, « Le droit contre la loi, regards sur les mutations du droit constitutionnel au xx^e siècle » in Simone Goyard-Fabre (dir.), *L'État au XX^e siècle : regards sur la pensée juridique et politique du monde*, Vrin, 2004, p. 111 et suivantes.

³⁴⁵ Il est certain que la Constitution et son gardien, à savoir le Conseil Constitutionnel, ont vu croître leur influence depuis les années 1970 (Bruno Genevois, « L'influence du Conseil Constitutionnel » in *Pouvoirs* 1989, n° 49, p. 47-56 ; Bastien François, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France » in *Revue française de science politique* 1997, vol. 47, n° 3-4, p. 377-404). Mais depuis quelques années, cette emprise se veut d'autant plus vigilante que le Conseil Constitutionnel dégage de nouveaux principes aussi salutaires que contraignants à l'égard du législateur, ces mêmes principes étant, du moins en théorie, toujours rattachés aux valeurs constitutionnelles. Pour un aperçu de ces nouveaux principes constitutionnels en droit fiscal, voir notamment Martin Collet, *L'impôt confisqué*, Odile Jacob, 2014 ainsi que Loïc Philip, *Droit fiscal constitutionnel : évolution d'une jurisprudence*, Economica, 2014. Cette vision du Conseil Constitutionnel comme gardien unique du juste et comme protecteur en dernier ressort des droits fondamentaux n'a cependant pas été sans soulever d'importantes critiques, notamment sur sa légitimité. Sur ce dernier point, voir Mauro Cappelletti, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle » in *Revue internationale de droit comparé* 1981, vol. 33, n° 2, p. 625-657 ; Louis Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », in *Revue Internationale de droit comparé* 1994, vol. 46, n° 2, p. 557-581 ; Guillaume Drago, Bastien François, Nicolas Molfessis (dir.), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999 ou encore Philippe Blachère, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? » in *Pouvoirs* 2003, vol. 2, n° 105, p. 17-28.

en ce qu'elle **produit une obligation sociale, laquelle sert 1°) à prévenir réguler les conflits, 2°) à bannir les comportements non généralisables**³⁴⁶ et, au final, **3°) réduire l'incertitude quant aux comportements d'autrui**. En cela, le respect de la règle de droit passe avant tout et surtout par sa compréhension par les sujets de droit : en matière de Code de la Route par exemple, pourquoi les individus s'arrêtent-ils au feu rouge ? Non pas que la probabilité d'être arrêté et verbalisé soit élevée en cas de transgression, mais que la probabilité d'être victime d'un accident l'est d'avantage. Autrement dit, la plupart des individus comprennent *qu'il est dans leur intérêt* de limiter leur liberté, et donc de respecter la règle. Le raisonnement est d'autant plus valide que le respect de la règle entraîne de fait une réduction significative de *l'incertitude*. En effet, lorsque la règle s'impose et est respectée de tous, le comportement d'autrui devient d'autant plus prévisible. Parce qu'elle table sur leur rationalité pour comprendre le *sens de la règle*, mais également sur leur volonté de réduire l'incertitude quant au comportement d'autrui, l'analyse économique de la criminalité est sans doute le meilleur plaidoyer pour la pédagogie juridique. Si les individus sont rationnels, alors la compréhension de la loi par les sujets de droit est une variable déterminante dans leur calcul coûts/avantages lorsqu'ils décident de l'enfreindre.

⇒ Vers un niveau optimal de criminalité ?

Pour l'économiste comme pour le juriste, le constat est sans appel : la criminalité est évidemment une source de désagréments et n'a, à ce titre, rien de bénéfique ni de souhaitable. Pourtant, éradiquer la criminalité demeure ni possible ni souhaitable (cf. *supra*), si bien que l'AED s'est très vite prononcé en faveur d'un « niveau optimal de criminalité ». La formulation est ambiguë : l'économiste ne prétend pas que certains crimes soient positifs *a fortiori* bénéfiques, mais simplement qu'il existe un niveau au-delà duquel la lutte contre la délinquance n'est pas efficiente, son coût social étant supérieur au bien-être escompté³⁴⁷. Autrement dit, l'utilité procurée par une baisse de la délinquance n'équivaut pas à la désutilité consistant à consacrer davantage de moyens financiers, humains et/ou techniques contre la criminalité. **Parce que l'éradication complète du crime est impossible, l'analyse économique du crime s'emploie donc essentiellement à essayer de déterminer jusqu'à quel point la tentative de réduction de la criminalité s'avère efficace.** Autrement dit, la méthode consiste « à réduire le taux de criminalité jusqu'à ce que les coûts marginaux de réduction de la criminalité dépassent les avantages marginaux »³⁴⁸. Car c'est bien là tout l'enjeu de *l'efficience* au sens des économistes : quelle règle de droit s'avère être la moins consommatrice de ressources tout en étant la plus dissuasive possible ?

Dès lors, et comme le résume parfaitement Guillaume Royer, « Les outils économiques et l'analyse marginale de la criminalité conduisent à établir une gradation dans la lutte contre la délinquance. Les comportements anti-sociaux les plus graves sont par évidence ceux qui portent le plus atteinte au bien-être social. Dès lors, c'est vers leur élimination que vont en premier se porter les efforts de la police et de la justice répressive. Les dépenses publiques investies pour l'élimination de ces comportements les plus graves seront, à la marge, très bien employées. Ensuite, pour

³⁴⁶ Emmanuel Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Vrin, 2002 [1785].

³⁴⁷ Guillaume Royer, *L'analyse économique et le droit criminel*, Lc Manuscrit, 2005, p. 199.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 204.

les comportements moins dangereux, l'emploi des ressources publiques sera un peu moins intéressant car il protégera une valeur moins génératrice de bien-être social. Enfin, on arrivera à un point où l'emploi des deniers publics ne sera plus nécessaire car la poursuite du bien-être social ne dictera plus l'élimination des comportements en question. Dans cette dernière hypothèse, les ressources employées auront une marginalité négative et le raisonnement économique ne justifiera plus de mener des actions permettant de réduire le niveau de criminalité »³⁴⁹. Mais au-delà des calculs, le rôle de la déclinaison pratique du modèle *supra* appartient aux juristes, avec évidemment toutes les difficultés que les effets pervers de la loi peuvent comporter, le législateur ne pouvant totalement contrôler l'action des sujets de droits³⁵⁰.

Aussi originale soit la pensée de Gary Becker, l'homme n'a évidemment pas pu, à lui seul, couvrir l'intégralité de la matière. Nombreux cependant sont ses disciples : rien qu'en matière de criminalité, d'abondantes études économétriques ont vu le jour afin de tester la validité du modèle beckérien³⁵¹ et de nombreux articles universitaires constituent une importante littérature clairement inspirée de ses travaux³⁵². D'autres économistes ont à leur tour commencé à élaborer des théories économiques visant à expliquer – et donc permettant de lutter contre – la criminalité, instaurant ainsi une véritable concurrence entre les économistes eux-mêmes d'une part, entre les juristes, criminologues et économistes d'autre part.

⇒ L'héritage beckérien : une concurrence économistes/criminologues

Quel lien entre l'avortement et le niveau de criminalité ? Bien qu'elle ait de quoi surprendre, la question émane du fils spirituel de Becker, à savoir Steven Levitt.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 207.

³⁵⁰ Voir Adam Smith cité *supra*.

³⁵¹ Denis Fougère, François Kramarz & Julien Pouget, « L'analyse économétrique de la délinquance : une synthèse de résultats récents » in *Revue Française d'Économie* 2005, vol. 19, n° 19-3, p. 3-55.

³⁵² La littérature est majoritairement anglo-saxonne (voir également *infra*) : Gordon Tullock, « An Economic Approach to Crime » in *Social Science Quarterly* 1969, n° 50, p. 59-71 ; Robert Hann, « Crime and the Cost of Crime : An Economic Approach » in *Journal of Research in Crime and Delinquency* 1972, vol. 9, n° 1, p. 12-30 ; Simon Rottenberg, *The Economics of Crime and Punishment*, American Enterprise Institute, 1979 ; William Luksetich & Michael White, *Crime and Public Policy : An Economic Approach*, Little, Brown, & Co., 1982 ; George Fletcher, « A Transaction Theory of Crime ? » in *Columbia Law Review* 1985, vol. 85, p. 921-30 ; Alvin Klevorick, « On the Economic Theory of Crime » in Roland Pennock & John Chapman, *Criminal Justice*, New York University Press, 1985, p. 289-344 ; Michael Parkin, « The Economics of Crime » in *Economic Times* 1995, vol. 4, n° 1, p. 2-48 ; Isaac Ehrlich « Crime, Punishment, and the Market for Offenses » in *The Journal of Economic Perspectives* 1996, vol. 10, n° 1, p. 43-6 ; John Dilulio, « Help Wanted : Economists, Crime, and Public Policy » in *The Journal of Economic Perspectives* 1996, vol. 10, n° 1, p. 3-24 ; Erling Eide, Paul Rubin & Joanna Shepherd, « Economics of Crime », in *Foundations and trends in Microeconomics* 2006, vol. 2, n° 3, p. 205-279. La littérature en langue française commence cependant à voir le jour : Frédéric Jenny, « La théorie économique du crime : une revue de la littérature » in Jean-Jacques Rosa & Florin Aftalion (dir.), *L'Économie retrouvée : vieilles critiques et nouvelles analyses*, Economica, 1977, p. 296-324 ; Gilles Leloup, *Crime et analyse économique*, thèse de doctorat en sciences économiques sous la direction de Jean Debenest présentée et soutenue en 1991 à l'Université d'Angers ; Nicolas Marceau & Steeve Mongrain, « Dissuader le crime : un survol » in *L'Actualité économique* 1999, vol. 75, p. 123-147 ; Nicolas Marceau & Steeve Mongrain, « Dissuasion du crime et concurrence entre juridictions » in *Revue d'économie politique* 2002, vol. 112, n° 6, p. 905-919 ; Lydie Ancelot & Myriam Doriat-Duban, « Analyse économique du plaidier coupable » in *Revue économique* 2010, vol. 61, n° 2, p. 237-261 ; Camille Hémec, « L'approche beckérienne de la transgression des lois » in *Regards croisés sur l'économie* 2014/1, n° 14, *Lumières sur les économies souterraines*, La Découverte, 2014, p. 209-212.

Et bien que sa thèse ne fasse pas l'unanimité³⁵³, l'explication de la baisse substantielle de la criminalité aux États-Unis dans les années 1990³⁵⁴ tient dans l'arrêt de la Cour Suprême *Roe vs Wade* du 22 janvier 1973. En légalisant l'avortement au niveau fédéral, la haute juridiction a permis aux femmes ne bénéficiant pas d'une situation matérielle leur permettant d'élever un enfant d'avorter. Le but : éviter à l'enfant non désiré de devenir criminel en raison de sa situation sociale³⁵⁵. De ce point de vue, il est évident que Levitt s'inspire pour partie des travaux établissant un lien causal entre pauvreté et criminalité³⁵⁶. Mais la conclusion est sans appel : dès lors que sa théorie est acceptée, l'accès à la contraception et à l'avortement sont des facteurs déterminants dans la baisse de la criminalité³⁵⁷. Mais au-delà de cette cause particulière, il est certain que Levitt se situe dans la droite lignée de Becker lorsque celui-ci passe au crible les « explications de la baisse de la criminalité citées dans les articles de 1991 à 2001 par les dix journaux à plus fort tirage »³⁵⁸ :

Explication de la baisse de la criminalité	Nombre d'occurrences
1. Nouvelles méthodes policières	52
2. Durcissement des peines de prison	47
3. Bouleversement des marchés du crack et des autres drogues	33
4. Vieillesse de la population	32
5. Durcissement des lois sur le contrôle des armes	32
6. Bonne santé économique	28
7. Renforcement des effectifs de la police	26
8. Toute autre explication (recours accru à la peine capitale, loi sur les armes dissimulées, rachat d'armes par les autorités et autres)	34

³⁵³ Christopher Foote & Christopher Goetz, « The Impact of Legalized Abortion on Crime : Comment » in *Quarterly Journal of Economics* 2008, vol. 123, n° 1, p. 407-423.

³⁵⁴ La question fascine toujours autant la doctrine américaine : Philip Cook, Stephen Machin, Olivier Marie & Giovanni Mastrobuoni, *Lessons from the Economics of Crime : what reduces offending ?*, The MIT Press, 2013.

³⁵⁵ Steven Levitt, *Freakonomics*, op. cit., p. 203 et suivantes ; voir également John Donohue & Steven Levitt, « The Impact of Legalized Abortion on Crime » in *Quarterly Journal of Economics* 2000, vol. 116, n° 2, p. 379-420.

³⁵⁶ Pat Carlen, *Women, crime, and poverty*, Open University Press, 1988 ; James Short & Robert Bursik, « Poverty, Ethnicity, and Violent Crime » in *American Journal of Sociology* 1998, vol. 104, n° 3, p. 906-907 ; Jens Ludwig, Greg Duncan & Paul Hirschfeld, « Urban poverty and juvenile crime : evidence from a randomized housing-mobility experiment » in *The Quarterly Journal of Economic* 2001, vol. 116, n° 2, p. 655-679 ; Marc Hooghe, Bram Vanhoutte, Wim Hardyns & Tuba Bircan, « Unemployment, Inequality, Poverty and Crime : spatial Distribution Patterns of Criminal Acts in Belgium » in *The British Journal of Criminology* 2001, vol. 51, n° 1, p. 1-20 ; Halvor Mehlum, Edward Miguel & Ragnar Torvik, « Poverty and crime in 19th century Germany », in *Journal of Urban Economics* 2006, vol. 59, n° 3, p. 370-388 ; Philippe Pons, *Misère et crime au Japon du XVII^e siècle à nos jours*, Gallimard, 1998 ; Jean-Marie Fecteau, *La liberté du pauvre : crime et pauvreté au XIX^{ème} siècle québécois*, VLB, 2005.

³⁵⁷ Steven Levitt, *Freakonomics*, op. cit., p. 205 et suivantes.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 177.

Pour Levitt, quatre des huit explications ont un réel impact³⁵⁹ sur la criminalité : la bonne santé économique³⁶⁰, le durcissement des peines de prison³⁶¹, les nouvelles méthodes policières ainsi que l'effondrement du marché de la drogue³⁶², **lesquelles sont d'autant de facteurs jouant sur le calcul rationnel des potentiels criminels**. Les autres propositions, dont certaines font toujours l'objet d'intenses débats, sont alors réfutées : la peine de mort aurait un effet dissuasif quasi-nul³⁶³, le renforcement des effectifs de police s'expliquerait pour des raisons électorales³⁶⁴ tandis que la régulation des armes échoue en raison du fait que « pour celui qui a l'intention d'en faire usage, l'incitation à rendre son arme est bien faible au regard de ce qu'on peut raisonnablement lui offrir en compensation »³⁶⁵. Pire, parce que la régulation encourage le marché noir, celle-ci devient contre-productive et finit par conduire à augmenter la criminalité.

Et c'est sans doute là l'un des plus grands apports de l'AED à l'étude de la criminalité : et si la loi pénale, au lieu d'endiguer le crime, en était parfois la source principale ? Comme le rappellent Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, « le marché noir est l'ensemble des activités économiques volontairement réalisées en marge des contrôles de l'État »³⁶⁶, soit l'ensemble des trafics d'objets ou services prohibés ou réglementés. Et si les économistes se sont depuis longtemps intéressés aux effets de la prohibition³⁶⁷ – la question de la réglementation sera traitée au sein de la prochaine

³⁵⁹ Bien que, dans tous les cas pour Levitt, cet impact ne peut être aussi important que celui de l'avortement.

³⁶⁰ Sauf pour les crimes n'ayant aucun lien avec la conjoncture.

³⁶¹ Les principales études empiriques sur la question démontrent un « lien négatif entre la taille de la population carcérale et le taux de criminalité » (Bruno Deffains & Eric Langlais, *Analyse Économique du Droit*, op. cit., p. 182) mais ces études ne savent conclure s'il s'agit d'un effet dissuasif ou incapacitant. Sur ce sujet, voir Tomislav Kovandzic & Lynne Vieraitis, « The Effect of County-Level Prison Population Growth on Crime Rates » in *Criminology and Public Policy* 2006, vol. 2, p. 213-244. D'autres études empiriques sur la prison établissent en revanche un lien causal entre la dureté des conditions de détention et le taux de récidive ; voir par exemple Lynne Vieraitis & Tomislav Kovandzic, « The Criminogenic Effects of Imprisonment : Evidence from State Panel Data 1974-2002 » in *Criminology and Public Policy* 2007, vol. 6, p. 589-622.

³⁶² Steven Levitt, *Freakonomics*, op. cit., p. 178 et suivantes.

³⁶³ Steven Levitt & Thomas J. Miles, « Economic Contributions to the Understanding of Crime » in *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 2, p. 147-164. Les études empiriques en la matière divergent au point de se contredire : les résultats diffèrent sensiblement selon la méthodologie. Pour un aperçu voir Isaac Ehrlich, « The Deterrent Effect of Capital Punishment : A Question of Life and Death » in *American Economic Review* 1975, vol. 65, n° 3, p. 397-417 ou encore Tomislav Kovandzic, Lynne Vieraitis & Denise Boots, « Does the Death Penalty Save Lives ? New Evidence from State Panel Data, 1977 to 2006 » in *Criminology and Public Policy* 2009, vol. 8, p. 801-841.

³⁶⁴ Pour des travaux concluant sur un lien causal entre les effectifs de police et la baisse de la criminalité, voir Stephen Machin & Marie Olivier, « Crime and police resources : the street initiative » in *Journal of European Economic Association*, vol. 9, n° 4, p. 678-701. Voir aussi John Worrall & Tomislav Kovandzic, « Police Levels and Crime Rates : A Complete Instrumental Variables Approach » in *Social Science Research* 2010, vol. 39, n° 3, p. 506-516.

³⁶⁵ Alexandre Delaiguc, Stéphane Ménia, op. cit., p. 31 ; sur la question du port d'armes voir également Gary Kleck & Tomislav Kovandzic, « City-Level Characteristics and Individual Handgun Ownership : Effects of Collective Security and Homicide » in *Journal of Contemporary Criminal Justice* 2009, vol. 25, p. 45-66 ou encore Isaac Ehrlich & Tetsuya Saito, « Taxing Guns vs. Taxing Crime : An Application of the "Market for Offenses Model" » in *Journal of Policy Modeling* 2010, vol. 32, n° 5, p. 670-89.

³⁶⁶ Ejan Mackaay & Stéphane Rousseau, *Analyse Économique du Droit*, op. cit. p. 167.

³⁶⁷ Pour une approche du sujet, voir Mark Harrison Moore & Dean Gerstein, *Alcohol and Public Policy : Beyond the Shadow of Prohibition*, National Academy Press, 1981 ; Mark Thornton, *The Economics of Prohibition*, University of Utah Press, 1991 ; Kenneth Meier, *The Politics of Sin : Drugs, Alcohol and Public Policy*, Sharpe,

section – la littérature récente s’est quant à elle notamment focalisée sur l’analyse économique de la drogue³⁶⁸ et des effets de l’interdiction sur celle-ci³⁶⁹. De fait, parce que les acteurs du marché noir pratiquent une activité illégale, ces derniers ne peuvent ester en justice en cas de conflits, et doivent donc se rendre justice eux-mêmes. Une fois sortis du « contrat social » rousseauiste, les agents présents sur le marché noir tentent cependant d’imiter les règles du marché légal, mais sans le règne du droit (« *Rule of Law* »). **À ce titre, le marché noir n’est un « marché » que de nom puisque non régulé par le droit³⁷⁰, mais au contraire, par l’absence de droit, d’où naissent des externalités négatives** (trafics, guerres des gangs, violences, etc.).

Pire, les politiques publiques visant la lutte contre la drogue aggravent le problème : parce qu’elles s’attaquent traditionnellement à l’offre de drogue, ces mêmes politiques entraînent l’augmentation du prix des substances illicites³⁷¹.

1994 ; Stuart Scheingold, « *Politics, Public Policy, and Street Crime* » in *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 1995, vol. 539, Reactions to Crime and Violence, p. 155-168, Edward Behr, *L’Amérique hors-la-loi : La folle épopée de la prohibition*, Plon, 1996 ; Daniel Okrent, *Last Call : The Rise and Fall of Prohibition*, Scribner, 2010 ; François Monti, *Prohibitions*, Les Belles Lettres, 2014.

³⁶⁸ Pierre Kopp, « Les analyses formelles des marchés de la drogue » in *Tiers-Monde* 1992, vol. 33, n° 131, p. 565-579 ; David Weisburd, Lorraine Green & Debra Ross, « Analyse spatiale des crimes commis sur la rue à l’intérieur des marchés de drogues » in *Criminologie* 1994, vol. 27, n° 1, p. 49-67 ; Joseph Fuentes, « *Drug Supply and Demand : The Dynamics of the American Drug Market and Some Aspects of Colombian and Mexican Drug Trafficking* » in *Journal of Contemporary Criminal Justice* 1999, vol. 15 n°4, p. 328-351 ; Nacer Lalam, *Déterminants et analyse économique de l’offre de drogues illicites en France*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction de Pierre Kopp soutenue et présentée publiquement en 2001 à l’Université Paris I Panthéon-Sorbonne ; Pierre Kopp, *Économie de la drogue*, La Découverte, coll. Repères, 2005 ; Sylvaine Poret, « Vers une analyse économique des politiques publiques des drogues ? » in *Revue française d’économie* 2006, vol. 20, n° 4, p. 161-203 ; Sylvaine Poret, « L’impact des politiques répressives sur l’offre de drogues illicites : une revue de la littérature théorique » in *Revue économique* 2006, vol. 57, n° 5, p. 1065-1091 ; Pierre Kopp, *Political Economy of Illegal Drugs*, Routledge, 2014 ; Larry Gaines & Janine Kremling, *Drugs, Crime, and Justice : Contemporary Perspectives*, Waveland Press Inc., 3^e édition, 2014.

³⁶⁹ Ethan Nadelmann, « Drug prohibition in the United States : costs, consequences, and alternatives » in *Science* 1989, vol. 245, n° 4921, p. 939-947 ; Diana Gordon, *The Return of the Dangerous Classes : Drug Prohibition and Policy Politics*, Norton & Co, 1994 ; Ernest Druckert, « Drug Prohibition and Public Health : It’s a Crime » in *Australian & New Zealand Journal of Criminology* 1995, vol. 28, n° 1, p. 67-73.

³⁷⁰ Sur le fait que droit et marché soient consubstantiels, nous renvoyons le lecteur au chapitre premier.

³⁷¹ Il s’agit là d’une application élémentaire du principe de la loi de l’offre et de la demande. Le prix de la plupart des drogues ne s’explique pas en raison du coût des matières premières, relativement abordables, mais en raison du coût et du risque supporté par l’offre. De fait, l’interdiction ne fait pas disparaître la demande, mais raréfie l’offre. L’écart substantiel entre l’offre et la demande entraîne donc l’augmentation du prix, laquelle explique la hausse de la criminalité en raison du caractère attractif – mais risqué – de l’offre criminelle. Du côté de la demande, c’est ce même prix élevé qui incite les consommateurs à se procurer illégalement le pouvoir d’achat nécessaire à leur consommation. Le rapport dressé par la *London School of Economics* sur ce sujet (*Ending the Drug Wars : report of the LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy*, mai 2014), dont le contenu fut ratifié par quatre Prix Nobel d’économie (Kenneth Arrow, Vernon Smith, Thomas Schelling et Oliver Williamson) estime ainsi que sur neuf millions de personnes emprisonnées dans le monde, 40 % le sont pour un délit lié à la drogue. Aux États-Unis, ce même chiffre dépasse les 50 %. Le rapport de la LSE fait cependant le constat d’une baisse du prix des drogues en Occident depuis 30 ans : 78 % environ pour l’héroïne et 73 % pour la cocaïne. Ces chiffres ne sont cependant pas contradictoires avec ce qui a été énoncé supra : les politiques publiques, lorsqu’elles s’attaquent à l’offre de drogue, entraînent à court terme l’augmentation du prix des substances illicites, les nouveaux entrants le faisant baisser à long terme en raison des mécanismes concurrentiels. Sur le lien entre drogues et délinquances, voir également Michel Setbon, « Drogue, facteur de délinquance ? D’une image à son usage » in *Revue française de science politique* 1995, vol. 45, n° 5, p. 747-774 ; Pierre Kopp, « Analyse économique des relations entre drogue et délinquance » in *Les Cahiers de la Sécurité Intérieure* 1998, vol. 32, p. 29-45 ; Serge Brochu, *Drogue et criminalité : une relation complexe*, PUM, 2^e édition, 2006, Henri Bergcron, *Sociologie de la drogue*, La Découverte, coll. Repères, 2009, p. 59-78.

En appliquant le modèle beckerien, l'économiste comprend dès lors *pourquoi la lutte contre la drogue ne fait qu'encourager des individus à rentrer sur ce marché illégal*. Au final, bon nombre d'économistes finissent par plaider pour la dépénalisation³⁷², laquelle induit l'introduction du droit, de la concurrence et de la réglementation sur ces mêmes marchés. De nombreuses études empiriques démontrent alors les effets bénéfiques de telles décisions³⁷³, de la baisse de la consommation sur le long terme, jusqu'à l'augmentation... des recettes fiscales³⁷⁴.

Si la conclusion de l'AED sur de tels sujets est évidemment *libérale*, c'est en raison de ses objectifs : comme étudié *supra*, le but n'est pas une absence de criminalité mais son niveau optimal. **De fait, la légalisation des marchés noirs amènent la reconversion de la force publique préalablement engagée dans leur combat au profit de la lutte contre des crimes plus coûteux socialement. Du point de vue de l'AED, la légalisation des marchés noirs apparaît donc comme la solution optimale, parce qu'elle arrive à endiguer la criminalité de manière quasi-certaine sans consommer de ressources.** Là encore, la dissension existante entre le droit et l'économie s'expliquent incontestablement par l'amoralité de la méthodologie économique. Si la criminologie a régné sur l'explication et la compréhension de la délinquance pendant la première moitié du xx^e siècle³⁷⁵, la théorie économique du crime apparaît aujourd'hui comme un modèle explicatif et descriptif suffisamment robuste pour intéresser les juristes d'une part, pour concurrencer les criminologues d'autre part. Pour preuve, certains juristes français, loin d'ignorer cet apport, y consacrent au sein de leurs ouvrages une place certes restreinte, mais fortement appréciable³⁷⁶.

³⁷² Kathryn Farr « Revitalizing the Drug Decriminalization Debate » in *Crime & Delinquency* 1990, vol. 36, n° 2, p. 223-237 ; London School of Economics, *Ending the Drug Wars : report of the LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy*, mai 2014. Ce dernier rapport en appelle à la fin des politiques anti-drogues menées depuis 1961 par l'Organe International de Contrôle des Stupéfiants (OICS), sous l'égide de l'ONU en raison de leurs coûts financiers, humains (violences policières, lutte contre gangs, déstabilisations politiques, troubles sanitaires, ralentissements économiques) voire même constitutionnels (en ce sens, voir Alejandro Madrazo Lajous « The Constitutional Costs of the "War on Drugs" », in *Ending the Drug Wars*, op. cit. p. 55-60).

³⁷³ Voir notamment Glenn Greenwald, *Drug Decriminalization in Portugal : Lessons for Creating Fair and Successful Drug Policies*, Cato Institute, 2009.

³⁷⁴ L'exemple du Colorado, qui a légalisé la consommation de cannabis en janvier 2014, est particulièrement marquant en ce sens que le gouvernement a vu ses recettes fiscales augmenter de 3,5 millions de dollars en un mois, soit des perspectives de l'ordre de plus de 70 millions de dollars par an. Pour une approche approfondie du Colorado, voir David Blake & Jack Finlaw, « Marijuana Legalization in Colorado : Learned Lessons » in *Harvard Law & Policy Review* 2014, vol. 8, n° 2, p. 359-380.

³⁷⁵ Christian Debuyst, Françoise Digneffe & Alvaro Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, tome III : expliquer et comprendre la délinquance (1920-1960)*, Larcier, 2008.

³⁷⁶ Raymond Gassin, Sylvie Cimamonti & Philippe Bonfils, *Criminologie*, op. cit., p. 233 et suivantes.

SECTION II

ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT ET DROIT SOCIAL

Le fait pour les économistes de porter un grand intérêt au droit social ne devrait surprendre personne. Tout d'abord parce que la notion de « travail » apparaît évidemment comme centrale dans l'économie puisqu'il s'agit d'une « activité humaine visant à créer, produire, entretenir des biens et services »³⁷⁷. À ce titre, puisque que travail est synonyme de production, il fut parmi les premiers à être étudiée par les économistes. Adam Smith lui-même ne commence-t-il pas son *Enquête sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations* (1776) en étudiant la division du travail³⁷⁸ ? Mais si le droit du travail, objet d'étude par nature et destination réservé aux juristes, a pu intéresser les économistes, c'est incontestablement parce que la plupart des pays industrialisés ont, depuis longtemps, opté pour le choix d'une réglementation du marché du travail par le droit³⁷⁹.

Et cette réglementation – malgré ses objectifs de régulation³⁸⁰ – fut, dès l'origine, perçue comme antagoniste à l'économie. Ainsi note Umberto Romagnoli, « les relations entre économie et droit du travail sont devenues plus complexes, en revêtant la forme du type des rapports très articulés que seuls deux très chers ennemis peuvent entretenir »³⁸¹. Ou comme le résume parfaitement Tatiana Sachs, « Droit anti-économique par excellence pour les uns, droit nécessaire à l'édification des structures dans lesquelles l'activité économique prend place aux yeux des autres, le droit du travail a toujours entretenu des relations ambivalentes avec l'économie »³⁸². Au final, deux questions demeurent : « Le droit du travail altère-t-il les mécanismes écono-

³⁷⁷ Bernard Gazier, *Économie du travail et de l'emploi*, Dalloz, 2^e édition, 1992, p. 2.

³⁷⁸ Jean-Louis Peaucell, « Raisonner sur les épingles, l'exemple d'Adam Smith sur la division du travail » in *Revue d'économie politique* 2005, vol. 115, n° 4, p. 499-519. D'autres économistes s'intéresseront postérieurement au sujet, notamment Alexis de Tocqueville, Emile Durkheim ou encore Karl Marx. Pour une approche plus globale, voir Daniel Mercure & Jan Spurk, *Le travail dans l'histoire de la pensée occidentale*, PUL, 2003.

³⁷⁹ Jean-Pierre Le Crom, *Deux siècles de droit du travail. L'histoire par les lois*, l'Atelier, 1998 ; Norbert Olszak, *Histoire du droit du travail*, Economica, 2000 ; Jacques Le Goff, *Du silence à la parole : Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, 2004. Sur la fabrication du droit du travail en France et particulièrement sur le syndicalisme, voir Guillaume Bernard & Jean-Pierre Deschodt (dir.) *Les forces syndicales françaises*, PUF, 2010, chapitre I et II, p. 22-45, p. 95-110.

³⁸⁰ Régulation et réglementation ne doivent cependant pas être confondus. La régulation correspond à un processus permettant à l'économie de marché d'être stable et pérenne dans le temps. La doctrine libérale parlera alors de « l'autorégulation du marché » pour désigner l'ensemble des comportements individuels (ajustement de l'offre, de la demande, des prix...) mis en œuvre en réaction aux informations délivrées par le marché (intensité respective de l'offre, de la demande, des prix...). La réglementation désigne quant à elle l'ensemble des règles juridiques établies pour tenter de « réguler » en lieu et place du marché lui-même. Mais la réglementation est régulièrement désignée comme responsable des dysfonctionnements économiques, si bien que pour la doctrine libérale, la distinction est nette : le marché (s'auto)régule, l'État réglemente. Le marché ne peut réglementer, l'État ne peut réguler. Toute déréglementation tend vers la régulation, toute réglementation tend vers la dérégulation. La confusion peut s'avérer d'autant plus aisée au regard de l'expression anglo-saxonne « *regulation* », laquelle traduit non pas la régulation... mais la réglementation.

³⁸¹ Umberto Romagnoli, « Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail » in Antoine Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. *Thèmes & Commentaires*, 2005, p. 7.

³⁸² Tatiana Sachs, *La raison économique en droit du travail : contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ, 2013, p. 1. Voir également Gwenola Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, 2014.

miques ? Existe-t-il une tension extrême entre droit du travail et économie parce que le développement du premier mettrait en péril la seconde, ou que l'épanouissement de celle-ci passerait par la flexibilisation, voire l'éradication, du droit du travail ? »³⁸³.

Comment expliquer alors, cet antagonisme profond, particulièrement présent en France ? Tout simplement parce que l'élaboration du droit du travail lors de la révolution industrielle, puis sa montée en puissance au ^{xx}e siècle, correspondent respectivement à la naissance puis à la percée d'un marxisme assumé au sein de l'Hexagone³⁸⁴. Même la III^e République est caractérisée par un « libéralisme incertain »³⁸⁵. Ainsi note Francis Hordern, « Pendant la première moitié du ^{xix}e siècle un certain nombre de voix s'élèvent pour critiquer le Code Civil qui n'a rien prévu pour les ouvriers »³⁸⁶, si bien que les premières législations du travail vont naître au sein du Code Civil dès les années 1840, avec notamment la loi du 22 mars 1841 portant limitation du temps de travail des enfants. Suivront, à la fin du siècle, la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, ainsi que la loi du 9 avril 1890 sur la rupture du contrat du travail. Si le contexte économique – la révolution industrielle – fut déterminant dans l'élaboration de ce droit du travail, le contexte intellectuel, majoritairement marxiste, du moins par imprégnation, y fut également pour beaucoup.

Voyant dans le travail l'exploitation de l'homme par l'homme, une partie de la Doctrine travailliste a en effet souvent tenté de rétablir l'équilibre du juste en essayant de construire un ordre juridique favorable aux salariés et contraignant à l'égard de l'employeur afin de la limiter la toute-puissance de celui-ci. Pour Robert Charlier, « Si l'État est intervenu [...] c'est principalement pour protéger les salariés contre les excès du pouvoir économique de leurs employeurs »³⁸⁷. **Autrement dit, il s'agissait de faire échapper à la liberté contractuelle des rapports qui, par principe, ne sauraient être égaux**³⁸⁸. Ainsi note Saint-Amand Bazard (1791-1832) à propos du contrat de travail, « Cette transaction est-elle libre de la part de l'ouvrier ? Elle ne l'est pas puisqu'il est obligé de l'accepter sous peine de la vie, réduit comme il l'est à n'attendre sa nourriture de chaque jour que de son travail de la veille [...] l'ouvrier se présente comme le descendant direct de l'esclave ou du serf [...] Dans cet asservissement légal, il ne peut subsister qu'aux conditions qui lui sont imposées par une classe peu nombreuse, celle des hommes qu'une législation, fille du droit de conquête, investit du monopole des richesses, c'est-à-dire du droit de disposer à son gré, et même dans l'oisiveté, des instruments de travail »³⁸⁹. Le propos est évidemment contestable.

³⁸³ Jean Pélissier, « Avant Propos » in Antoine Jeammaud, (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, op. cit., p. 2.

³⁸⁴ Tony Judt, *Marxism and the French Left : Studies on Labour and Politics in France, 1830-1981*, New York University Press, 2011 ; Isabelle Gouarné, *L'introduction du marxisme en France : Philo-soviétisme et sciences humaines (1920-1939)*, PUR, 2013 ; Philippe Raynaud, « Échec au libéralisme et diffusion du marxisme » in Christian Stoffaës (dir.), *Psychanalyse de l'antilibéralisme*, Éditions Saint-Simon, 2006, p. 119-121.

³⁸⁵ Jean-Pierre Machelon, « Troisième République : le libéralisme incertain » in Christian Stoffaës, *Psychanalyse de l'antilibéralisme*, Op.Cit., p. 128-133.

³⁸⁶ Francis Hordern, « Du Code civil à un droit spécifique » in *Cahiers de l'Institut régional du travail*, n° 3, Université Aix-Marseille II, 1991.

³⁸⁷ Robert Charlier, « La puissance publique et son droit face à la question sociale » in *L'évolution du droit public – Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 73-94.

³⁸⁸ Sur cette question, voir Jacques Garello, Bertrand Lemennicier & Henri Lepage, « L'argument de l'asymétrie de pouvoir » in *Cinq questions sur les syndicats*, PUF, coll. Libre-échange, 1990, p. 6-15.

³⁸⁹ Saint-Amand Bazard, *Doctrine de Saint-Simon*, Hauman et Cie., 1831, p. 75.

Outre la loi, c'est également la jurisprudence que les tenants d'un droit du travail protecteur des salariés vont investir. Si jusque dans l'entre-deux guerres les mouvements ouvriers et syndicaux français rejettent traditionnellement l'action juridique au nom du marxisme³⁹⁰, il faudra attendre les années 1970 pour que les syndicats mettent en place « des services juridiques [...] en recrutant des jeunes doctorants ou docteurs en droit, en s'assurant le concours d'avocats sympathisants, en s'appuyant sur les travaux scientifiques de professeurs d'université de gauche ou proches de la « doctrine sociale de l'Église » [...] Il s'agissait alors de mener de véritables luttes sur le terrain même du droit, visant à le transformer dans un sens favorable aux intérêts des salariés, d'exporter les conflits du travail dans le champ juridique institutionnel [...] Cette stratégie s'efforçait, principalement, de peser sur la jurisprudence de la Chambre Sociale de la Cour de cassation, afin de forcer des transformations du droit par le biais de son interprétation juridictionnelle »³⁹¹.

Et à Philippe Enclos de souligner que « Cette stratégie fut largement payante jusqu'au milieu des années 1980 : la Chambre Sociale de la Cour de cassation, enfin sensibilisée, rendit de nombreuses décisions de principe favorables aux intérêts des salariés, parfois même sans hésiter à faire dire à la loi ce qu'elle ne disait pas ou à combler des lacunes législatives dans le but explicite d'inciter le législateur à corriger sa copie. Bien sûr, une telle politique jurisprudentielle n'aurait pas été possible sans une sympathie manifeste envers la cause ouvrière de nombre de conseillers, notamment de présidents, de la Chambre Sociale »³⁹². La vision marxiste du travail qu'ont entretenu – et entretiennent toujours pour partie³⁹³ – une partie des juristes travaillistes français se traduit même fortement dans la sémantique de ces derniers. Ainsi Gerard Lyon-Caen définissait le droit du travail comme « l'ensemble des règles qui régissent : 1°) l'exploitation du travail humain en régime capitaliste ; 2°) les instruments de la lutte ouvrière contre cette exploitation ; 3°) les résultats de cette lutte, c'est-à-dire les modifications incessantes subies par le régime d'exploitation lui-même »³⁹⁴.

³⁹⁰ Pour ces premiers note Philippe Enclos, « dans la société capitaliste, le droit, simple reflet des rapports de classe, est l'un des instruments majeurs par lesquels la bourgeoisie assoit sa domination sur la classe ouvrière : tout à la fois, il traduit et masque, au plan superstructurel, l'exploitation des salariés ainsi que la fonction dédiée des institutions politiques. Il serait donc vain de consacrer des forces à la tentative de modifier ce droit de classe, appelé à disparaître avec l'avènement de la dictature du prolétariat » (« Réflexions sur l'évolution de l'action juridique syndicale » in *Savoir/Agir* 2010, vol. 4, n° 14, p. 23-28).

³⁹¹ Philippe Enclos, « Réflexions sur l'évolution de l'action juridique syndicale » *Op. Cit.*

³⁹² *Idem.*

³⁹³ Les juges semblent particulièrement visés, en témoigne l'étude de l'Institut Montaigne, Pierre Cahuc et Stéphane Carcillo, « Les Juges et l'économie : une défiance française », décembre 2012. Selon les auteurs, les magistrats professionnels français, alors même qu'ils contribuent à forger la réglementation via la jurisprudence, ont environ deux fois moins de chances que leurs compatriotes de s'exprimer en faveur d'une plus grande liberté laissée aux entreprises plutôt qu'à un contrôle accru de l'État. Une partie de cette différence s'explique par l'appartenance des magistrats au secteur public (dont les agents sont plus méfiants envers le marché et les entreprises que ceux du secteur privé) mais également en raison du fait que les magistrats ne sont jamais initiés à l'économie au cours de leur formation.

³⁹⁴ Gerard Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Dalloz, 2004, p. 54.

Le biais français serait donc historique, certains travaillistes essayant – au nom du juste – de donner tort à la (contestable) formule restée célèbre, « Le droit du travail ne commande pas l'économie, l'inverse en revanche, est vrai »³⁹⁵. En sortant le contrat de travail du Code Civil pour l'autonomiser et en faire ainsi un droit à part entière – lequel s'avère systématiquement en faveur d'une partie et en défaveur de l'autre – ces mêmes travaillistes ont ainsi clairement démontré la vision inégalitaire qu'ils avaient des rapports de travail. Pour Umberto Romagnoli, « le droit du travail a constitué une *hérésie salvatrice* parce qu'il a arraché aux codifications civiles du XIX^e siècle le régime de l'obligation contractuelle de travailler au service d'autrui »³⁹⁶ (nous soulignons). Somme toute, la portion engagée des travaillistes français n'a fait que réaliser le constat dressé par Gérard Lyon-Caen lorsque celui-ci affirmait que « le droit du travail était une technique juridique mineure, il est à présent une science majeure »³⁹⁷.

Comment alors, imaginer le rapport si complexe qu'entretient l'AED, abusivement qualifiée de (néo)libérale³⁹⁸, avec une matière aussi historiquement politisée et idéologiquement chargée que le droit du travail français ? Si le questionnement des économistes a tendance à critiquer sévèrement les positions contemporaines du droit du travail en général – et du Code du Travail français en particulier – c'est bien pour des raisons *scientifiques* et non *politiques*. Se distinguent alors les travaux des économistes néo-classiques (§1) – applicables au marché du travail comme à beaucoup d'autres – des travaux contemporains, focalisés sur la relation droit du travail/état du marché du travail (§2).

§1 Le questionnement économique néo-classique : de l'asymétrie d'information au capital humain

« Quel est donc le problème que nous essayerons de résoudre en tentant de construire un ordre économique rationnel ? »³⁹⁹. Par cette simple question, Friedrich Hayek condamne l'économie de plan bien avant que le mur de Berlin ne tombe⁴⁰⁰. Sur les trois éléments de réponse, l'un s'avérerait fondamental : « si

³⁹⁵ Albert Roudil, « Flexibilité de l'emploi et droit du travail : la beauté du diable » in *Droit Social* 1985, n° 2, p. 84-94.

³⁹⁶ Umberto Romagnoli, « Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail », *op. cit.*, p. 9.

³⁹⁷ Cité par Umberto Romagnoli in « Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail », *op. cit.*, p. 8.

³⁹⁸ Nous renvoyons le lecteur au chapitre premier de la présente partie sur ce dernier point. Que certains auteurs aient pu développer des visions libérales du droit contemporain, à l'aide de l'AED ou non, ne fait aucun doute (voir notamment Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, 2000), en déduire le caractère par essence libéral de l'AED est une erreur grossière. Sur ce sujet, voir Guillaume Royer, « Pour une économie du droit sans rigueur - L'analyse économique du droit et Jean Carbonnier », *op. cit.*

³⁹⁹ « *What is the problem we wish to solve when we try to construct a rational economic order ?* » (Friedrich Hayek, « The Use of Knowledge in Society » in *The American Economic Review* 1945, vol. 35, n° 4, p. 519-530).

⁴⁰⁰ L'article se situe dans la lignée de celui de Ludwig Von Mises, « *Die Wirtschaftsrechnung in Sozialistischen Gemeinwesen* » (« Le calcul économique en régime collectiviste » in Nicolaas Pierson, Ludwig von Mises, Georg Halm & Enrico Barone, *L'économie dirigée en régime collectiviste : Études critiques sur les possibilités du socialisme*, Librairie de Médecis, 1938, p. 93-132) et va s'illustrer dans la controverse portant sur la viabilité de l'économie de plan. Pour Hayek comme pour Von Mises, le calcul économique en économie de plan, était rigoureusement impossible, l'information nécessaire pour traduire les désirs des consommateurs ou les prix corrects étant inexistante *a priori*. Le prix de marché étant le résultat des échanges des individus sur des biens qu'ils possèdent en propriété, il ne peut exister aucun prix de marché,

nous possédions toute l'information pertinente [...] le problème serait purement logique »⁴⁰¹. En souhaitant démontrer que le calcul économique en économie socialiste était impossible, Hayek finit par déceler *a contrario* la pierre angulaire du système de marché, à savoir *l'information*. En effet pour l'auteur, **l'information est au cœur d'un processus dynamique en ce qu'elle résulte et influence le comportement des agents économiques** (action $\Rightarrow$ information $\Rightarrow$ rectification si erreur $\Rightarrow$ action), **dépend des actions des autres individus** (actions d'un tiers $\Rightarrow$ information $\Rightarrow$ rectification si erreur) **et se reflète dans les prix**⁴⁰².

Quel rapport entre les travaux de l'économiste autrichien et le droit du travail ? C'est que le marché de l'emploi fait partie de ces domaines ayant intéressé la micro-économie néo-classique sur des problématiques liées à cette question. Parce que tous les agents présents sur le marché *n'ont pas le même niveau d'information* (asymétrie d'information), des dilemmes peuvent apparaître : comment s'assurer par exemple, de l'efficacité du salarié une fois celui-ci embauché ? Pire, comment s'assurer de la qualité du salarié lui-même ? Au final, « La spécificité de la relation salariale est désormais devenue centrale dans l'analyse de la coordination dans l'entreprise »⁴⁰³. En utilisant le modèle Principal-Agent, les économistes peuvent légitimer certaines règles du droit du travail, mais sont cependant obligés de plaider pour un signal discriminant afin de s'assurer de l'efficacité du modèle en question.

$\Rightarrow$ le modèle Principal/Agent et l'aléa moral

Depuis la théorisation du modèle « Principal-Agent »⁴⁰⁴, les économistes ont investi massivement la question du droit du travail. En s'appuyant sur la rationalité des individus, ils sont vite arrivés à la conclusion que certains agents étaient prêts à « tricher », par pur *opportunisme*, afin de satisfaire au mieux leur intérêt personnel. **Puisque l'agent (l'employé) est supposé posséder des informations qui ne sont pas connues du principal (l'employeur), comment ce dernier ou le législateur peuvent-ils concevoir un ensemble de moyens destinés à résorber les conséquences de cette asymétrie d'information ? C'est la question de l'aléa moral. Deux hypothèses peuvent se présenter : soit on suppose que l'action du co-contractant est inconnue (i.e. comment**

aucun consensus sur les évaluations individuelles en économie de plan. Enfin, l'information nécessaire à la traduction des désirs des consommateurs étant un phénomène dynamique (toute action, de l'individu ou de tiers, est créatrice d'information qui à son tour, influence les actions futures) et non prévisible (théorie de l'inconnaissance de l'École de Salamanca), celle-ci ne saurait être connue du planificateur.

⁴⁰¹ « If we possess all the relevant information [...] the problem which remains is purely one of logic » (Friedrich Hayek, « The Use of Knowledge in Society » in *The American Economic Review* 1945, vol. 35, n° 4, p. 519-530).

⁴⁰² Friedrich Hayek, *Prices and Production*, Routledge, 1931, traduction française *Prix et Production*, Calmann-Lévy, 1975.

⁴⁰³ Liêm Hoang-Ngoc, « Une critique de l'économie politique néo-institutionnaliste du contrat de travail » in *Cahiers d'économie politique*, 1998, vol. 33, p. 81-106.

⁴⁰⁴ Michael Jensen & William Meckling, « Theory of The Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure » in *Journal of Financial Economics* 1976, vol. 3, p. 305-360 ; Eugene Fama & Michael Jensen, « Separation of Ownership and Control » in *Journal of Law and Economics* 1983, vol. 26, p. 301-326 ; Eugene Fama & Michael Jensen, « Agency Problems and Residual Claims » in *Journal of Law and Economics* 1983, vol. 26, p. 327-350 ; Sanford Grossman & Oliver Hart, « An Analysis of the Principal-Agent Problem » in *Econometrica* 1983, vol. 51, n° 1, p. 7-45 ; Eugene Fama & et Michael Jensen, « Organizational Forms and Investment Decisions », *Journal of Financial Economics* 1985, vol. 14, p. 101-119 ; David Sappington, « Incentives in Principal-Agent Relationships » in *The Journal of Economic Perspectives* 1991, vol. 5, n° 2, p. 45-66 ; Jean-Jacques Laffont & David Martimort, *The Theory of Incentives - The Principal-Agent Model*, Princeton University Press, 2002.

le salarié va-t-il se comporter une fois embauché ?), **soit l'action est connue, mais pas son efficacité** (i.e., une fois le co-contractant embauché parce que compétent, la variable inconnue est le taux d'activité déployée : comment s'assurer que le salarié agisse dans l'intérêt de l'employeur ?). **Ces problématiques sont d'ailleurs corrélées à la taille de la firme** (le propriétaire [le principal] comme le *manager* salarié [agent du principal mais également principal des autres agents] ne peuvent pas toujours surveiller ses salariés). **Enfin, l'incomplétude du contrat** (ce dernier ne spécifie jamais précisément l'ensemble des tâches et la production que doit accomplir le salarié), **ajoute à l'incertitude**.

Concernant l'action de l'agent en tant que telle, c'est la *nature juridique du contrat de travail* (la multiplicité des types de contrats de travail existants en droit français⁴⁰⁵ n'est pas sans soulever quelques critiques et propositions de réformes⁴⁰⁶), et donc, *les facilités à licencier*⁴⁰⁷ qui s'avèreront déterminantes. En effet, si la durée du contrat influence le caractère court/long-termiste de l'agent, de trop grandes difficultés à licencier peuvent amener à sa déresponsabilisation. Concernant l'efficacité de l'agent, les économistes se sont très tôt prononcés en faveur de l'incitation que constituait la *rémunération*. À elle seule, elle explique l'intérêt de l'agent à la maximisation de son travail. Là, du reste, est tout l'intérêt d'une part de rémunération variable. À défaut, « Si le principal offre un contrat avec une rémunération fixe, indépendante de l'état de la nature, l'agent fournira le niveau d'effort le moins coûteux pour lui, en général le niveau d'effort le plus faible »⁴⁰⁸. Autrement dit, « Le principal recherche le profil de rémunération qui incite l'agent à se conformer aux objectifs de l'organisation, c'est-à-dire à maximiser son effort. L'entreprise est définie comme un noeud de contrats : elle est une organisation rassemblant un ensemble de relations contractuelles incitatives »⁴⁰⁹. Dans cette perspective, le principe de libre-détermination de la rémunération en droit français est cohérent avec la théorie économique standard. Légale par principe, la part variable de la rémunération ne doit cependant pas s'opposer à ce que le salarié conserve, d'une part la garantie de percevoir le minimal légal⁴¹⁰, d'autre part les avantages liés aux usages ou à un accord collectif^{411 412}. Comme fréquemment en droit français, le principe directeur (la libre-détermination) est borné par des règles qui l'émoussent.

⁴⁰⁵ Evelynne Serverin, « Le travail et ses contrats » in *Centre d'études de l'emploi, Le contrat de travail, La découverte*, coll. *Repères*, p. 13-23.

⁴⁰⁶ Pierre Cahuc & Francis Kramarz, « Principes et vertus d'un contrat de travail unique » in *Le contrat de travail, op. cit.*, p. 94-106.

⁴⁰⁷ Myriam Bobbio, « De la difficulté à licencier » in *Le contrat de travail, op. cit.*, p. 34-45.

⁴⁰⁸ Claudia Kessler & Marc Willinger « La théorie des contrats dans un contexte expérimental : un survol des expériences sur les relations principal-agent » in *Revue d'économie industrielle* 2000, vol. 92, p. 237-253. Sur la rationalité des agents à adopter une zone d'effort d'optimal en fonction de la hiérarchie et de ses collatéraux, voir Harvey Leibenstein « Allocative Efficiency vs. "X-Efficiency" » in *The American Economic Review* 1966, vol. 56, n° 3, p. 392-415 ; Harvey Leibenstein « The General X-Efficiency Paradigm and the Role of the Entrepreneur » in Mario Rizzo (dir.), *Time, Uncertainty, and Disequilibrium*, Lexington, 1979, p. 127-139 ; Harvey Leibenstein ; « The Prisoners's Dilemma in the Invisible Hand : An Analysis of Intrafirm Productivity » in *American Economic Review* 1982, vol. 72, n° 2, p. 92-97 ; Harvey Leibenstein, « Property Rights and X-Efficiency : Comment » in *American Economic Review* 1983, vol. 83, p. 831-842.

⁴⁰⁹ Liêm Hoang-Ngoc, « Une critique de l'économie politique néo-institutionnaliste du contrat de travail », *op. cit.*

⁴¹⁰ Cass, Soc, 11 février 1998, n°95-44.887.

⁴¹¹ Cass, Soc, 20 octobre 1998, n°95-44.887.

⁴¹² Pour une vision plus approfondie du sujet, voir Paul-Henri Antonmattei, *Les clauses du contrat de travail*, Liaisons, 2005, p. 17-19.

⇒ Un signal discriminant : diplôme et capital humain

Comment l'économiste entend-t-il combattre les asymétries d'informations présentes sur le marché du travail ? Tout simplement grâce au *signal* que représente le capital humain et le diplôme. Autrement dit, il faut et il suffit de livrer une information sur le futur comportement du salarié – sur sa qualité – afin de le distinguer des travailleurs les moins efficaces. **S'opposent alors classiquement sur le marché du travail les qualifiés des non-qualifiés** : si le diplôme demeure un moyen de discrimination (entendu au sens de sélection), l'efficacité, la productivité du futur travailleur n'est pas pour autant connue à l'avance. Comment alors, « tester » le travailleur sans s'engager définitivement dans une relation contractuelle contraignante ? Les juristes comme les économistes français s'entendent alors sur l'intérêt et l'utilité de la période d'essai telle que décrite par l'article L1221-20 du Code du Travail⁴¹³.

Concernant le diplôme, les économistes l'analysent théoriquement comme la concrétisation du « capital humain » depuis Theodore Schultz⁴¹⁴ et Gary Becker⁴¹⁵, soit l'ensemble des investissements réalisés par les individus sur eux-mêmes afin de valoriser leur position sur le marché du travail. Sélection naturelle entre les plus productifs et ceux entrant directement sur le marché du travail, l'éducation serait donc « un investissement (pour les individus et la société) qui accroît la productivité de ceux qui la reçoivent et crée, par là, une élévation de leurs rémunérations »⁴¹⁶. Évidemment, la théorie repose sur un ensemble de postulats par ailleurs critiqués⁴¹⁷. Ces derniers sont au nombre de trois : 1°) les entreprises relient productivité et diplôme (Il semble que ce soit effectivement le cas, en atteste le graphique *infra.*), 2°) il existe des différences substantielles en terme de salaires en fonction du diplôme, et enfin, 3°) l'investissement dans l'éducation est coûteux. Cette dernière hypothèse est fondamentale : à défaut, un phénomène d'opportunisme se produit et la qualité du signal est brouillé au point de dévaloriser la qualité du diplôme⁴¹⁸.

⁴¹³ « La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent. » Les articles suivants viennent alors préciser les modalités de la période d'essai conformément à la loi du 25 juin 2008 relative à la modernisation du marché du travail : la période d'essai ne se présume pas (article L1221-23) et fait l'objet d'une durée initiale maximale (article L1221-19) malgré sa possibilité de renouvellement (article L1221-21).

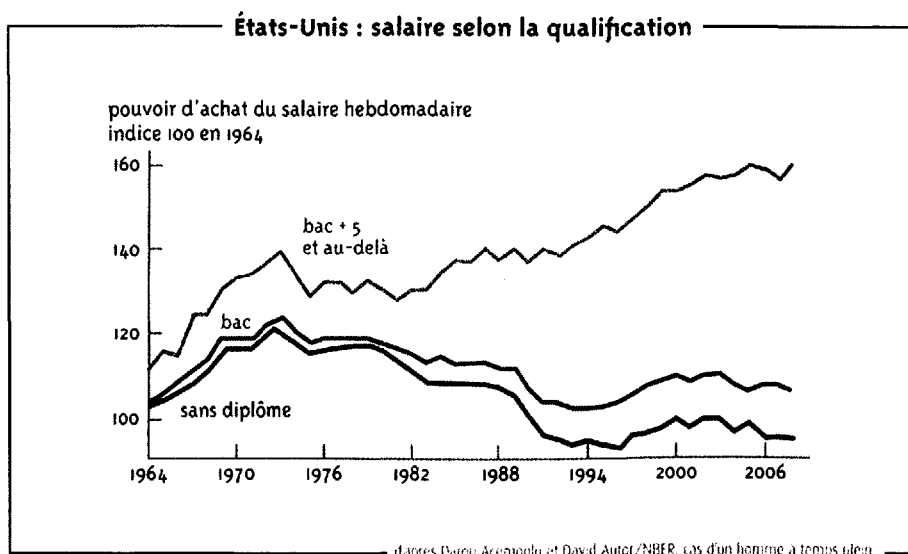
⁴¹⁴ La littérature de ce dernier sur le sujet est considérable : Theodore Schultz, « Investment in Man : An Economist's View » in *Social Service Review* 1959, vol. 33, n° 2, p. 109-117 ; « Capital Formation by Education » in *Journal of Political Economy* 1960, vol. 68, n° 6, p. 571-583 ; « Investment in Human Capital » in *The American Economic Review* 1961, vol. 51, n° 1, p. 1-17 ; « Reflections on Investment in Man » in *Journal of Political Economy* 1962, vol. 70, n° 5, p. 1-8 ; « The Economic Value of Education » in *Teachers College Record*, vol. 66, n° 3, 1964, p. 274-274 ; « Investment in Human Capital : The Role of Education and of Research » in *The Accounting Review* 1971, vol. 46, n° 4, p. 829-831.

⁴¹⁵ Gary Becker, « Investment in Human Capital : A Theoretical Analysis » in *Journal of Political Economy* 1962, vol. 70, n° 5, p. 9-49 ; *Human Capital : A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*, University of Chicago Press, 3^e édition, 1964.

⁴¹⁶ Édouard Poulain, « Le capital humain, d'une conception substantielle à un modèle représentationnel » in *Revue économique* 2001, n° 1, vol. 52, p. 91-116.

⁴¹⁷ Édouard Poulain, *op. cit.*

⁴¹⁸ Michel Glaude & Christian Baudelot, « Les diplômes se dévaluent-ils en se multipliant ? » in *Économie et statistique* 1989, vol. 225, p. 3-16 ; Jean-Pascal Guironnet « La sur-éducation en France : vers une dévalorisation des diplômes du supérieur ? », *Working Papers* n° 05-10, Association Française de Cliométrie, 2005. De ce point de vue, le fait que les études soient considérées comme faussement « gratuites » en France démontre l'ignorance vis-à-vis d'une théorie pourtant dominante à l'étranger, en atteste le coût important de l'éducation dans des pays comparables.



Source :

50 graphiques pour regarder l'économie autrement.

S'il ne concerne que par destination le droit du travail en tant que tel, le questionnement économique néo-classique s'est cependant donné pour mission de résoudre les problématiques liées aux situations d'asymétries d'information inhérentes au marché du travail. Évidemment, un droit du travail faisant fi de ces enjeux peut produire des effets pervers : comprendre et décrypter la relation contractuelle employeur/salarié est, à ce titre, tout aussi important que de connaître les effets de la règle de droit social sur le marché du travail, d'où l'objet des travaux contemporains.

§2 Le questionnement économique contemporain : l'influence du droit du travail sur la qualité du marché du travail

Le droit du travail influence-t-il le fonctionnement du marché du travail ? Simple postulat de l'AED à l'origine, l'interrogation trouvera sa réponse empirique en 2003 dans le projet *Doing Business* de la Banque Mondiale⁴¹⁹. En mesurant la réglementation des affaires et son application effective dans 189 économies différentes, le projet a permis de relier la rigidité du droit du travail à la qualité du marché du travail. Pour les économistes, si les pays les mieux classés (Singapour, Hong-Kong, Nouvelle-Zélande, États-Unis, Corée du Sud, Royaume-Uni, Australie...) sont les plus prospères et connaissent un nombre de chômeurs relativement bas, ce n'est évidemment pas un hasard. À l'inverse, les pays en bas du classement (Tchad, République-centrafricaine, Libye, Soudan du Sud, Congo, Venezuela, Angola...) constituent des États où la « *Rule of Law* » est justement absente⁴²⁰, d'où leur situation économique.

⁴¹⁹ <http://francais.doingbusiness.org/rankings>.

⁴²⁰ Barry Weingast, « Why Developing Countries Prove So Resistant to the Rule of Law » in Robert Nelson, James Heckman & Lee Cabatingan (dir.), *Global Perspectives on the Rule of Law*, Routledge, 2010, p. 28-52.

La France, quant à elle, est classée 38^e en 2014. Le résultat est médiocre en raison de l'important chômage de masse présent depuis les années 1970. Le problème n'est donc pas conjoncturel. Comment expliquer cette situation ? Du côté des économistes, c'est dès les années 1930 que Jacques Rueff (1896-1978) s'interrogeait sur le rôle joué par l'assurance-chômage sur le niveau de l'emploi. À son tour questionné sur le sujet au début des années 2000, Gary Becker estimait que la situation de l'emploi en France venait uniquement du marché du travail : pour le prix Nobel, tout provient « des rigidités [du] marché du travail »⁴²¹, soit les difficultés pour les entreprises à licencier, la fiscalité du travail et, enfin, le niveau trop élevé du salaire minimum⁴²².

⇒ L'assurance chômage, cause du chômage ?

Les indemnités chômage incitent-elles les individus à rester sans emploi ? C'est du moins l'hypothèse suggérée de manière « retentissante »⁴²³ par Jacques Rueff en 1931⁴²⁴. En se basant sur l'expérience de la « *dole* » britannique, allocation chômage forfaitaire et non proportionnelle, mise en place en 1911, l'ancien Directeur du Trésor conclut que lorsque l'indemnité chômage est trop proche du taux de salaire réel, elle désincite les individus à la recherche d'un emploi. De fait, l'assurance-chômage les maintient dans leur situation de chômeur de longue durée. Si l'exemple historique de Rueff fut contesté⁴²⁵, le raisonnement perdure⁴²⁶. Ainsi note Étienne Lehmann, toute « hausse des allocations chômage rend les travailleurs et les chômeurs plus exigeants, ce qui augmente les salaires réels, diminue la demande de travail des entreprises et aggrave le chômage »⁴²⁷.

Faut-il pour autant en conclure un plaidoyer libéral⁴²⁸ contre le système d'assurance chômage ? La réalité montre les économistes plus nuancés que cela :

⁴²¹ Henri Lepage & Patrick Wajzman, *Vingt économistes face à la crise*, Odile Jacob, 1999, p. 19. Sur ce sujet, voir également, *Revue des Études Humaines, En finir avec le chômage*, 1996.

⁴²² *Ibid.*, p. 20.

⁴²³ Gérard Thoris, « Déséquilibres et politiques économiques et sociales en économie ouverte » in Alain Beitone, Yves-Jean Beloeil-Benoist, Jean-Pierre Noreck, Patrick Pasquier, Gerard Thoris & Michel Voisin, *Analyse économique et historique des sociétés contemporaines*, Armand Colin, Tome II, p. 228.

⁴²⁴ Jacques Rueff, « L'assurance-chômage : cause du chômage permanent » in *Revue d'économie politique* 1931, vol. 45, p. 211-251. La question fut reprise et actualisée par Rueff lui-même dans deux articles intitulés « La fin de l'ère keynésienne » in *Le Monde* des 19 et 20/21 février 1976, par ailleurs reproduits in Emil-Maria Claassen & Georges Lanc (sous la direction), *Œuvres complètes de Jacques Rueff, Tome III : Politique économique, livre I*, Plon, 1979, p. 161-178.

⁴²⁵ Gerard Thoris, « Déséquilibres et politiques économiques et sociales en économie ouverte », *op. cit.*, p. 228.

⁴²⁶ Richard Layard, Stephen Nickell & Richard Jackman, *Unemployment : Macroeconomic Performance and the Labor Market*, Oxford University Press, 1991.

⁴²⁷ Étienne Lehmann, « L'impact de l'assurance chômage et de l'assistance chômage sur le chômage d'équilibre » in *Annales d'économie et de statistique* 1999, vol. 53, p. 31-41.

⁴²⁸ Imaginer que le raisonnement est tenu uniquement des économistes libéraux serait une grave erreur. En 2001, Laurent Fabius, alors Ministre des Finances, a toujours défendu l'idée selon laquelle la « prime pour l'emploi » issue de la loi du 31 mai 2001 avait comme principal objectif de « favoriser le retour à l'emploi ». L'idée n'était rien moins que de voir grandir l'écart entre le montant des indemnités chômage et celui des salaires augmentés de la prime afin d'inciter à la reprise du travail. À l'inverse, l'auteur généralement caricaturé qu'est Friedrich Hayek estimait que le principe de l'assurance-chômage – tout comme celui du salaire minimum – n'est nullement incompatible avec l'économie de marché. La cause principale du chômage puisant son origine dans le changement de goûts des consommateurs, il n'est, selon l'auteur, ni anormal ni incompatible avec l'ordre libéral que ces derniers aident les anciens employés à se reconvertir afin d'occuper les postes nouvellement créés.

Anthony Atkinson et John Micklewright⁴²⁹ ont effet insisté depuis longtemps sur l'importance de prendre en compte les *modalités* et *spécificités* des allocations-chômage afin d'affiner le raisonnement. En effet, si ces allocations peuvent être définies comme des « revenus versés par des organismes non marchands à des chômeurs, soit directement en raison de leur état de chômeur, soit indirectement en raison de leur paupérisation »⁴³⁰, ces dernières ne sont jamais distribuées selon un modèle uniforme à tous les pays. Pour Étienne Lehmann, en « France, comme dans l'ensemble des pays de l'OCDE, les dispositifs d'indemnisation du chômage répondent à des logiques bien distinctes »⁴³¹.

Le questionnement des économistes s'est ainsi globalement divisé en deux questions : **l'allocation chômage doit-elle être proportionnellement fonction du dernier salaire reçu ? Enfin, doit-elle être perçue de manière linéaire ou dégressive ?** Concernant la proportionnalité de l'allocation, si elle peut aider à diminuer le taux de chômage « si les travailleurs sont suffisamment averses au risque »⁴³², cette problématique s'avère en réalité mineure. La question de la dégressivité de l'allocation-chômage fait en effet l'objet de recherches plus intenses⁴³³, dont les conclusions vont majoritairement dans le sens suivant : la dégressivité de l'allocation influence clairement à la baisse le niveau du chômage. C'est systématiquement la même tendance qui est observée : « le taux de reprise d'emploi augmente fortement à l'approche de la fin de la période d'indemnisation à taux plein »⁴³⁴. La plupart des études concluent en faveur d'une dégressivité des allocations dont la durée ne saurait excéder un certain temps. Or, en France, la durée de l'indemnisation du chômage est non seulement **élevée** (la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage prévoit que l'Allocation d'aide au Retour à l'Emploi (ARE) peut avoisiner au maximum les 75 % du salaire net pour une durée maximale de vingt-quatre mois) mais également **linéaire**. La dégressivité des allocations – généralisée le 18 juillet 1992 par Michel Rocard – a été supprimée le 1^{er} juillet 2001. La période d'indemnisation quant à elle, reste particulièrement longue, surtout au regard de la durée minimale de cotisation (quatre mois). Il est donc difficile d'affirmer que l'assurance-chômage en France reflète la théorie économique dominante issue des travaux pionniers de Rueff, largement confirmés par des auteurs par ailleurs de convictions très diverses.

⁴²⁹ Anthony Atkinson & John Micklewright, « Unemployment Compensation and Labor Market Transitions : A Critical Review » in *Journal of Economic Literature* 1991, vol. 29, n° 4, p. 1679-1727.

⁴³⁰ Étienne Lehmann, « Les enseignements de la théorie économique dans l'indemnisation du chômage » in *Revue française d'économie* 1999, vol. 14, n° 4, p. 159-190.

⁴³¹ *Idem*.

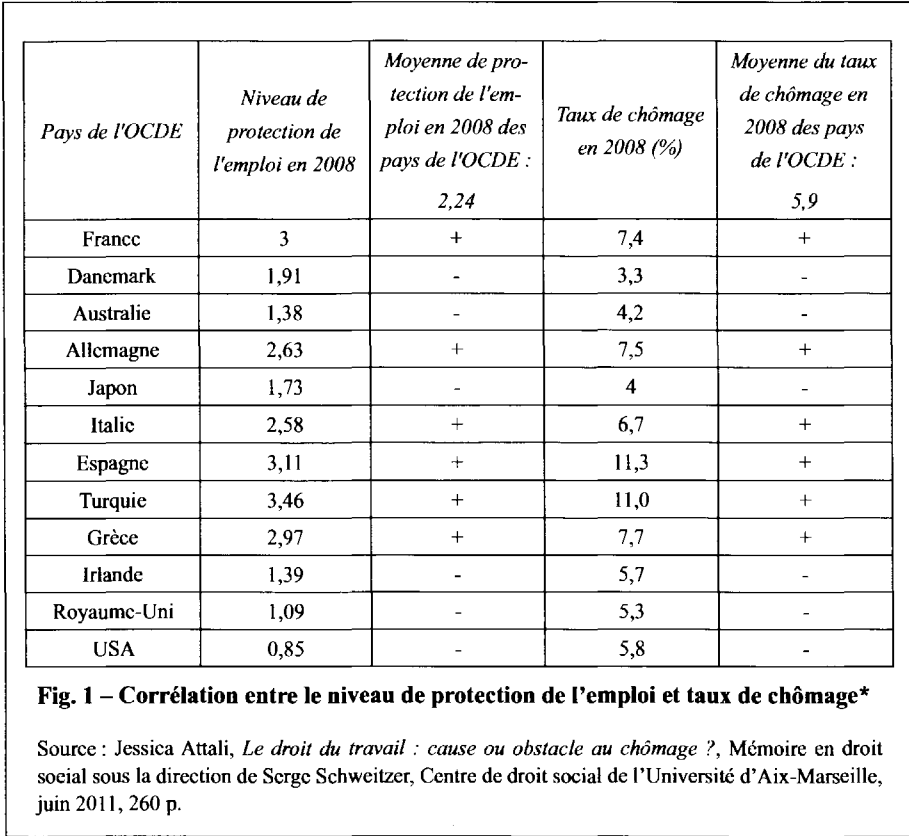
⁴³² Étienne Lehmann, « Indexation des allocations chômage et chômage » in *Cahiers Eco & Maths* 1997, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, p. 64-97.

⁴³³ Christine Daniel, « L'indemnisation du chômage depuis 1979 : différenciation des droits, éclatement des statuts » in *Revue de l'IRE* 1998, n° 29, p. 5-28 ; Ana Prieto, « L'impact de la dégressivité des allocations chômage sur le taux de reprise d'emploi » in *Revue économique* 1999, vol. 51, n° 3, p. 523-534 ; Bernard Salanié & Guy Laroque, « Prélèvements et transferts sociaux : une analyse descriptive des incitations financières au travail » in *Économie et statistique* 1999, vol. 328, p. 3-19 ; Denis Fougère, « La durée du chômage en France » in Jean-Paul Fitoussi, Jacques Freyssinet & Olivier Passet, *Réduction du chômage : les réussites en Europe*, La Documentation française, 2000, p. 239-259 ; Laurence Rioux, « Salaire de réserve, allocation chômage dégressive et revenu minimum d'insertion » in *Économie et statistique*, 2001, vol. 346, p. 137-160 ; Ana Prieto, Denis Fougère & Brigitte Dormont, « L'effet de l'allocation unique dégressive sur la reprise d'emploi » in *Économie et statistique*, 2001, vol. 343, p. 3-28.

⁴³⁴ Ana Prieto, Denis Fougère & Brigitte Dormont, « L'effet de l'allocation unique dégressive sur la reprise d'emploi », *op. cit.*

⇒ **Difficultés à licencier, difficultés à embaucher**

C'est sans doute l'un des plus grands apports de l'AED au droit social. Il existerait une forte causalité entre le niveau du chômage et les difficultés à licencier. **Des contraintes trop importantes en matière de licenciement, tant au regard de leur coût que de leur complexité, désincitent de fait l'embauche.** Pour Bruno Deffains et Eric Langlais, une législation trop protectrice de l'emploi, en ce qu'elle est « un coût supplémentaire sur le facteur travail [...] réduit les créations d'emplois, augmente les destructions d'emplois [et] rendant la rupture du contrat de travail plus difficile [...] réduit le processus de réallocation de main-d'œuvre entre les secteurs ou entre les régions »⁴³⁵. Et à examiner les statistiques de l'OCDE, difficile de ne pas confirmer la corrélation⁴³⁶ (Fig. 1).



⁴³⁵ Bruno Deffains & Eric Langlais, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 270.

⁴³⁶ *Idem* ; voir également Florence Oum, *Le droit du travail influence t-il le taux de chômage ? Une analyse comparative entre France, Allemagne, Grande-Bretagne et États-Unis*, Mémoire de recherche en droit social sous la direction de Serge Schweitzer, Centre de Droit Social de l'Université d'Aix-Marseille, juin 2014, 188 p.

Et historiquement la tendance se vérifie. Comme le souligne Florence Oum :

« À compter de 1967 la France voit son taux de chômage fortement s'élever (1967 : 1,9 % ; 1968 : 2.4%). C'est justement cette année-là que l'ordonnance du 13 juillet 1967 va créer l'indemnité légale de licenciement due à tout salarié licencié remplissant une condition d'ancienneté de deux années ininterrompues au sein de l'entreprise [...] En adoptant la loi du 13 juillet 1973, le législateur français va marquer sa volonté de rompre avec un droit du licenciement jusqu'alors très peu réglementé en imposant dorénavant à l'employeur le respect d'une procédure préalable au licenciement et en exigeant qu'il motive la rupture du contrat de travail par une cause réelle et sérieuse [...] le taux de chômage va [...] s'accroître de façon inexorable, dépassant la barre des 2,5 % pour atteindre celle des 6 % [...] la loi du 4 août 1982 [...] va venir étendre le champ d'application de cette procédure à tous les licenciements pour faute qui n'en relevaient pas jusqu'alors, [le taux de chômage] connaît une ascension en 1982 (1981 : 6.8 % ; 1982 : 7,4%) ».

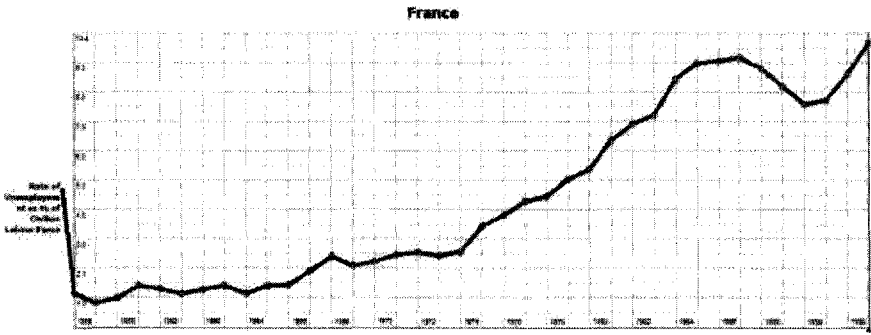


Fig. 2 – Évolution du taux de chômage en France entre 1956 et 1992.

« La loi du 18 janvier 1991 [...] vient complexifier la procédure de licenciement imposée à l'employeur en introduisant la possibilité pour le salarié de se faire assister par un conseiller extérieur. En 1991, le taux de chômage repart à la hausse. La loi va introduire en 1975 l'autorisation administrative préalable au licenciement économique. La même année, et ce jusqu'en 1987, le taux de chômage ne va cesser de s'accroître. En 1986, est supprimée l'autorisation et le taux de chômage commence à baisser sensiblement les années qui suivent. La loi dite de "modernisation sociale" du 17 janvier 2002 va renforcer de manière très importante les obligations devant être mises en œuvre par les employeurs en cas de projet de licenciement économique. La même année, le taux de chômage repart à la hausse [...] »⁴³⁷.

⁴³⁷ Florence Oum, *Le droit du travail influence-t-il le taux de chômage ? Une analyse comparative entre France, Allemagne, Grande-Bretagne et États-Unis*, op. cit., p. 151 et suivantes.

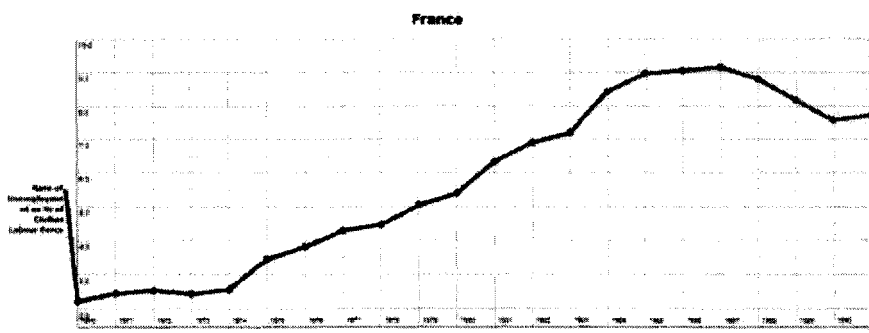


Fig. 3 – Évolution du taux de chômage en France entre 1970 et 1990.

La France se caractérise donc par une législation protectrice de l'emploi extrêmement complexe, mais également relativement coûteuse⁴³⁸. En effet, la loi du 25 juin 2008 est venue diviser par deux (un an au lieu de deux) la durée d'ancienneté requise pour avoir droit à l'indemnité légale de licenciement. Seuls les salariés exclus pour faute grave ou faute lourde en sont privés. Pour les autres, le minimum légal est de 1/12^e de la rémunération brute des douze derniers mois qui précèdent la notification du licenciement ou – le résultat le plus avantageux est systématiquement retenu – 1/3 de la rémunération brute des trois derniers mois précédant la notification du licenciement. Mais à côté des dispositifs légaux figurent les indemnités prévues par les conventions collectives, souvent supérieures. Ainsi par exemple, sur les 1 700 personnes licenciées par Marks & Spencer en 2001, près de 1 500 ont préféré s'inscrire au chômage et toucher les indemnités de licenciement plutôt que d'être repris par les Galeries Lafayette⁴³⁹. Ce fait illustre parfaitement les deux grands dysfonctionnements exprimés *supra* : le choix de ces salariés, s'il est le fruit d'un calcul rationnel, s'explique tant par la linéarité et le niveau élevé de l'assurance chômage que par celui, tout aussi élevé, des indemnités perçues dans ce cas particulier. En réalité, le montant de l'indemnité légale de licenciement ne joue généralement qu'un rôle marginal au regard de la rente que peut constituer l'indemnité chômage dans le choix des salariés.

⇒ Fiscalité du travail, salaire minimum et niveau de l'emploi

Concernant la relation entre le coût du travail et le niveau de l'emploi, il s'agit d'un débat déjà ancien, mais toujours contemporain : Frédéric Bastiat ne consacre-t-il pas un chapitre entier à la question du salaire dans ses *Harmonies Economiques* ? Aujourd'hui, le coût du travail est au cœur du débat politique en ce qu'il serait en effet un facteur-clé de compétitivité dans une économie mondialisée.

⁴³⁸ Cette complexité et ce caractère coûteux étant principalement rattachés aux CDI, nul étonnement à ce que 80 % des contrats de travail signés en France soient des CDD. Le coût est cependant relatif, en atteste leur niveau tout aussi – si ce n'est plus – élevé dans les pays étrangers. Le « coût » est ici à prendre dans son sens le plus large, en ce qu'il englobe non seulement les indemnités légales, mais également et surtout l'ensemble des frais liés à une procédure aussi longue que complexe.

⁴³⁹ Soit 85 % des employés au total. AFP, « Marks & Spencer : 80 % des anciens salariés ont préféré le licenciement au reclassement » in *Les Échos* du 5 février 2002.

Or économistes ont démontré depuis longtemps qu'un coût du travail trop élevé pouvait être l'une des variables responsables du chômage. **Du point de vue théorique, si la production nécessite du capital, du travail et des entrepreneurs indispensables à leur combinaison, le coût respectif des facteurs de production est évidemment déterminant dans leur emploi. En pratique, on comprend aisément qu'un employeur rationnel n'embauche que si la valeur ajoutée créée par le salarié est supérieure à son coût**⁴⁴⁰. Précurseur de la démonstration, Daniel Hamermesh, s'interrogera sur l'élasticité de la demande de travail en fonction de son coût⁴⁴¹. L'auteur qualifie cependant lui-même la relation « d'incertaine » en raison du manque de données chiffrées pour l'époque. Il faudra alors attendre quelques années pour voir apparaître les premières études empiriques sérieuses sur le sujet⁴⁴² qui, comme le notent Pierre Cahuc et Stéphane Carcillo, « confirment les ordres de grandeur recensés par Hamermesh »⁴⁴³.

Économiquement donc, le lien entre le coût du travail – prise dans sa dimension la plus étendue – et niveau de chômage n'est plus à prouver. Le raisonnement est par ailleurs confirmé empiriquement, la situation française s'expliquant par un niveau élevé du coût du travail. La récente étude de l'Institut Économique Molinari réalisée en partenariat avec Ernst & Young montre en effet que les travailleurs salariés français supportent le plus lourd fardeau fiscal et social de toute l'Europe⁴⁴⁴. La France est ainsi en tête des charges sociales à double titre puisqu'elle dispose du plus haut niveau de charges patronales (49,6 % en France contre 1 % du salaire brut au Danemark) mais également du plus haut niveau de charges salariales (CSG et CRDS incluses) avec 24,5 % du salaire brut contre moins de 1 % au Danemark. Si le salarié moyen français est en théorie un des mieux payés (53 647 €), il est aussi particulièrement fiscalisé (30 371 €). À elles seules, les charges sociales (26 583 €) représentent plus que son pouvoir d'achat (23 276 €), ce qui constitue le record de l'Union Européenne.

De fait, l'ensemble des charges augmentent de manière tout aussi subtile qu'artificielle le coût du travail.

⁴⁴⁰ Entendu au sens le plus large du terme, le coût du travail n'étant évidemment pas égal au salaire brut de l'employé.

⁴⁴¹ Daniel Hamermesh, *Labor demand*, Princeton University Press, 1996.

⁴⁴² Stephen Nickell, « Unemployment and Labor Market Rigidities : Europe versus North America » in *The Journal of Economic Perspectives* 1997, vol. 11, n° 3, p. 55-74 ; Brigitte Dormont, « Quelle est l'influence du coût du travail sur l'emploi ? » in *Revue économique* 1994, vol. 45, n° 3, p. 399-414 ; Pierre Cahuc & André Zylberberg, *Économie du travail : la formation des salaires et les déterminants du chômage*, De Boeck, 1996 ; Jean-Marc Germain, « Allègements de charges sociales, coût du travail et emploi dans les modèles d'équilibre : enjeux et débats » in *Économie et statistique*, 1997, vol. 301, p. 73-94 ; Jérôme Gautié, *Coût du travail et emploi*, La Découverte, coll. Repères, 1998.

⁴⁴³ Pierre Cahuc & Stéphane Carcillo, *Alléger le coût du travail pour augmenter l'emploi : les clefs de la réussite*, Institut Montaigne, mars 2014, p. 23.

⁴⁴⁴ Cécile Philippe, James Rogers et Nicolas Marques « Fardeau social et fiscal de l'employé moyen au sein de l'UE », Institut Économique Molinari, 2013. Cette question est d'ailleurs reprise et traitée dans Serge Schweitzer & Loïc Flourey, *Théorie de la Révolte Fiscale*, op. cit., p. 35-37.

Au final, la pression fiscale sur les salaires se décompose comme suit :

Niveau de salaire mensuel	<i>SMIC</i>	<i>Salaire Moyen</i>	<i>Salaire plus élevé</i>
Salaire brut	1 430,00 €	2 410,00 €	5 000,00 €
Charges salariales (22 % en moyenne)	314,00 €	530,00 €	1 100,00 €
Salaire net (salaire brut – 22 %)	1 116,00 €	1 880,00 €	3 900,00 €
Charge patronales (42 % en moyenne)	600,00 €	1 012,00 €	2 100,00 €
Total des charges confondues (64 % du salaire brut)	914,00 €	1 542,00 €	3 200,00 €
Salaire complet* (coût réel du travail)	2 030,00 €	3 422,00 €	7 100,00 €

* Le salaire complet est constitué de l'ensemble des sommes que l'employeur est disposé à verser en échange d'un travail salarié (salaire brut + charges patronales).

Du point de vue économique, charger les salaires correspond à modifier artificiellement et arbitrairement le prix du travail, d'où une conséquence sur sa demande. Mais la question du coût du travail possède inévitablement une problématique connexe qu'est le salaire minimum. Bien que le sujet ne soit pas nouveau, la Doctrine économique a depuis longtemps identifiée les conséquences perverses d'un prix du travail minimum.

« Pour produire une situation sociale souhaitable, il suffirait de l'énoncer dans la loi »⁴⁴⁵ : tel était sans doute l'objectif du législateur français lorsqu'il décida de la création de l'ancêtre du Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance (SMIC) qu'était le SMIG avec la loi du 11 mai 1950. Ainsi notent Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, « Son origine se trouve dans l'observation désolante que certaines personnes ne pouvaient vivre convenablement avec le salaire qu'ils gagnaient. On a espéré y porter remède en votant des lois obligeant les employeurs à payer un salaire minimal à toute personne qu'ils employaient »⁴⁴⁶. L'intention peut paraître louable, mais elle est en réalité contre-productive. Comme le constatent les auteurs, « Quel est l'effet ? Ceux qui emploient des personnes en dessous de ce qui est désormais le salaire minimum licencieront [...] Qui sont les travailleurs touchés ? Surtout les jeunes, qui joignent le marché du travail et n'ont pas encore d'expérience »⁴⁴⁷. **De fait, le salaire minimum crée du chômage, en attestent les dernières études empiriques en la matière**⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Ejan Mackaay & Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 1.

⁴⁴⁶ *Ibid.* p. 2.

⁴⁴⁷ *Idem.*

⁴⁴⁸ George Stigler, « The Economics of Minimum Wage Legislation » in *The American Economic Review* 1946, vol. 36, n° 3, p. 358-365 ; Jean-Michel Cousineau, « Impact du salaire minimum sur le chômage des jeunes et des femmes au Québec » in *Relations Industrielles* 1979, vol. 34, n° 3, p. 403-417 ; Finis Welch,

Le propos mérite cependant précision. Tout d'abord, tous les acteurs du marché du travail ne sont pas forcément concernés par le niveau du salaire minimum ; comme le notent Charles Brown, Curtis Gilroy et Andrew Kohen, « L'effet du salaire minimum sur le niveau d'emploi des jeunes adultes (20-24 ans) est négatif et inférieur à celui des adolescents [...] La direction de l'effet sur le niveau d'emploi des adultes est incertain tant au regard des travaux empiriques que de la théorie. Pendant que certains adultes sont indubitablement désavantagés par le salaire minimum, d'autres peuvent être employés car protégés de la concurrence des adolescents par le salaire minimum »⁴⁴⁹.

Ensuite, si le niveau artificiellement élevé du salaire minimum produit des effets pervers, ces mêmes effets sont d'autant plus importants que ce niveau est élevé. Tel est le cas en France, où le niveau trop élevé des charges peut par ailleurs conduire à la formation d'une « trappe à pauvreté » en cas de régime fiscal de faveur spécifique au salaire minimum. De fait, les employeurs peuvent être incités à baisser les salaires gravitant légèrement au dessus du niveau du salaire minimum afin de profiter du régime de faveur en question, d'où la nécessité d'une baisse généralisée et non pas ciblée desdites charges. Autrement dit, ce n'est pas tant l'existence du salaire minimum qui s'avère nuisible, mais bien, 1°) son montant nominal, dès lors que celui-ci empêche son bénéficiaire d'être rentable pour l'employeur, 2°) son niveau uniforme imposé par la loi indépendamment du secteur d'activité concerné, et 3°) le niveau particulièrement élevé de charges pesant dessus en France. Sur le plan des principes cependant, force est de constater que ce type de dispositif constitue une atteinte à la liberté contractuelle tout en traduisant une vision pessimiste des rapports contractuels sur le marché du travail.

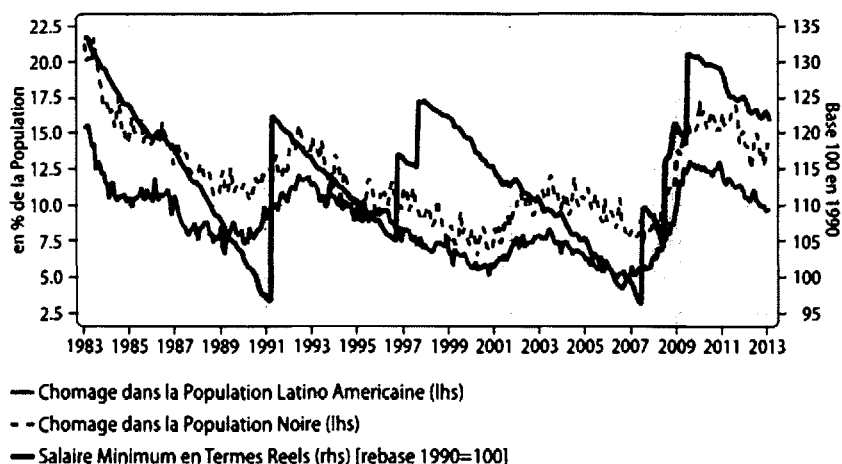
Pire, le salaire minimum « casse » les premiers barreaux de l'échelle sociale en qu'il conduit à exclure du marché de l'emploi ceux dont le travail produit moins de valeur ajoutée que ce qu'ils coûtent. Les non-qualifiés sont donc condamnés à le rester, car privés « d'une formation en entreprise, en acceptant temporairement un salaire bas, mais avec l'espoir d'acquérir l'expérience qui commanderait un salaire plus élevé »⁴⁵⁰.

« Minimum wage legislation in the United States » in *Economic Inquiry* 1974, vol. 12, n° 3, p. 185-318 ; Charles Brown, Curtis Gilroy & Andrew Kohen, « The Effect of The Minimum Wage on Employment and Unemployment » in *Journal of Economic Literature* 1982, vol. 20, n° 2, p. 487-528 ; Masanori Hashimoto « Minimum Wage Effects on Training on the Job » in *The American Economic Review* 1982, vol. 72, n° 5, p. 1070-1087 ; James Rebitzer & Lowell Taylor « The consequences of minimum wage laws Some new theoretical ideas » in *Journal of Public Economics* 1995, vol. 56, n° 2, p. 245-255 ; David Edward Card, *Myth and Measurement : The New Economics of the Minimum Wage*, Princeton University Press, 1995 ; Pierre Cahuc & Philippe Michel, « Minimum wage unemployment and growth » in *European Economic Review* 1996, vol. 40, n° 7, p. 1463-1482 ; Mark Stewart, « The employment effects of the national minimum wage » in *The Economic Journal* 2004, vol. 114, n° 494, p. 110-116 ; David Neumark & William Wascher, « Minimum Wages and Employment : A Review of Evidence from the New Minimum Wage Research », National Bureau of Economic Research, Working Paper n° 12663, novembre 2006. Pour une étude du cas français, voir André Fourçans, « L'impact du S.M.I.C. sur le chômage : les leçons d'expérience » in *Revue d'économie politique* 1980, vol. 90, n° 6, p. 881-892 ; Stephen Bazen & John Martin « L'incidence du salaire minimum sur les gains et l'emploi en France » in *Revue économique* de l'OCDE 1991, n° 16, p. 226-248.

⁴⁴⁹ « The effect of the minimum wage on young adult (20-24 years) employment is negative and smaller than that for teenagers [...] The direction of the effect on adult employment is uncertain in the empirical work, as it is in the theory. While some adults are undoubtedly displaced by the minimum wage, others may be employed because the minimum wage protects them from teenage competition. » (Charles Brown, Curtis Gilroy & Andrew Kohen, « The Effect of The Minimum Wage on Employment and Unemployment », *op. cit.*, p.524)

⁴⁵⁰ Ejan Mackaay & Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, p. 3.

Bref, le salaire minimum, alors qu'il est censé les protéger, voit alors ses effets pervers nuire aux plus défavorisés :



Institut des Libertés

Salaire minimum et taux de chômage dans les populations défavorisées aux États-Unis⁴⁵¹.

L'interrogation est purement logique : « Si les augmentations du salaire minimum produisent un effet délétère, non recherché, mais néanmoins prévisible, pourquoi continue-t-on à les voter régulièrement ? »⁴⁵². La réponse paraît aisée au regard de la théorie du « *Public Choice* »⁴⁵³ : les bénéficiaires de cette mesure sont dans l'illusion du service politique rendu et constituent une masse électorale à satisfaire.

L'apport conclusif de l'AED en droit du travail est donc le suivant : la possibilité laissée au législateur d'œuvrer indépendamment – voire dans l'ignorance – de la théorie économique ne saurait déboucher sur autre chose que des effets pervers. Qu'il suffise de citer Jean Tirole le jour même de l'attribution de son prix Nobel d'Économie le 13 octobre 2014, lequel appelait à une réforme radicale du marché de l'emploi jugé « catastrophique » en affirmant que « Depuis trente ans, quarante ans, il y a du chômage, et les jeunes, on leur propose des CDD dans leur très grande majorité parce que les entreprises ont trop peur de donner des CDI. On se retrouve donc avec une situation complètement absurde qui est qu'à force de trop protéger les salariés, on ne les protège plus du tout. Ce n'est pas un hasard que toute l'Europe du Sud, qui a exactement les mêmes institutions du marché du travail, se retrouve avec beaucoup de chômage alors que l'Europe du Nord, la Scandinavie par exemple, qui a un système différent, se retrouve avec assez peu de chômage »⁴⁵⁴ (nous soulignons). Comment expliquer alors, que le droit du travail puisse encore ignorer, voire contredire, les conclusions de l'économie du travail ? C'est que les convictions *politiques* l'ont malheureusement emporté sur les certitudes *scientifiques*.

⁴⁵¹ Charles Gave, « Salaire Minimum et Chômage des Plus Défavorisés », Institut des Libertés, 25 mars 2013 (<http://institutdeslibertes.org/salaire-minimum-et-chomage-des-plus-defavorises/>)

⁴⁵² Ejan Mackaay & Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 3.

⁴⁵³ Dennis Mueller, François Facchini, Martial Foucault & Mickaël Melk, op. cit.

⁴⁵⁴ « Jean Tirole, Prix Nobel d'économie, appelle à réformer un marché de l'emploi assez catastrophique » in *Le Monde Économie* du 13 octobre 2014.

SECTION III

ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT ET RESPONSABILITÉ CIVILE EXTRA-CONTRACTUELLE

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » affirme l'article 1382 du Code Civil⁴⁵⁵. Si le texte est si célèbre pour les juristes, c'est justement parce qu'il fonde le cœur même du droit civil⁴⁵⁶. Abondamment étudiée par les civilistes⁴⁵⁷, la responsabilité civile extra-contractuelle verra ses grands principes définis sur la base de la désormais classique trilogie « faute - dommage - lien de causalité ». Dès lors qu'un individu commet, selon l'expression doctrinale consacrée, « une erreur de conduite », et que cette dernière cause un préjudice à autrui, son auteur se doit réparer ses conséquences dommageables. Par opposition à la responsabilité pénale, laquelle vise à *sanctionner* les atteintes portées à la société, la responsabilité délictuelle vise à *réparer* les préjudices subis par les particuliers, le plus souvent par l'allocation de dommages et intérêts⁴⁵⁸.

La lecture des articles 1382 et 1383 du Code Civil a alors volontairement conduit à une notion de responsabilité extrêmement large : comme le rappelle Olivier Descamps, les rédacteurs du Code ont toujours souhaité une définition « concise, générale et universelle »⁴⁵⁹. D'où son importance pratique : la responsabilité civile d'un individu peut être engagée si celui-ci *cause volontairement ou involontai-*

⁴⁵⁵ La lecture de cet article est traditionnellement commune avec l'article 1383 du Code Civil, à savoir que « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Les articles suivants déclinent le principe à différentes situations, telles que la responsabilité du fait d'autrui (article 1384 du Code Civil : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre. »), des animaux (article 1385 du Code Civil : « Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. ») ou encore des immeubles (article 1386 du Code Civil : « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. »).

⁴⁵⁶ Il semblerait cependant que tel n'ait pas toujours été le cas ; pour Geneviève Viney notamment, « l'extrême brièveté et le caractère très général et abstrait des articles 1382 à 1386 du Code Civil [...] ont parfois même fait douter de leur valeur opérationnelle en tant que règle de droit » (« Les difficultés de la recodification du droit de la responsabilité civile » in *Le Code Civil 1804-2004*, Dalloz, 2004, p. 255-281), si bien que c'est uniquement « l'apparition des accidents liés au progrès technologique, notamment dans les domaines de la production industrielle et des transports [qui] a profondément modifié la physionomie du droit commun de la responsabilité civile, sous l'impulsion d'une abondante jurisprudence » (Gregory Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, p. 19).

⁴⁵⁷ Pour un aperçu non exhaustif, voir Henri Lalou, *La responsabilité civile : principes élémentaires et applications pratiques*, Dalloz, 2^e édition, 1932 ; René Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, LGDJ, 1951 ; Henri Mazeaud, Léon Mazeaud & André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 1965 ; André Tunc, *La responsabilité civile*, Economica, 1989 ; Suzanne Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995 ; Philippe Le Tourneau, *La responsabilité civile*, PUF, coll. *Que-sais-je ?*, 2003 ; Philippe Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2005 ; Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 9^e édition, 2014.

⁴⁵⁸ Cette distinction est cependant récente, la responsabilité civile ayant pendant longtemps été considérée comme une branche, voire une conséquence de la responsabilité pénale, sans autonomie ni volonté propre (voir en ce sens Jean-Philippe Lévy & André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e édition, 2010).

⁴⁵⁹ Olivier Descamps, « La responsabilité dans le Code civil » in *Histoire de la justice* 2009, vol. 19, n° 1, p. 291-310.

rement un dommage à autrui, mais également s'il n'empêche pas un dommage de se produire, alors qu'il le pouvait et/ou le devait. L'essence des débats juridiques s'est alors traditionnellement portée vers les éléments constitutifs de cette responsabilité et de ses modalités⁴⁶⁰. La responsabilité civile extra-contractuelle française a donc été longtemps pensée comme une matière autonome, purement juridique, et s'alimentant d'elle-même au fur et à mesure des conflits. Du côté de la *Common Law* au contraire, la « *Tort Law* », n'est plus l'apanage du droit depuis les travaux de Guido Calabresi⁴⁶¹. Bien que juriste, ce dernier procédera en effet aux premières analyses économiques de la matière : selon lui, l'objectif économique principal d'un système de responsabilité civile doit être la « minimisation du coût social des accidents »⁴⁶², voire leur *prévention*.

Passés les travaux précurseurs de Calabresi, la responsabilité civile va être particulièrement investie par les économistes. La raison en est simple : « si l'on en croit la littérature économique, le régime juridique américain de la responsabilité civile s'apparente à une machinerie qui recèle une véritable économie des conflits fondée sur une logique de calcul, dans laquelle le traitement judiciaire opère comme une machine à allouer des coûts et des gains monétaires et à produire des calculs coûts-avantages »⁴⁶³. Autrement dit, la responsabilité civile aurait, du point de vue strictement économique, pour objectif de contribuer à réduire les dommages (in)volontaires faits à la propriété ou à la personne d'autrui. Mais pourquoi un tel système ? Du côté des juristes note Gregory Maitre, « la plupart des auteurs font référence aux concepts de faute, de risque, voire de garantie ou de précaution [...] certains auteurs identifient également le fondement de la responsabilité à l'une de ses fonctions, par exemple la prévention ou la réparation, sans préjudice de l'analyse précédente »⁴⁶⁴. Autrement dit, la responsabilité civile délictuelle trouverait son fondement en elle-même, c'est-à-dire dans sa fonction et sa justification : indemniser une victime des dommages qu'elle a pu subir⁴⁶⁵. Du côté des économistes au contraire, le système de responsabilité serait la conséquence des coûts de transactions tels que définis par Ronald Coase et son théorème (§1). Se pose alors la traditionnelle question des modalités et donc, *in fine*, de l'efficacité du système de responsabilité vis-à-vis de son objectif, qu'est la minimisation du coût social (§2).

⁴⁶⁰ À titre d'exemple, voir Jacques Ghestin, Patrice Jourdain & Geneviève Viney, *Les conditions de la responsabilité : dommage, fait générateur, régimes spéciaux, causalité*, LGDJ, 3^e édition, 2006.

⁴⁶¹ Guido Calabresi, « *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* » in *Yale Law Journal* 1961, vol. 70, n° 4, p. 499-553 ; Guido Calabresi, *The Cost of Accidents : A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.

⁴⁶² « The principal function of accident law is to reduce the sum of the cost of accident and the cost of avoiding accidents » (Guido Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, op. cit., p. 26). Pour Calabresi, ce coût social est composé de trois éléments : 1°) les *coûts directs*, c'est-à-dire les coûts des dommages de l'accident, 2°) les *coûts indirects*, c'est à dire tous les coûts liés aux moyens mobilisés pour prévenir l'accident, et, enfin, 3°) les *frais* liés à la mise en œuvre de la justice.

⁴⁶³ Thierry Kirat, *Économie du Droit*, op. cit., p. 73.

⁴⁶⁴ Gregory Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 25.

⁴⁶⁵ Pour l'exposé des fondements juridiques de la responsabilité civile délictuelle, voir Gregory Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 25-44.

§1 Le fondement économique de la responsabilité civile délictuelle : le théorème de Coase

Parce qu'il « se donne pour mission d'examiner l'influence du droit sur le fonctionnement du système économique »⁴⁶⁶, l'article de Ronald Coase, « *The Problem of Social Cost* »⁴⁶⁷, est considéré comme l'acte fondateur de l'AED au sens contemporain du terme⁴⁶⁸. À ce titre, rien d'étonnant à ce que l'article en question – en ce qu'il fonde le « théorème de Coase »⁴⁶⁹ – soit le plus souvent cité dans ce cadre particulier⁴⁷⁰, mais également le plus étudié de manière générale⁴⁷¹. Plus précisément, l'auteur s'intéressera au fait que le comportement des agents puisse déboucher sur des « externalités », c'est-à-dire des effets secondaires affectant, positivement ou non, des tiers sans que ces derniers n'aient été consultés, ni sollicités. Dit autrement, une externalité est caractérisée lorsque « le comportement d'un agent économique a des conséquences, bénéfiques ou défavorables, sur la situation d'autres agents »⁴⁷².

⁴⁶⁶ Ronald Coase, *L'entreprise, le marché et le droit*, op. cit., p. 28.

⁴⁶⁷ Ronald Coase, « The Problem of Social Cost » in *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, n° 1, p. 1-44, traduction française *Le coût du droit*, PUF, 2000.

⁴⁶⁸ Voir le chapitre I, section I, § 2 de la présente partie.

⁴⁶⁹ L'expression est de George Stigler depuis son célèbre ouvrage, *The Theory of Price*, Macmillan, 1966 (traduction française, *La théorie des prix*, Dunod, 1980). Ronald Coase prendra en effet soin de toujours préciser à de multiples reprises qu'il n'est « pas à l'origine de l'expression théorème de Coase, ni de sa formulation précise, que l'on doit toutes deux à Stigler. Néanmoins, il est vrai que son énoncé du théorème qu'il formule est fondé sur mes travaux, dans lesquels on retrouve une même communauté de pensée, bien qu'exprimée de manière assez différente » (*The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988 ; traduction française in Ronald Coase, *L'entreprise, le marché et le droit*, op. cit., p. 181. L'affirmation est d'ailleurs reformulée autrement dans l'introduction de ce même ouvrage, p. 32).

⁴⁷⁰ L'article est en effet cité dans tous les ouvrages d'AED, sans exception (cf. bibliographie). Voir également Samuels Warren, « The Coase Theorem and the Study of Law and Economics » in *Natural Resources Journal* 1974, vol. 14, n° 1, p. 1-33 ; Cento Veljanovski, « The Coase Theorems and the Economic Theory of Markets and Law » in *Kyklos* 1982, vol. 35, n° 1, p. 53-74 ; Chulho Jung, Kerry Krutilla, Kip Viscusi & Roy Boyd, « The Coase Theorem in rent-seeking society » in *International Review of Law and Economics* 1995, vol. 15, n° 3, p. 259-268 ; Wolfgang Drechsler, « Les lois de Platon, fondement de l'économie du droit » in *Revue française d'histoire des idées politiques* 2002, vol. 16, p. 399-410 ; Franseco Parisi, « Coase Theorem and Transaction Cost Economics in the Law » in Jürgen Backhaus (dir.), *The Elgard Companion to Law and Economics*, Edward Elgar, 2nde édition, 2005, p. 7-39.

⁴⁷¹ Pour la littérature anglo-saxonne, voir G. A. Mumey, « The Coase Theorem : A Reexamination » in *The Quarterly Journal of Economics* 1971, vol. 85, n° 4, p. 718-723 ; Leonid Hurwicz, « What is the Coase Theorem ? » in *Japan and the World Economy* 1995, vol. 7, n° 1, p. 49-74 ; Deirdre McCloskey, « The So-called Coase Theorem » in *Eastern Economic Journal* 1998, vol. 24, n° 3, p. 367-371 ; Urs Schweizer, « Externalities and the Coase Theorem : Hypothesis or Result ? » in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 1998, vol. 144, n° 2, p. 245-266 ; Glenn Fox, « The Real Coase Theorems » in *The Cato Journal* 2007, vol. 27, n° 3, p. 373-396. Pour la littérature française, voir entre autres, Roy Cordato, « Les problèmes de la connaissance et le problème du coût social » in *Journal des Économistes et des Études Humaines* 1992, vol. 3, n° 4, p. 439-460 ; Ludovic Ragni, « Le théorème de Coase : une relecture coasienne » in *Revue française d'économie* 1992, vol. 7, n° 4, p. 121-151 ; Armelle Caron, *Une relecture coasienne du « problème du coût social »*, thèse de doctorat, 1998, non publiée ; Elodie Bertrand & Christophe Destais, « Le théorème de Coase, une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publique » in *Reflets et perspectives de la vie économique* 2002, vol. 41, n° 2, p. 111-124 ; Elodie Bertrand, *Les théorèmes de Coase : énoncés et critiques microéconomiques*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction d'André Hervier, présentée et soutenue publiquement à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne en 2003 ; Elodie Bertrand, « La thèse d'efficacité du théorème de Coase. Quelle critique de la microéconomie ? » in *Revue économique* 2006, vol. 57, n° 5, p. 983-1007.

⁴⁷² Dominique Roux, *Nobel en Économie*, Economica, 3^e édition, 2007, p. 319.

Pour Coase, « L'exemple typique est celui d'une usine dont la fumée a des conséquences néfastes pour les habitants des propriétés avoisinantes. L'analyse économique d'une telle situation a été ordinairement menée en termes de divergence entre les conséquences d'ordre privé et social de l'activité de l'usine, et sur ce problème en particulier les économistes ont largement suivi le point de vue de Pigou »⁴⁷³. Difficile de comprendre l'originalité de la pensée Coasienne hors de son contexte : jusque là, Arthur Cecil Pigou (1877-1959) dominait le paysage intellectuel sur la question des externalités depuis son célèbre ouvrage *The Economics of Welfare*⁴⁷⁴. Pour le maître à penser de John Maynard Keynes, la *taxe* (la Doctrine parlera alors de « *taxe pigouvienne* ») et la *réglementation* demeurent les meilleurs moyens pour résoudre le problème.

Dans le cas de l'usine, il faut et il suffit soit de taxer l'activité polluante – afin de dissuader son utilisation ou/et la rendre aussi coûteuse qu'un mode de production moins polluant – soit de légiférer afin d'obliger l'usine à s'implanter dans des zones non habitées⁴⁷⁵. Sont ainsi résolus, selon Pigou, les défaillances du marché (« *market failures* ») et les interventions de l'État dans ces domaines sont légitimes et légitimées. De fait, seule la puissance publique s'avère apte à pouvoir lutter contre des situations socialement non souhaitables, mais cependant possibles en raison du libre-jeu du marché. La solution, si elle demeure éminemment pragmatique, est cependant unanimement partagée alors chez les économistes, même libéraux. Souhaitant proposer une alternative à la solution pigouvienne, Coase propose la lecture de son article à vingt-et-un économistes de l'Université de Chicago, dont de nombreux (futurs) Prix Nobel. Parmi eux, des noms aussi prestigieux que Milton Friedman, Georges Stigler, James Buchanan ou encore Vernon Smith. Tous votent avant de l'entendre, tous prétendent la supériorité intellectuelle de Pigou. Quelques heures et maintes discussions plus tard, un nouveau vote est proposé : tous reconnaissent l'originalité coasienne⁴⁷⁶.

En quoi consiste alors cette solution ? L'idée est relativement simple : pour Coase, la situation relève d'un conflit de droits de propriété. Comme le résume parfaitement Grégory Maitre, « chacun des protagonistes dispose d'un droit de propriété sur l'activité qu'il exerce. Ce droit de propriété ne renvoie pas au concept juridique du même nom. Au contraire, il traduit plus vaguement le droit pour l'individu d'exercer l'activité »⁴⁷⁷. Revenons à l'exemple de l'usine : l'entrepreneur est effectivement fondé à exercer son activité au nom de la liberté, et ce, de la manière dont il l'entend au nom de la propriété. Du côté des habitants, ces derniers disposent également d'un droit à jouir paisiblement de leur logement. De fait, il y a conflit de droit. Pour Coase, « On pense généralement que la question doit être posée de la manière suivante : A fait du tort à B ; et ce qu'il faut décider, c'est comment empêcher A d'agir ainsi. Cette interprétation est cependant inexacte. Nous avons à traiter un problème de relations réciproques. Pour éviter le tort causé à B, il faudrait faire du tort à A. **Or, la question qui devrait être réellement**

⁴⁷³ Ronald Coase, *L'entreprise, le marché et le droit*, op. cit., p. 45.

⁴⁷⁴ Arthur Cecil Pigou, *The Economics of Welfare*, Macmillan, 1920.

⁴⁷⁵ Ronald Coase, *L'entreprise, le marché et le droit*, op. cit., p. 46.

⁴⁷⁶ L'anecdote est pour partie reprise par Ejan Mackaay & Stéphane Rousseau in *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 183.

⁴⁷⁷ Gregory Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 47.

tranchée est : doit-on permettre à A de faire du tort à B, ou encore doit-on permettre à B de faire du tort à A ? »⁴⁷⁸. La question en soulève une autre : comment décider de la réponse ? Comment justifier la préférence pour A ou pour B ?

Jusqu'à Coase, et dans la lignée de Pigou, la réponse est *autoritaire* et *arbitraire* : il appartient à la puissance publique de déterminer qui, de A ou B, devra être sanctionné dans l'utilisation de son droit. Car évidemment, la solution pigouvienne nuit par principe à l'une des parties : les taxes, réglementations ou interdictions lèsent les intérêts de l'usine, leur absence lèse ceux des habitants. En estimant l'intérêt des parties d'égale importance, et en négligeant l'idée qu'un autre intérêt supérieur puisse spontanément s'imposer⁴⁷⁹, comment arbitrer la situation ? Il y a, dans tous les cas, un gagnant et un perdant. Mais pour Coase, les termes du problème ainsi formulés ne peuvent conduire qu'à une réponse erronée. *À la solution autoritaire, arbitraire et à somme nulle proposée, s'oppose une solution spontanée, contractuelle et donc, à somme positive*. Jusqu'à Coase, personne n'avait jamais posé cette question pourtant si simple, mais si fondamentale : **et si les parties arrivaient à trouver un accord ?** Et si le propriétaire de l'usine polluante négociait avec les personnes polluées afin de trouver une solution ? Au final, si au lieu de choisir entre A et B, l'on laissait A et B régler d'eux-mêmes le problème auquel ils sont confrontés ?

C'est le cœur du théorème de Coase : **si les coûts de transaction⁴⁸⁰ sont nuls et si les droits de propriété sont bien définis, les agents peuvent corriger d'eux-mêmes et spontanément les externalités en passant par un accord**. Autrement dit, et comme le résume parfaitement Gregory Maitre, il faut et il suffit

⁴⁷⁸ Ronald Coase, *L'entreprise, le marché et le droit*, op. cit., p. 118.

⁴⁷⁹ Il est ici fait référence à la notion d'intérêt général dans sa conception rousseauiste. Le paradoxe de Condorcet et le théorème d'impossibilité d'Arrow ayant démontré l'impossible détermination de celui-ci par le biais du vote démocratique, on voit difficilement comment le politique pourrait décider de son contenu. La théorie du « *Public Choice* » a alors démontré que l'intérêt général était en fait déterminé par le marché électoral. Sur ce sujet, voir Serge Schweitzer, « Un chemin dissident : l'intérêt général ou l'invention d'un faux concept » in *Les métamorphoses de l'intérêt général*, Presses Universitaires de l'ICES, 2013, p. 191-208. Voir également Serge Schweitzer, « La politique, instrument des intérêts particuliers » in Jean-Yves Naudet (dir.), *Ethique et Politique*, PUAM, 2014, p. 257-296, ainsi que Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, op. cit., p. 155-171.

⁴⁸⁰ On entend par « coût de transaction » le coût de toute relation économique à caractère contractuelle. Dans le cadre de la responsabilité civile, les coûts de transaction désignent principalement « les coûts nécessaires à la résolution amiable [...] les frais de négociation [...] ainsi que ceux afférant à la recherche des informations nécessaires à la bonne conduite de celle-ci, les frais de rédaction de l'accord ou encore ceux nécessaires à l'exécution de ce dernier, et même des coûts non quantifiables tels que les sentiments des parties l'une envers l'autre » (Gregory Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 48). Sur les coûts de transaction en général, voir également Oliver Williamson « Transaction Cost Economics : the Governance of contractual relations » in *Journal of Law and Economics*, 1979, vol. 22, n° 2, p. 233-261 ; Oliver Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, 1985 (traduction française, Oliver Williamson, *Les institutions de l'économie*, InterEditions, 1994 ; cet ouvrage a changé de titre de la première à la deuxième édition pour des raisons significatives, la première édition s'intitulait *Les institutions du capitalisme*, et était antérieure à la chute du Mur de Berlin. Lors de l'édition suivante, le communisme comme la planification s'étant effondrée, Williamson décida d'intituler son ouvrage *Les institutions de l'économie*. Il s'en explique dans l'introduction en affirmant que la question de la dichotomie des systèmes était de fait périmée dans la mesure où les seules institutions possibles en économie étaient le marché, la liberté, le prix, les arrangements contractuels, les droits de propriété privés, le libre-échange...) ; Eric Brousseau « L'approche néo-institutionnelle des coûts de transaction » in *Revue française d'économie* 1989, vol. 4, n° 4, p. 123-166 ; Françoise Lotter, « Coûts de transaction et fondements de l'intervention publique » in *Revue d'économie industrielle* 1995, vol. 71, p. 163-180 ; Céline Abecassis, « Les coûts de transaction : état de la théorie » in *Réseaux* 1997, vol. 15, n° 84, p. 9-19 ; Michel Ghertman, « Oliver Williamson et la théorie des coûts de transaction » in *Revue française de gestion* 2006, vol. 160, n° 1, p. 191-213.

que les protagonistes puissent « conclure un accord, par lequel l'un d'entre eux va disposer de son droit de propriété au profit de l'autre, moyennant paiement. Le sens de la transaction dépend de la comparaison des situations respectives des parties [...] en définitive, les droits de propriété en cause peuvent être volontairement échangés sur le marché, mais bénéficient également d'une protection absolue contre d'éventuelles atteintes par un tiers »⁴⁸¹. Si bien que « Quelle que soit l'attribution initiale des droits de propriété entre les individus réalisée par le système juridique [...] la solution [à laquelle les parties sont arrivées] ne variera pas [...] En conséquence, un système de responsabilité civile ne présenterait aucune utilité du point de vue économique, car il n'aurait pas d'influence sur [...] la solution apportée au conflit entre l'auteur et la victime du dommage [...] par le seul jeu du marché »⁴⁸².

Mais, et la précision est d'importance, toute la théorie Coasienne repose sur deux hypothèses lourdes et incontournables : 1°) **les droits de propriété doivent être définis et**, 2°) **les coûts de transaction doivent être nuls**. Or, d'une part il est relativement rare que les droits de propriété soient définis dans les situations générant des externalités⁴⁸³, mais d'autre part, l'absence quasi-totale de coûts de transaction est « très irréaliste »⁴⁸⁴ selon Coase lui-même. **De fait, la responsabilité civile délictuelle constitue le mode d'arbitrage juridictionnel utilisée par l'une des parties afin d'obtenir réparation de son préjudice en l'absence d'accord préalable réalisé sur le marché du fait de l'importance des coûts de transaction.**

Ainsi note Gregory Maitre, « L'importance des coûts de transaction est particulièrement sensible dans le domaine de la responsabilité civile [...] d'une part, les situations à l'origine d'une responsabilité impliquent la plupart du temps des personnes qui n'ont aucun lien entre elles et ne se connaissent pas. Ainsi est-il difficile, voire impossible pour ces personnes de conclure un accord destiné à régler les conséquences éventuelles d'un dommage causé par l'une à l'autre. Par exemple, un automobiliste, ne peut, *a priori*, transiger avec toutes les victimes potentielles d'accidents qui lui seraient imputables. Le seul coût d'une recherche des personnes concernées, à la supposer possible, serait prohibitif. D'autre part, certaines circonstances sont peu propices à un accord, bien que le coût de conclusion d'un accord soit en lui-même raisonnable [...] De même, l'auteur du dommage refuse parfois d'envisager un accord avec la victime pour des raisons stratégiques, notamment dans le domaine des affaires »⁴⁸⁵. Au final, « la responsabilité civile naît fréquemment de situations peu favorables à la conclusion d'un accord, en raison des coûts de transaction excessifs qu'une telle conclusion implique. C'est pourquoi, par application du théorème de Coase, il est nécessaire d'instituer des règles de responsabilité civile, dont l'objectif sera de suppléer aux carences du marché en se substituant aux droits de propriété au sens économique, dont l'échange n'est précisément pas possible »⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ Gregory Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 48.

⁴⁸² *Idem*.

⁴⁸³ Pour reprendre l'exemple de l'usine et des habitants, cela suppose qu'un droit de propriété sur l'air existe. Il ne reste alors plus qu'à définir la nature de ce droit : s'agit-il d'un droit à ne pas être pollué pour les habitants ? Ou bien s'agit-il, selon une formule quelque peu provocatrice, d'un « droit à polluer » pour l'usine ? Pour Coase, cette dernière hypothèse n'étant pas défendable, c'est l'entreprise qui est toujours responsable des nuisances qu'elle provoque (Ronald Coase, *L'entreprise, le marché et le droit*, op. cit., p. 119).

⁴⁸⁴ Ronald Coase, *Le coût du droit*, op. cit. p. 40.

⁴⁸⁵ Gregory Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 50.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 50.

Autrement dit, et comme l'avait déjà formulé Boris Starck⁴⁸⁷, la responsabilité civile découle en fait « d'un conflit de droits entre la victime et l'auteur du dommage, la première disposant d'un droit à la sécurité, auquel s'oppose le droit d'agir du second »⁴⁸⁸. En l'absence d'accord amiable conclu sur le marché, il devient dès lors impératif d'instaurer « un mode autoritaire d'attribution des intérêts »⁴⁸⁹, soit pour inciter fortement les parties à négocier lors du processus judiciaire, soit afin que le juge « fixe d'office le prix de l'atteinte à l'origine du litige »⁴⁹⁰. En d'autres termes, si le théorème de Coase, a largement évincé, pour ne pas dire disqualifié, l'évidence apparente des solutions pigouviennes, ce premier souffre cependant d'un déficit permettant la réintroduction, voire légitimation de la responsabilité civile. De fait, la résolution des externalités indésirables ne peut se faire par un accord des parties qu'aux deux conditions restrictives précitées : d'une part, que les coûts de transaction soient nuls, d'autre part que l'imputation des droits de propriété soit effective. De fait, l'importance des coûts de transaction comme le relâchement du degré de précision des droits de propriété peut rendre la solution coasienne inopérante. Le fondement économique de la responsabilité civile ainsi explicité, encore faut-il en cerner l'objectif.

§2 L'objectif économique de la responsabilité civile délictuelle : la minimisation du coût social des préjudices

Depuis les travaux de Guido Calabresi⁴⁹¹ en la matière, la plupart des économistes ont bien compris que l'objectif économique principal d'un système de responsabilité civile devait être la « minimisation du coût social des accidents »⁴⁹², voire leur *prévention*. À l'image du « niveau optimal de criminalité », l'expression mérite précision.

Si les règles de responsabilité doivent posséder une **fonction réparatrice** (et donc, pouvoir déterminer quel agent doit indemniser les victimes de leurs préjudices), l'objectif principal des économistes en la matière se situe *en amont*. Autrement dit, à la fonction réparatrice – essentielle pour les juristes⁴⁹³ – doit

⁴⁸⁷ Boris Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, 1947. L'auteur est d'avantage connue pour sa célèbre « théorie de la garantie ». Voir sur ce sujet Boris Starck, « Foundation of Delictual Liability in Contemporary French Law : An Evaluation and a Proposal » in *Tulane Law Review*, 1973, vol. 48, n° 4, p. 1043-1046 ou encore André Tunc, « A Little-Noticed Theory in the Law of Tort : Boris Starck's Theory of Guaranty » in *University of Pennsylvania Law Review* 1973, vol. 121, n° 3, p. 618-625.

⁴⁸⁸ Gregory Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 45.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 50.

⁴⁹⁰ *Idem.*

⁴⁹¹ Guido Calabresi, « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts » in *Yale Law Journal* 1961, vol. 70, n° 4, p. 499-553 ; Guido Calabresi, *The Cost of Accidents : A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.

⁴⁹² « The principal function of accident law is to reduce the sum of the cost of accident and the cost of avoiding accidents ».

⁴⁹³ C'est d'ailleurs un des fondements de la responsabilité pour ces derniers. Comme le note Michael Faurc, « Même si la Doctrine reconnaît que la responsabilité peut servir plusieurs fonctions, la fonction qui semble être fort soulignée est l'indemnisation de la victime ». Pourtant, cela n'a pas toujours été la règle sur le plan historique (cf. *supra*). Comme le note l'auteur, « l'article 1382 du Code Civil [...] avait pour but principal de contrôler et diriger le comportement de l'auteur du dommage et non pas de garantir une indemnisation de la victime ». (Michael Faurc, « L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité » in Bruno Deffains (dir.), *L'analyse économique dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 113-150).

s'ajouter une **fonction préventive, dont le but est de minimiser les risques de dommages en incitant les agents économiques à adopter un certain nombre de précautions**. Comme le rappelle Gregory Maitre, « Le système de responsabilité civile ne saurait avoir pour but la suppression complète [des] faits générateurs de dommages. Un tel objectif relèverait de l'utopie. C'est pourquoi l'analyse économique ne cherche pas à assurer le plus bas niveau de dommages possibles, mais simplement le plus bas niveau de dommages socialement acceptables »⁴⁹⁴ (nous soulignons).

Encore faut-il s'entendre sur la notion de coût social. Pour Calabresi, celui-ci est composé de trois éléments : 1°) *les coûts directs*, c'est-à-dire les coûts des dommages de l'accident (le dommage crée en lui-même une perte de bien-être pour l'agent qui le subit), 2°) *les coûts indirects*, c'est à dire tous les coûts liés aux moyens mobilisés pour prévenir l'accident (lesquels soustraient évidemment des ressources à l'activité économique en elle-même) et, enfin, 3°) *les frais liés à la mise en œuvre de la justice* mais également de son *exécution* (la décision du juge aura d'ailleurs également un impact en termes d'allocation des ressources). Mais comme le notent Bruno Deffains et Eric Langlais, « la théorie de Calabresi n'a de portée pratique que si tous les coûts peuvent être exprimés en monnaie, que les individus sont sensibles à ces coûts et que les accidents peuvent être réduits si on consacre plus de ressources à leur prévention »⁴⁹⁵. **De ce point de vue, la responsabilité civile apparaît comme un moyen de promouvoir l'efficacité économique entendue comme la minimisation du coût social des accidents, à savoir la minimisation de la somme du coût des accidents et du coût d'évitement des accidents**⁴⁹⁶. Cette minimisation passe alors par un arbitrage entre les règles de propriété et de responsabilité, mais également par la mise en œuvre de mécanismes d'incitation et de prévention.

⇒ l'arbitrage propriété/responsabilité

Quelle est alors la meilleure formule en matière de minimisation du coût social ? En réalité, **tout dépend de la nature de la règle juridique mise en place** : se distinguent alors, selon les cas, *le droit de propriété* – lequel confère un droit absolu et exclusif à son titulaire – *de la responsabilité*. D'un côté le propriétaire dispose des droits inhérents à la propriété (*usus, abusus, fructus*) et peut agir en justice pour obtenir une injonction à l'encontre de l'auteur du préjudice afin que celui-ci cesse son trouble. Mais depuis Coase, les économistes savent que l'auteur du préjudice peut également choisir de transiger avec le titulaire du droit de propriété. À l'inverse, toute règle de responsabilité oblige l'utilisateur d'une ressource à indemniser les tiers subissant les externalités liées à cette activité. En raison d'importants coûts de transaction, aucune transaction n'est possible entre les agents. Si bien que selon les cas, les résultats diffèrent⁴⁹⁷ :

⁴⁹⁴ Gregory Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 53.

⁴⁹⁵ Bruno Deffains et Eric Langlais, *Analyse économique du droit : principes, méthodes, résultats*, op. cit. p. 38.

⁴⁹⁶ Michael Faure, « L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité », op. cit.

⁴⁹⁷ Sur la base des travaux de Thierry Kirat in *Économie du droit*, op. cit., p. 75.

		<i>Titulaire du droit</i>	
		Victime du préjudice	Auteur du préjudice
<i>Règle de droit</i>	Propriété	La victime a un droit à ne pas subir de nuisance et peut obtenir judiciairement la cessation de celle-ci. Ce droit est cependant cessible : la victime peut, dans le cadre d'un échange transactionnel, renoncer à son droit à ne pas subir de nuisances (théorème de Coase).	L'auteur du préjudice est en droit d'exercer son activité quel que soit le niveau de nuisance qu'elle génère pour la victime. La victime peut cependant négocier la renonciation de l'exercice d'un « droit à polluer » auprès de l'auteur du préjudice (théorème de Coase).
	Responsabilité	L'auteur du préjudice doit indemniser la victime via l'attribution de dommages et intérêts. Le montant est déterminé à l'issue de la procédure amiable ou judiciaire. Dans tous les cas, la sanction ne peut intervenir qu'après la réalisation du dommage.	

On en déduit donc que les règles de responsabilité se doivent, afin de limiter le coût social, d'être l'exception et non la pratique usuelle puisque, par application du théorème de Coase, le marché débouche sur les mêmes résultats que la responsabilité, *mais sans consommer les ressources nécessaires au fonctionnement du système de responsabilité*.

⇒ Le rôle de la prévention

Comment la responsabilité civile peut-elle avoir un rôle préventif ? L'idée est simple : « l'auteur du dommage potentiel (et la victime) changeront leurs comportements suivant que l'auteur du dommage est tenu responsable ou bien que la victime ne soit pas indemnisée »⁴⁹⁸. Autrement dit, dès lors que les auteurs de préjudices se savent obligés d'indemniser leurs potentielles victimes, le risque financier les incite, dans le cadre d'un calcul rationnel coûts/bénéfices, à être prudents. À l'inverse, sur la base de la même logique rationnelle, l'incitation à un comportement de précaution est également possible pour les victimes d'accidents dès lors qu'elles ont conscience que leurs agissements puissent leur être reprochés.

Le but est alors d'atteindre un « niveau efficient de prévention » mis en place par les acteurs concernés. Evidemment, et comme en matière de criminalité, « Le niveau efficient de prévention est déterminé à l'aide d'une méthode simple, l'analyse marginale. Dans le cas présent, le raisonnement à la marge suppose l'examen comparé du coût et des conséquences d'une unité de précaution supplémentaire. Tant que la prise en charge de précautions supplémentaires réduit plus le niveau du dommage escompté qu'elle ne coûte à adopter, l'accroissement de la prévention est justifié. Par exemple, un cycliste sait qu'il est susceptible de causer à autrui en circulant à vélo. Ce dommage correspond à une valeur moyenne de 1 000 €, et ses chances de réalisation, compte tenu des précautions déjà prises, équivalent à 5 %. Par conséquent, le dommage escompté est de 50 €. Si, en investissant 1 €

⁴⁹⁸ Michaël Fauré, « L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité », *op. cit.*

supplémentaire dans la prise de précaution, comme par exemple l'amélioration des freins, le dommage escompté est réduit d'une somme supérieure à 1 €, alors notre cycliste prendra ces précautions supplémentaires [car] moins onéreuses que l'indemnisation en cas de responsabilité. »⁴⁹⁹ (nous soulignons).

Mais savoir *jusqu'ou* prévenir (c'est-à-dire jusqu'à quel niveau la dépense de prévention s'avère utile et nécessaire) ne renseigne pas sur *l'acteur à l'origine de la prévention*. Sur cette question, l'AED a tranché en faveur de celui que Calabresi appelle le « *cheapest cost avoider* », c'est-à-dire *l'individu pour lequel la minimisation du risque social va s'avérer la plus efficace à un moindre coût*.

Évidemment, les situations impliquant l'engagement d'une responsabilité sont multiples. Selon la situation, le « *cheapest cost avoider* » ne sera pas le même. L'éclatement des régimes juridiques en matière de responsabilité permet alors de classer rationnellement les situations. Traditionnellement, deux cas de figures se distinguent en fonction des réponses apportées à deux questions :

1°) Le préjudice est-il provoqué par le comportement de l'individu désigné par le demandeur ? Si la réponse est négative, c'est que son dommage fait partie des risques inévitables (catastrophe naturelle, cas de force majeure...) et l'AED plaidera pour que le coût social du dommage soit supporté par la victime elle-même, par la collectivité (fonds public d'indemnisation) ou encore, par son assurance, laquelle constitue l'ultime moyen de minimiser les coûts sociaux des accidents. Le « *cheapest cost avoider* » est, dans ce cas de figure, évidemment l'individu lui-même.

2°) Une faute est-elle à l'origine du préjudice commis par l'individu désigné par le demandeur ? Si la réponse est affirmative, alors la responsabilité pour faute – subjective, déterminée en fonction d'un modèle de référence, l'ancien « *Bonus Pater Familias* », soit l'actuel « homme raisonnable » depuis la loi du 4 août 2014⁵⁰⁰ – permet d'affirmer que le « *cheapest cost avoider* » est évidemment le fautif, bien que le comportement également fautif de la victime puisse exonérer le fautif originel de tout ou partie de sa responsabilité (il y a alors conflit sur l'identité du « *cheapest cost avoider* »)⁵⁰¹.

À l'inverse, même en l'absence de faute, le comportement de l'agent importe peu, sa responsabilité étant, en tant que « *cheapest cost avoider* », engagée systématiquement (responsabilité du fait d'autrui, des animaux, des immeubles, des accidents automobiles, des produits défectueux...). De fait, ce régime de responsabilité est assimilable à un mécanisme d'assurance généralisé au profit des victimes, lesquels peuvent être incitées à minimiser leurs efforts en matière de prise de précaution⁵⁰². Mais si le coût d'évitement est inférieur pour les victimes, alors celles-ci doivent l'assumer, notamment via le système d'assurance.

⁴⁹⁹ Gregory Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 53.

⁵⁰⁰ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 relative à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

⁵⁰¹ Cette pondération s'explique évidemment par la volonté d'éviter la déresponsabilisation des victimes potentielles de préjudices qui, n'ayant pas à supporter les coûts liés à la prévention, et sachant l'engagement automatique de la responsabilité de l'individu désigné comme responsable, ne prendraient aucune précaution. Au final, les juristes ne font que retrouver la chaîne qui unit les institutions, les incitations et les comportements.

⁵⁰² Le même effet de déresponsabilisation est alors observé que précédemment. Mais cette déresponsabilisation peut également avoir lieu si les auteurs des préjudices potentiels sont systématiquement condamnés, même en l'absence d'une faute. Ce déterminisme juridique peut alors conduire les agents à attribuer la même signification au fait de commettre ou non une faute. L'analyse économique standard plaidera, dans ce cas de figure, pour une condamnation plus sévère en cas de faute, incitant ainsi les agents à prendre les précautions nécessaires.

SECTION IV

ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT ET DROIT DES CONTRATS

« Le contrat est la partie du droit avec laquelle l'économiste a le plus d'affinités » affirme Bertrand Lemennicier⁵⁰³. Difficile de ne pas lui donner raison : le contrat n'est-il pas un objet *juridique* à vocation *économique* ? En effet, si le contrat n'est que *la représentation juridique de l'échange*⁵⁰⁴, l'échange est justement le cœur de l'économie⁵⁰⁵. Quel meilleur terrain d'entente donc, entre les juristes et les économistes, que le contrat⁵⁰⁶ ? Encore faut-il s'entendre sur la notion même de « contrat », qui est l'objet juridique de l'échange économique (§1). Mais ce champ d'étude commun est en réalité récent, car « bien que largement issue de la révolution des Lumières, qui avait fait du contrat son instrument de prédilection pour établir un lien entre liberté individuelle et intérêt général, l'économie s'est surtout attachée au cours des deux derniers siècles précédents à expliquer un autre instrument de ce lien : le marché. Au tournant des années 1970, les choses évoluèrent. Pour affiner leur analyse du fonctionnement des économies dites “de marché”, les économistes cherchèrent à mieux rendre compte de ce dont sont concrètement formés les marchés : les contrats »⁵⁰⁷.

Est alors né un véritable « renouveau de l'analyse économique »⁵⁰⁸ sur la base de cette découverte, d'où a émergé les théories des incitations, des contrats incomplets et des coûts de transaction⁵⁰⁹. Ces développements récents s'inscrivent en fait dans la finalité économique du droit des contrats, à savoir la réduction des coûts de transaction, la protection des anticipations légitimes, l'incitation à la coopération économique ou encore l'exécution des engagements contractuels lorsque cela s'avère économiquement optimal (§2).

§1 La définition économique du contrat : la divergence juristes-économistes

Du point de vue strictement juridique, « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »⁵¹⁰. Évidemment, la définition est issue d'une

⁵⁰³ Bertrand Lemennicier, *Économie du Droit*, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁰⁴ Il semblerait cependant que cela, historiquement, ne fut pas toujours le cas. Ainsi note Jacques Ghestin, « Longtemps l'échange n'a pas été envisagé comme un contrat, mais en tant que concept plus large englobant toutes les relations bilatérales [...] Dès le droit romain l'opération d'échange est envisagée de deux points de vue différents. Si l'échange au sens étroit du terme (*permutatio*) est, à certaines conditions, un contrat, tout contrat est aussi un échange au sens large ». (« Le contrat en tant qu'échange économique » in *Revue d'Économie Industrielle* 2000, vol. 92, p. 81-100).

⁵⁰⁵ Fernand Braudel, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècle. Tome II : Les Jeux de l'échange*, Armand Colin, 1986, du même auteur, *La dynamique du capitalisme*, Arthaud, 1985, p. 41-85 ; Laurence Fontaine, *Le marché : histoire et usage d'une conquête sociale*, Gallimard, 2013, p. 48 et suivantes.

⁵⁰⁶ Le propos n'est évidemment pas sans lien avec la section III du chapitre second de la première partie.

⁵⁰⁷ Eric Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat » in Muriel Fabre-Magnan & Christophe Jamin (dir.), *Études en l'honneur de Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 153-176.

⁵⁰⁸ Eric Brousseau & Jean-Michel Glachant, « Économie des contrats et renouvellement de l'analyse économique » in *Revue d'Économie Industrielle* 2000, vol. 92, p. 23-50.

⁵⁰⁹ Ces thèmes n'étant pas abordés au sein de cette section, nous renvoyons le lecteur à la littérature existante, notamment à l'article d'Eric Brousseau & Jean-Michel Glachant, « Économie des contrats et renouvellement de l'analyse économique », *op. cit.*

⁵¹⁰ Article 1101 du Code Civil.

longue maturation intellectuelle, cependant marquée par une divergence entre juristes et économistes. La scission peut en fait se résumer à la formule de Jacques Ghestin, pour qui il existe « deux façons différentes de définir le contrat. La première consiste à mentionner un élément constitutif commun à tous les contrats et nécessaires à leur existence, même s'il ne suffit pas à garantir que cette qualification lui sera reconnue par le droit positif, celui-ci exigeant l'adjonction d'autres composants pour qu'il produise des effets juridiques. La seconde définit le contrat en mentionnant tous les éléments nécessaires à sa reconnaissance comme tel par le droit positif, ce qui peut être effectivement distingué de ses conditions de validité »⁵¹¹ (nous soulignons). De fait, la plupart des juristes ont eu tendance à privilégier la seconde méthode, en atteste la pluralité des théories générales et/ou spéciales des obligations contractuelles.

La première méthode, si elle est parfois adoptée par certains juristes, est propre aux économistes : pour ces derniers, le contrat englobe, certes de manière restrictive, l'ensemble des opérations bilatérales⁵¹², mais est avant tout **caractérisé par l'accord des volontés des co-contractants**. Si elle constitue un élément de validité du contrat en droit français⁵¹³, la rencontre des volontés contractuelles apparaît alors comme la pierre angulaire d'un édifice commun entre juristes et économistes. L'économie en général, tout comme le contrat en particulier, sont en effet fondés sur la liberté : liberté des échanges pour la première, liberté contractuelle pour le second⁵¹⁴.

⁵¹¹ Jacques Ghestin, « *Le contrat en tant qu'échange économique* », *op. cit.*, p. 81-82.

⁵¹² Pour reprendre la formule d'Arthur Von Mehren, « le modèle contractuel classique correspond essentiellement à l'échange des biens et services dont le contrat est l'instrument privilégié » (in Arthur Von Mehren (dir.) *International Encyclopedia of Comparative Law*, Brill, 2008, vol. VII, tome premier, chapitre I).

⁵¹³ « Il n'y point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol » (article 1109 du Code Civil).

⁵¹⁴ Il n'est pas anodin de souligner que les deux sont fondamentalement liées. Si la liberté économique, et notamment la liberté des échanges, conditionne la quantité et qualité des contrats, le droit des contrats conditionne à son tour la qualité de ces derniers et de l'économie. Ce n'est évidemment pas un hasard si les pays de la *Common Law*, jugés plus libéraux, sont inscrits dans ce cercle vertueux. Comme le soulignent Eric Brousseau & M'hamed Fares, « Le droit civil et la *Common Law* n'accordent pas le même statut au contrat. Cela tient pour partie à la logique doctrinale propre à chacun de ces droits. Pour le droit civil, l'ordre social découle avant tout de la définition de principes et règles collectives dans le cadre desquelles les relations entre agents peuvent ensuite librement s'organiser, alors que la *Common Law* consacre une logique de liberté d'association sous le contrôle *a posteriori* de dispositifs de représentation de l'intérêt général chargés de s'assurer que les accords inter-individuels ne contreviennent pas aux intérêts des tiers et de la collectivité. Il suit que la liberté contractuelle peut être considérée comme plus étendue dans les systèmes de *Common Law* que dans les systèmes de Droit Civil. Cette liberté s'exprime à la fois *a priori* et *a posteriori*. *A priori* les relations contractuelles dans la *Common Law* sont moins codifiées que dans le droit civil où de nombreuses relations inter-individuelles sont gouvernées par des lois et règlements plutôt que par des contrats et où les accords sont marqués par l'application d'obligations ou d'interdictions. *A posteriori*, le différentiel de liberté contractuelle s'exprime aussi lorsqu'il s'agit de rendre les contrats exécutoires. Le droit civil semble moins flexible que le droit anglo-saxon qui laisse aux acteurs la possibilité de redéfinir de manière relativement large leurs engagements réciproques » (Eric Brousseau & M'hamed Fares, « Règles de droit et inexécution du contrat : l'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé » in *Revue d'économie politique* 2002, vol. 112, n° 6, p. 823-844).

Et de fait, liberté contractuelle⁵¹⁵ et libre-échange⁵¹⁶ semblent constituer les deux faces d'une même pièce, le contrat n'étant que la *modalité juridique de l'échange économique*. Autrement dit, dès l'origine « les économistes n'ont pas eu pour vocation de développer une analyse économique de l'objet juridique qu'est le contrat. Ils se sont servis de l'acception usuelle et commode de la notion de contrat pour désigner les termes de l'engagement [volontaire] entre deux agents économiques »⁵¹⁷ (nous soulignons). D'où une certaine homogénéité dans la plupart des définitions purement économiques du contrat : pour ne prendre que celle d'Eric Brousseau et Jean-Michel Glachant, « un contrat est un accord par lequel deux parties s'engagent sur leurs comportements réciproques »⁵¹⁸.

Mais si le contrat demeure par essence libre en vertu de l'autonomie de la volonté⁵¹⁹, une question demeure : comment s'assurer d'une certaine « conciliation entre la puissance de la volonté individuelle et la sécurité des transactions »⁵²⁰ ? **C'est que le contrat demeure certes un accord de volonté, mais est avant tout et surtout destiné à produire des effets de droit**⁵²¹. Car si « la création de règles juridiques par un accord de volontés apparaît comme le trait commun de tous les contrats dont elle constitue ainsi le critère spécifique [...] le contrat doit être destiné à produire des effets de droit, condition nécessaire pour donner aux volontés leur pleine signification [...] le contrat, acte volontaire et exercice d'une liberté, est en même une aliénation volontaire de liberté [...] la parole donnée librement ne peut plus être reprise de la même manière »⁵²² (nous soulignons). La problématique apparaît : **pourquoi le contrat ? Pourquoi des individus, présumés libres et rationnels, aliènent-ils volontairement leur liberté ? C'est que le contrat, en ce qu'il est une modalité de l'échange, apparaît économiquement comme un gain (c'est là sa finalité), mais également comme un moyen de s'assurer de la réalisation de ce même gain.**

En effet, le libre-échange a toujours été conçu comme un jeu à somme positive. Logiquement, sa modalité l'imite. Comme le notent Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, « le but du contrat est de réaliser un gain réciproque pour les deux parties [...] un résultat gagnant-gagnant »⁵²³. Et à Pascal Salin d'affirmer que, « Si l'on part d'une proposition conforme à la réalité – l'hypothèse de rationalité

⁵¹⁵ Sur ce sujet voir Laurent Leveneur, « La liberté contractuelle en droit privé » in *L'Actualité Juridique Droit Administratif* 1998, p. 676-682 ; Christine Brechon-Moulènes, « Liberté contractuelle des personnes publiques » in *L'Actualité Juridique Droit Administratif* 1998, p. 643-650.

⁵¹⁶ Sur ce sujet voir notamment Pascal Salin, *Libre-échange et protectionnisme*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1991 ; du même auteur, *Le libre-échange*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2002 ainsi que *Concurrence et Liberté des Échanges*, Éditions Libre Echange, 2014 ; Jagdish Bhagwati, *Éloge du libre-échange*, Éditions d'Organisation, 2005.

⁵¹⁷ Eric Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », *op. cit.*

⁵¹⁸ Eric Brousseau & Jean-Michel Glachant, « Économie des contrats et renouvellement de l'analyse économique », *op. cit.*

⁵¹⁹ Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Arthur Rousseau, 1922.

⁵²⁰ Alfred Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961.

⁵²¹ C'est là le cœur de la force obligatoire des conventions telle qu'affirmée par les articles 1134 (« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ») et 1135 (« Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ») du Code Civil.

⁵²² Jacques Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *op. cit.*, p. 85.

⁵²³ Ejan Mackaay & Stéphane Rousseau, *Analyse Économique du Droit*, *op. cit.*, p. 362.

humaine – et si l'on en tire les conséquences logiques, on aboutit nécessairement à des propositions scientifiquement fondées, même s'il n'y a pas moyen de les vérifier. Ainsi, dire que l'échange est profitable aux deux parties, lorsqu'il est libre de toute contrainte, est nécessairement vrai. En effet, si l'échange n'était pas profitable, les hommes étant rationnels, ils comprendraient qu'il ne va pas dans le sens de leurs intérêts et ils ne l'effectueraient pas »⁵²⁴.

Le contrat, modalité juridique d'un « échange gagnant-gagnant » apparaît alors comme un moyen de s'assurer de la réalisation effective de ce même gain. Dans le cadre d'échanges relativement simples – l'achat d'une baguette de pain par exemple – le contrat est consensuel, voire informel, et s'exécute instantanément. Les co-contractants sont de fait assurés de la réalisation de l'échange tel qu'ils l'ont anticipé. **Mais lorsque l'échange se complexifie, c'est-à-dire lorsque les prestations ne sont pas simultanées (séparées dans l'espace et/ou dans le temps) ou émanent de co-contractants inconnus, le contrat apparaît comme le moyen de lutter contre l'incertitude inhérente au déroulement de cet échange complexe. Parce qu'il produit des effets de droit, le contrat permet de s'assurer de l'attitude future de son co-contractant tel qu'il a été anticipé.**

Mais malgré un sujet d'étude commun – l'échange – juristes et économistes se sont, et continuent toujours de s'ignorer. Les premiers se focalisent sur la théorie juridique du contrat (c'est-à-dire sur ses conditions de formation, de validité, sur son inexécution ou encore sur la sanction de cette inexécution), les seconds sur son rôle économique. Comme le constate Eric Brousseau, « un rapide examen de la littérature souligne la permanence de l'étanchéité des deux disciplines. Les théories économiques des contrats ne sont que très peu inspirées des analyses juridiques, semblant faire fi de siècles de réflexion. Tout juriste découvrant la littérature économique sur les contrats a donc tendance à considérer comme naïve l'approche qui y est développée. Cela ne l'incite pas, en retour, à s'inspirer de l'économie des contrats. Ainsi, à quelques exceptions près [...] les juristes contemporains prennent peu en considération les apports de l'économie des contrats, tandis que les économistes affichent une méconnaissance persistante du droit des contrats »⁵²⁵.

Pour l'auteur, l'explication en est la suivante : « Si l'analyse économique des contrats semble faire peu de cas de la doctrine juridique, c'est sans doute parce qu'on la doit avant tout à des Anglo-saxons et plus précisément des Américains. On le sait, aux États-Unis le contrat occupe une place toute différente dans le Droit. En étant schématique au risque d'être réducteur, le contrat étant l'expression de la volonté des cocontractants considérés comme des êtres libres, égaux et responsables, le législateur comme le juge ont peu de raisons d'intervenir dans

⁵²⁴ Pascal Salin, *Libéralisme*, Odile Jacob, 2000, p. 44.

⁵²⁵ Eric Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », *op. cit.* ; nous partageons également le point de vue de l'auteur lorsque celui affirme « Certes, les deux disciplines ont chacune leur logique. L'économie a pour objet d'expliquer la formation des grandeurs économiques afin de comprendre les mécanismes de la répartition et de la croissance. Le droit a pour fondement l'analyse des règles et des normes afin d'analyser l'ordre social. Ces différentiels d'objets et de perspectives expliquent la différenciation des disciplines. Elles ne justifient pas, pour autant, une complète étanchéité, notamment si cette dernière nuit à la progression de chacune des disciplines ». Les raisons expliquant cette ignorance mutuelle rejoignent pour partie celles déjà évoquées au sein du chapitre premier de la présente partie, mais s'expliquent également la vision restrictive que les économistes ont du contrat, ces derniers ne souhaitant pas se perdre « dans les dédales de la littérature juridique » (Eric Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », *op. cit.*).

sa formation ou son contenu. Hormis les situations extrêmes de dol, les conditions de sa formation importent peu, et son contenu fait l'objet d'un pouvoir d'interprétation limité de la part du juge. Le contrat est somme toute l'expression de la philosophie libérale anglo-saxonne. Il institue un ordre entre les parties qui, à partir du moment où il est librement voulu et ne produit pas d'effets destructeurs sur l'ordre public, n'a aucune raison d'être remis en cause par un tiers quelconque. On est donc bien loin de la doctrine juridique romano-germaniste, et plus particulièrement française, pour laquelle le contrat se doit de respecter un certain formalisme garant de son utilité et de son équité »⁵²⁶.

Pire, juristes et économistes français ont pu s'opposer frontalement sur la question du contrat en général, sur celle du prix en particulier. Pour les premiers, le contrat peut incarner un idéal que le droit se doit de forger : le contrat objectivement parfait serait celui répondant à l'ensemble des critères du droit positif, mais également à un certain nombre de concepts juridiques parfois subjectifs et même d'origine prétorienne⁵²⁷. Tel est par exemple le cœur du concept d'économie du contrat⁵²⁸, laquelle serait « déterminée à l'origine [du contrat] au regard de l'intérêt commun des parties »⁵²⁹. Dit autrement, l'économie du contrat voulue par les parties serait « la concrétisation de leur motivation à la conclusion du contrat litigieux »⁵³⁰. De fait, la subjectivité de la notion apparaît : **comment le juge peut-il se substituer aux parties afin de déterminer la motivation qui leur était propre au moment de la conclusion du contrat ?**

Le même raisonnement peut évidemment être appliqué au concept de cause du contrat⁵³¹. Une autre illustration du propos consiste dans la détermination du prix, ou même de la valeur réciproque des engagements au sein des contrats. Pour les juristes français, le droit doit intervenir lorsqu'il y a lésion au sein de la transaction⁵³², le juge pouvant alors (re)déterminer un « juste prix ». *Mais pour les économistes, dès lors que l'échange est libre, le juste prix est celui déterminé par les parties elles-mêmes au moment même de l'échange.* L'idée est résumée par Luis de Molina (1536-1600), lorsque celui-ci affirme que « Si, sans fraude, monopole ou autre irrégularités, une chose s'est trouvée être communément vendue dans une certaine région ou localité à un certain prix, ce prix doit être considéré comme mesure et règle pour estimer le prix de cette région »⁵³³.

⁵²⁶ Eric Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », *op. cit.*

⁵²⁷ Rémy Corlay & Dominique Fenouillet (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2012 ; voir également Adeline Villain, *L'immixtion du juge dans le contrat*, Mémoire sous la direction d'Étienne Vergès, Université Pierre Mendès France – Grenoble, 2013.

⁵²⁸ Audrey Arsac-Ribeyrolles, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, thèse de Doctorat en droit privé sous la direction de Jacques Mestre et Didier Poracchia, présentée et soutenue publiquement à l'Université Clermont I le 24 mai 2005.

⁵²⁹ Audrey Arsac-Ribeyrolles, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, *op. cit.*, p. 15.

⁵³⁰ *Idem.*

⁵³¹ Le concept de cause se définit cependant également de manière objective. Sur ce sujet, voir Henri Capitant, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1927, ou encore Jacques Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

⁵³² Sur ce sujet, voir notamment Emile Demontès, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, LGDJ, 1924 ; Gérard Trudel, *Lésion et Contrat*, PUM, 1965 ; Gaël Chantepie, *La lésion*, LGDJ, 2006.

⁵³³ « When a good is sold in a certain region or place at a certain price, without fraud or monopoly or any foul play, that price should be held as a rule and measure to judge the just price of said good in that region or place ». Cité par Llewellyn Rockwell Jr, « Free Market Economists : 400 Years Ago : Tracing the True Origins of Pro-Market Thinking » in *The Freeman* 1995, vol. 45, n° 9, p. 44-47.

Autrement dit, la subjectivité intrinsèque de la valeur que les parties accordent à leurs prestations réciproques ne peut rester qu'inconnue aux yeux des tiers. Nul étonnement donc, à ce que ce soient les économistes qui, « dès le XVIII^e siècle, ont réhabilité le concept d'échange. Leur point de départ a été précisément celui que les juristes avaient délaissé, l'aspect réaliste et large de l'échange. Pour eux, l'échangiste est moins un être de volonté, qu'une personne douée de désirs et de besoins. Chacun échange volontairement certes, mais surtout pour réaliser ses désirs. Les économistes retrouvent ainsi l'idée aperçue, puis abandonnée par les juristes, que l'échange est la recherche du nécessaire. Ils complètent cette idée par la notion de valeur, pour conclure que tout échange n'est qu'un transfert réciproque, non d'objets, mais de valeurs ; l'objet n'existe plus en lui-même, mais en tant que valeur. C'est une valeur d'usage ou d'échange, que chacun acquiert ou abandonne »⁵³⁴ (nous soulignons). L'auteur conclut en affirmant que « tout contrat n'est qu'en définitive qu'un échange de valeurs »⁵³⁵, l'affirmation mérite cependant précision : **tout contrat est en définitive un échange librement consenti de valeurs subjectives** au sein duquel le juriste comme le juge ne saurait s'immiscer⁵³⁶.

En définitive, économistes et juristes ne s'opposent tant pas sur le concept de contrat, mais davantage sur le rôle du droit des contrats : est-il là pour définir le contrat parfait au sens du droit positif ? Ou bien simplement, en tant qu'outil juridique au service de la liberté économique, permettre la réalisation des anticipations et attentes des agents⁵³⁷ ? En réalité, difficile de ne pas donner raison à Jacques Ghestin lorsque ce dernier affirme qu'il « n'y pas "d'essence contractuelle", de "contrats par nature". Il faut donc renoncer à faire du contrat un concept pour accepter de le réduire au rôle plus modeste, mais plus exact, de notion juridique, donc la seule justification ne peut être que fonctionnelle »⁵³⁸.

§2 La finalité économique du droit des contrats : de la réduction des coûts de transaction à la protection des anticipations légitimes

La question est simultanément simple et complexe : « Qu'attend-on du contrat ? »⁵³⁹. En réalité, « chaque partie entend normalement faire un gain grâce au contrat » mais « L'expérience séculaire des juristes montre cependant qu'une multitude d'accidents de parcours risquent d'empêcher cette issue. Par exemple, une partie peut s'être trompée sur l'avenir, ou des circonstances imprévues peuvent

⁵³⁴ Jacques Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *op. cit.*, p. 84.

⁵³⁵ *Idem.*

⁵³⁶ Il est donc relativement étonnant de lire que, selon Jacques Ghestin, « Le contrat n'est obligatoire que s'il est juste » c'est-à-dire que « Sur le plan moral, dans l'échange, chacune des parties doit recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne » (Jacques Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *op. cit.*, p. 96) alors qu'aux yeux des parties, leurs prestations ne sont que rarement équivalentes, chacune ayant la certitude de réaliser un gain à l'échange.

⁵³⁷ Pierre Garelo, « L'inexécution du contrat en droit français : les apports de l'analyse économique » in Bruno Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, *op. cit.*, p. 227-242. Le propos sera précisé *infra*.

⁵³⁸ Jacques Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *op. cit.*, p. 81.

⁵³⁹ Ejan Mackaay, « L'efficacité du contrat : une perspective d'analyse économique du droit », intervention au colloque « L'efficacité du contrat » tenu à la Faculté de Droit de l'Université Paul Cézanne-Aix-Marseille le 11 juin 2010.

rendre le contrat inintéressant et même préjudiciable »⁵⁴⁰. Et face à l'imprévu, les parties peuvent d'elles-mêmes chercher à se prémunir contre ces fameux « accidents de parcours ». De fait, « chaque partie est normalement sur ses gardes et cherche à éviter d'en être victime en prenant des précautions. Elle peut s'informer sur la réputation du co-contractant ou limiter ses interactions aux membres du groupe qu'elle connaît [...] s'informer sur le produit [...] se renseigner sur les conditions du contrat [...] sur les sûretés qu'elle pourrait éventuellement obtenir et sur les sanctions qu'elle faire faire valoir en cas d'inexécution [...] préciser davantage le contrat, spécifiant ce qu'il advient dans diverses éventualités »⁵⁴¹. Evidemment, toutes ces options constituent des coûts de transaction : la recherche du contrat parfait, prévoyant l'ensemble des occurrences, soit le contrat « complet » au sens des économistes, est évidemment impossible à rédiger, car trop coûteux au regard de son gain⁵⁴². **De ce fait, le rôle du droit des contrats est évidemment de réduire ces coûts de transaction.** Plus ces coûts sont importants, plus se rétrécit « l'éventail de transactions qu'un acteur jugera viable »⁵⁴³.

Le rôle purement économique du droit est une nouvelle fois consacré. Car si le contrat a pour but de produire des effets de droit afin d'assurer le bon déroulement de l'échange économique⁵⁴⁴, encore faut-il que le système juridique puisse s'assurer de l'application effective – de l'efficacité⁵⁴⁵ – de ce dernier. **Autrement dit, le droit des contrats doit inciter les parties à la coopération en prévoyant des dommages et intérêts en cas de non-respect des termes du contrat.** Deux questions demeurent cependant : qui doit faire respecter le contrat ? *Tous* les contrats doivent-ils être respectés ? Concernant l'identité du gardien des contrats, le débat rejoint celui sur les institutions juridiques indispensables à l'économie⁵⁴⁶. De fait, l'histoire regorge d'exemples où les membres de la société ont pu organiser d'eux-mêmes le droit des contrats, sans procéder à une quelconque théorisation préalable, le droit étant né *par* et *pour* la pratique des affaires⁵⁴⁷.

⁵⁴⁰ *Idem*.

⁵⁴¹ *Idem*.

⁵⁴² Outre les coûts de transaction, d'autres paramètres viennent s'ajouter, contribuant à l'impossibilité du contrat « complet » : la « non-vérifiabilité » d'un paramètre (de fait, certaines informations ou certains comportements ne peuvent être intégrés comme clause au contrat car le non-respect de cette même clause est invérifiable objectivement), les considérations stratégiques (les parties peuvent décider de ne pas traiter de façon explicite des problèmes pourtant aperçus afin de signaler leurs bonnes intentions), l'ignorance authentique ainsi que les limites de la rationalité des agents.

⁵⁴³ Ejan Mackaay, « L'efficacité du contrat : une perspective d'analyse économique du droit », intervention au colloque « L'efficacité du contrat » tenu à la Faculté de Droit de l'Université Paul Cézanne-Aix-Marseille le 11 juin 2010.

⁵⁴⁴ Au sens le plus large du terme depuis Gary Becker (cf. le chapitre premier de la présente partie).

⁵⁴⁵ Sylvain Bollée, Yves-Marie Laithier & Cécile Pères (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2000.

⁵⁴⁶ Cf. le chapitre premier de la présente partie.

⁵⁴⁷ Avner Greif, « Reputation and Coalitions in Medieval Trade : Evidence on the Maghribi traders » in *Journal of Economic History* 1989, vol. 49, n° 4, p. 857-882 ; Avner Greif « Institutions and International Trade : Lessons from the Commercial Revolution » in *American Economic Review* 1992, vol. 82, n° 2, p. 128-133 ; Avner Greif « Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade : The Maghribi traders' coalition » in *American Economic Review* 1993, vol. 83, n° 3, p. 525-548 ; Avner Greif, Paul Milgrom & Barry Weingast, « Coordination, Commitment, and Enforcement : The Case of the Merchant Guild » in *Journal of Political Economy* 1994, vol. 102, p. 745-776 ; Bruce Benson, *The Enterprise of Law : Justice Without the State*, Pacific Research Institute for Public Policy, 1990 ; Bruce Benson, « Justice Without Government :

Concernant le respect des contrats, la réponse tient du réflexe pour le juriste français : le contrat étant le fondement du droit civil, sa force obligatoire⁵⁴⁸ est un principe essentiel. La position peut cependant conduire à des situations absurdes⁵⁴⁹. En réalité, pour les économistes, la position est à nuancer en ce sens que le contrat est là pour pallier à l'incertitude. Toute décision économique comportant évidemment un risque endogène ou exogène aux agents, le contrat apparaît comme le moyen juridique *d'encadrer* le processus économique, mais pas de *s'assurer de sa réalisation selon un modèle prédéterminé*. Autrement dit, le contrat ne saurait viser un « optimum » quelconque, mais plutôt favoriser la découverte et les ajustements nécessaires dans un monde changeant. **Le droit des contrats apparaît alors comme un simple lubrifiant dans la mécanique des relations économiques**, permettant aux agents de coordonner et d'ajuster leurs actions et comportements au fur et à mesure de l'évolution du contexte.

C'est là le cœur de la théorie autrichienne du droit : les règles juridiques existent pour encadrer un processus de découverte, le favoriser sans l'entraver. L'idée est de Friedrich Hayek : le droit doit avoir pour but de préserver « l'ordre des anticipations », soit l'état dans lequel les individus peuvent former des prévisions qui ont de bonnes chances d'être exactes⁵⁵⁰. « L'ordre » en question n'est pas une situation où rien ne bouge, mais dans laquelle les individus arrivent à anticiper, donc à se projeter dans l'avenir. L'incertitude non probabilisable n'est pas éradiquée, mais elle ne paralyse pas non plus les agents. De ce point de vue, la force obligatoire du contrat apparaît justifiée au regard d'une certaine sécurité juridique des transactions économiques, laquelle induit la confiance des agents. Mais il ne faut pas oublier que le risque, l'incertitude ou encore la surprise ne disparaissent pas du fait de l'existence du contrat, mais sont inhérents à l'activité économique. Le meilleur exemple demeure évidemment celui du prêt : comme le note David Graeber, « Tout prêteur est censé prendre un certain risque. Si l'on pouvait se faire rembourser n'importe quel prêt, même le plus stupide, [...] les effets seraient désastreux. Quelles raisons les prêteurs auraient-ils de ne pas consentir des prêts extravagants ? »⁵⁵¹. Quand bien même le contrat de prêt a force obligatoire, les systèmes de droit contemporains admettent régulièrement l'effacement pur et simple des dettes⁵⁵². L'idée est simple : **le droit des contrats ne doit forcer l'exécution des engagements contractuels que si, et seulement si, cela s'avère économiquement optimal**⁵⁵³.

The Merchant Courts of Medieval Europe and their Modern Counterparts » in David Beito, Peter Gordon & Alexander Tabarrok (dir.), *The Voluntary City : Choice, Community, and Civil Society*, University of Michigan Press, 2002 ; Barry Weingast, Paul Milgrom & Douglass North, « The Role of Institutions in the Revival of Trade : The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs » in *Economics and Politics* 1990, vol. 2, n° 1, p. 1-23 ; Robert Ellickson, *Order Without Law*, Harvard University Press, 1991 ; Lisa Bernstein, « Opting Out the Legal System : Extralegal contractual relations in the Diamond Industry » in *Journal of Legal Studies* 1992, vol. 21, n° 1, p. 115-157.

⁵⁴⁸ « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (article 1134 du Code Civil) ; « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (article 1135 du Code Civil).

⁵⁴⁹ Cass, Civ, 6 mars 1876, « Canal de Craponne ».

⁵⁵⁰ Pierre Garelo, « L'inexécution du contrat en droit français : les apports de l'analyse économique » *Op. Cit.*, p. 230.

⁵⁵¹ David Graeber, *Dettes : 5 000 ans d'histoire*, LLL, 2013, p. 9.

⁵⁵² Tel est le cas, par exemple, du droit des faillites d'entreprises.

⁵⁵³ Sur ce sujet, voir Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, Addison-Wesley, 2^e édition, 1997, p. 172 et suivantes ; Pierre Garelo, « Les économistes et le contrat » in Paul-Henri Antonmattei, Christian Atias, Jacques Garelo & Marie-Anne Frison-Roche (dir.), *Mélanges Christian Mouly*, Litec,

De là émerge un curieux paradoxe. Comme le résume parfaitement Pierre Garello, « Qu'il s'agisse de la formation du contrat ou de ses effets, le droit français des contrats semble aujourd'hui hésiter. L'autonomie de la volonté, théorie de la philosophie juridique un temps dominante, si ce n'est hégémonique, est malmenée, tout comme l'est la notion de responsabilité contractuelle. Et c'est peut-être pour cette raison qu'il serait illusoire de lire le droit des contrats actuels à la lumière d'un unique principe fédérateur [...] en découvrant le droit, l'économiste est frappé par la juxtaposition de plusieurs objectifs, que ce soit dans la pratique judiciaire, la théorie juridique, ou les interventions du législatif [...] ainsi le droit des contrats a parfois des objectifs qui s'apparentent à la recherche d'une efficacité parétienne [...] mais le droit des contrats a également des objectifs plus globaux – ou simplement autres – qui s'apparentent plutôt à cette recherche de la sécurité des anticipations dont parlait Hayek. On trouve ainsi de très nombreuses références au besoin de sécurité juridique, au besoin de maintenir une sécurité des affaires [...] »⁵⁵⁴.

La question demeure : à supposer qu'il y ait une logique socio-économique sous-jacente à la formation du droit, cette logique serait-elle aujourd'hui plutôt parétienne ou hayékienne ? En réalité, la solution est loin d'être acquise, en témoigne la contestable formule de Jacques Ghestin : « Le contrat, réalisant un échange de biens ou de services à titre onéreux, peut être caractérisé [...] par l'accord des volontés, qui en est l'élément subjectif [...] et par l'utile et le juste, qui sont ses finalités objectives. Il reste [...] un accord de volontés destiné à produire des effets de droit dont la force obligatoire dépend de sa conformité au droit objectif. À ce titre, il doit être conforme à ses finalités objectives, l'utile et le juste »⁵⁵⁵. Le propos illustre évidemment la scission profonde et permanente entre juristes et économistes sur la question du contrat. Lorsque les économistes envisagent l'accord des subjectivités de deux individus dans un but spécifique – la protection des anticipations légitimes – les juristes répondent systématiquement par des notions théoriquement louables mais pratiquement inopérantes. En définitive, c'est l'objectivisme des juristes qui pose problème à l'économiste, ces premiers croyant pouvoir définir le juste et le vrai sur la base d'un constructivisme, les seconds n'entendant jamais s'immiscer dans l'autonomie des volontés.

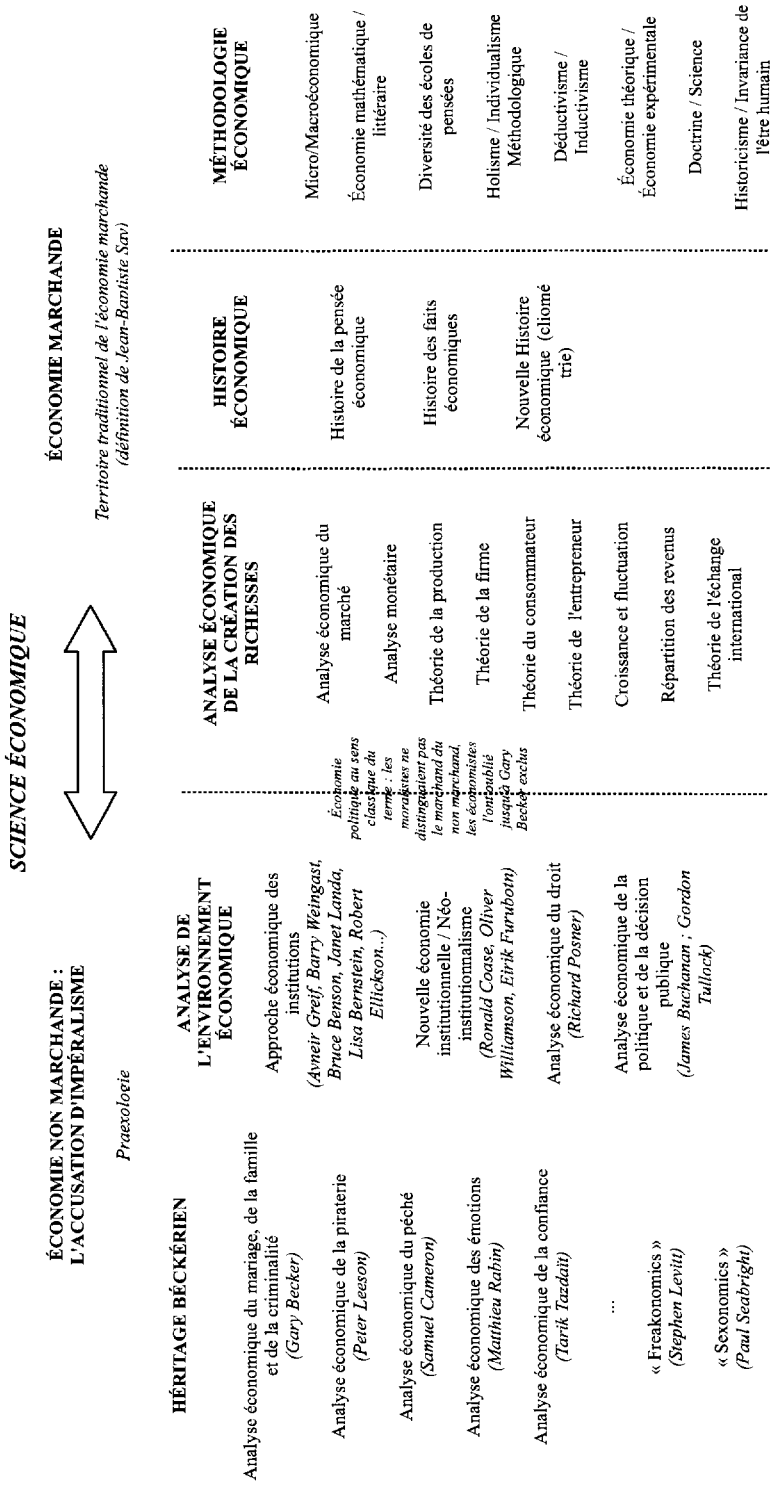
1998, p. 37- 52. Si le droit-anglo saxon s'avère plus flexible dans le choix des sanctions possibles en cas d'inexécution du contrat, les juristes français ont longtemps vu l'exécution forcée comme la réponse adéquate en vertu de la force obligatoire du contrat. En réalité, et comme le démontre Yves-Marie Laithier, l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code Civil n'instaure aucune hiérarchie parmi les sanctions de l'inexécution et n'érige nullement l'exécution forcée en principe : sur ce point, voir Yves-Marie Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004.

⁵⁵⁴ Pierre Garello, « L'inexécution du contrat en droit français : les apports de l'analyse économique », *op. cit.*, p. 231-232.

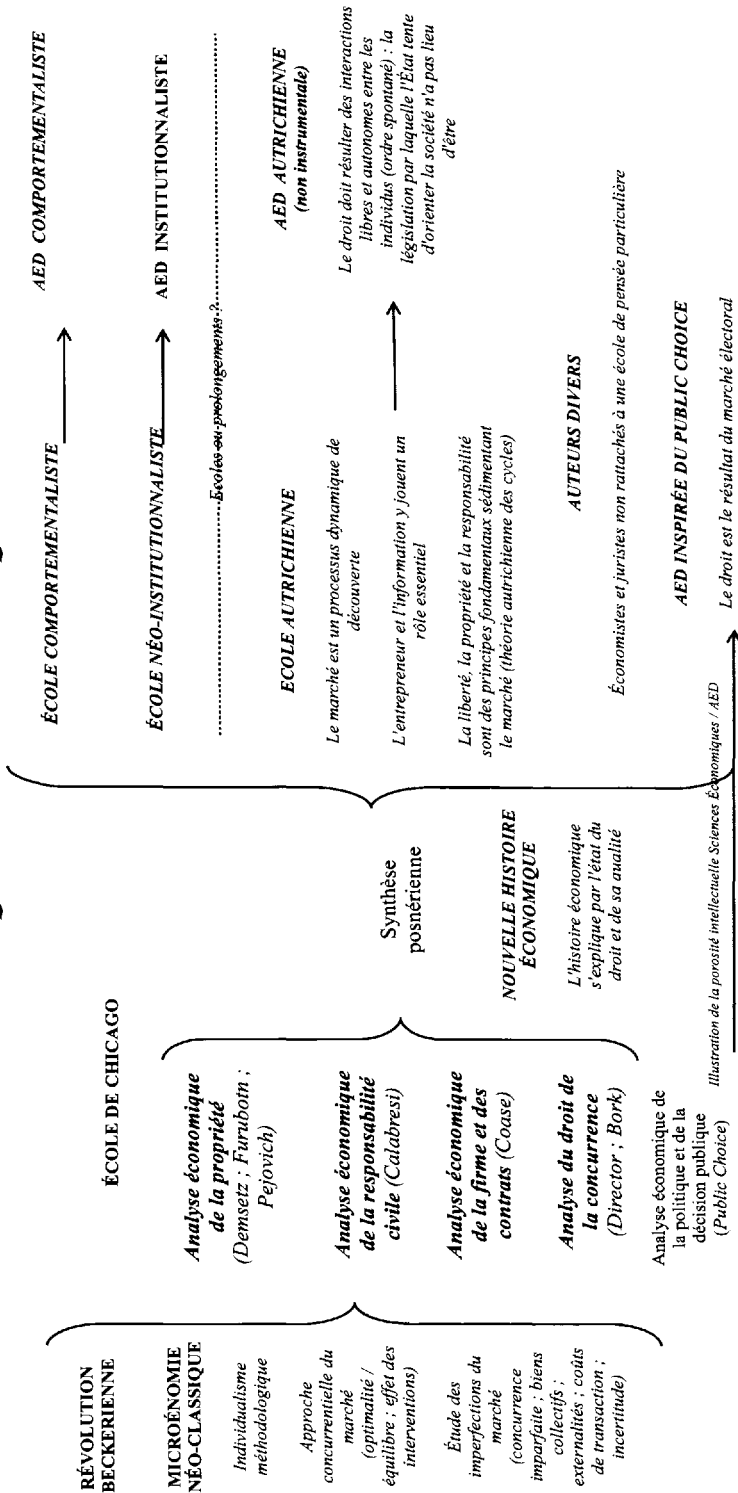
⁵⁵⁵ Jacques Ghestin, « Le contrat en tant qu'échange économique », *op. cit.*, p. 100.

ANNEXES

QUELLE REPRÉSENTATION DE LA SCIENCE ÉCONOMIQUE CONTEMPORAINE ?

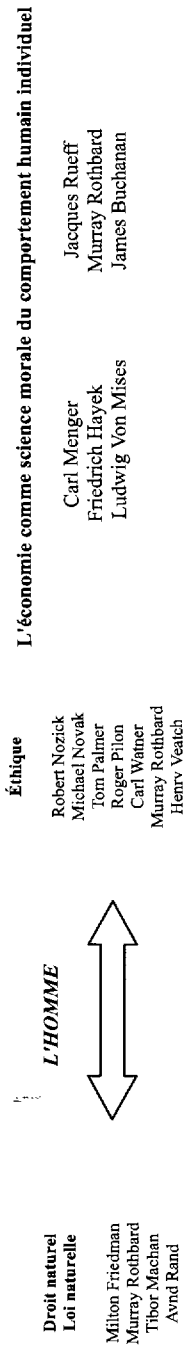


L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : UN PANOPTIQUE INTELLECTUEL*



* Sur la base des tableaux proposés par Ejan Mackaay in Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif 1987-2, N. XII – 29 (12^e année – 28^e numéro), « L'analyse économique du droit », actes des colloques tenus à Aix-en-Provence (mai 1986) et Corte (janvier 1986), Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987, p.635 et suivantes.

ÉTAT DES LIEUX PARADIGMIQUE DE LA SCIENCE ÉCONOMIQUE CONTEMPORAINE*



LES CONTROVERSES ÉCONOMIQUES : UNE CLASSIFICATION*

Radicaux	Marxistes	Néo-keynésiens	Keynésiens	Nouveaux keynésiens	Synthèse néo-classique keynésienne	Néo-classiques	Monétaristes et nouveau classicisme	Autrichiens	Libertariens
Système capitaliste dangereusement instable	Théorie de la plus-value	Théorie du capital	Keynes s'oppose à la théorie classique et néo-classique	Macroéconomie du déséquilibre	Intégration de la monnaie considérée comme un élément parmi d'autres	Inspiration par les auteurs classiques	Plein emploi postulé dans le long terme	Théorie subjectiviste du capital	Anarcho-capitalistes
Analyse en termes de pouvoirs et de rapports de force	La croissance provoque la lutte entre salariés et détenteurs du capital	Théorie de la répartition	Principe de la demande effective	Critique de la synthèse néo-classique keynésienne		Loi de Say	Théorie quantitative de la monnaie	Théorie subjectiviste des coûts	Réclament un capitalisme intégral
La monnaie est un instrument aux mains du pouvoir		Problématique néo-ricardienne		Fondement microéconomiques de la macroéconomie		Théorie de la productivité marginale	Théorie des anticipations inflationnistes	Rejet de l'analyse macroéconomique	Théorie des droits naturels
Théorie du surplus, de « l'exploitation », et de la crise	Loi de baisse tendancielle du taux de profit, de paupérisation, de concentration		Importance du taux de salaire minimal	Problèmes du pouvoir	Modèle IS-LM combinant politiques monétaire et budgétaire	Théorie des coûts objectifs	Effets pernicieux des politiques monétaire et budgétaire	Analyse en termes de droits de propriété et coûts de transaction	Liberté de la drogue
			Chômage involontaire	Problèmes d'information	Adjonction de la courbe de Phillips	Théorie de l'utilité	Coûts de transaction en micro-économie	Théorie institutionnelle de la monnaie	Refus de la conscription militaire
	Rejet de l'individualisme		Importance de la politique budgétaire			Théorie de l'équilibre générale (walrasien et néo-walrasien)	Economie de l'offre	Analyse de l'évolution des institutions	Tolérance absolue en matière de mœurs
	Théorie de la regulation					Inflation due à la monnaie	Economie de l'offre	Economie de l'offre	Economie de l'offre

* Proposition du doyen Jean-Pierre Centi in Serge Schweitzer, *Le programme de recherche autrichien en méthodologie économique : essai de définition*, Op. Cit., p. 428

CONCLUSION

Nous avons confronté tout au long de ces pages les destins croisés de deux disciplines essentielles à la vie des individus : le droit, l'économie. Le premier temps de nos réflexions nous a mené à raconter l'histoire, essentiellement au sein des facultés de droit, de la quête d'autonomie, puis d'indépendance des économistes par rapport aux juristes. Une sorte de « droit des économistes à disposer d'eux-mêmes » est apparu. Certains se sont crus colonisés. Beaucoup ont pensé que la conquête de leur liberté allait les renforcer. Nous avons défendu l'idée d'une erreur d'appréciation tant stratégique que relativement au fond. Une erreur stratégique, parce que les économistes sont aujourd'hui isolés au sein d'énormes ensembles où ils ne représentent presque rien. Alliés aux juristes, ils seraient partout parmi les forces prépondérantes.

Quant au fond, nous avons distingué ce qui sépare les deux disciplines de ce qui les réunit. Ce qui les sépare, c'est clairement les boîtes à outils et les méthodes dont usent les uns et les autres. Bien plus importante est la constatation selon laquelle l'objet de nos deux disciplines était totalement identique. L'économiste étudie les bonnes raisons qui amènent les individus à se comporter comme ils le font ; les juristes étudient l'enveloppe et les moyens qui nous permettent de rentrer en accordance les uns avec les autres. Quant aux modalités utilisées pour réaliser nos desseins, les juristes et les économistes portent leur attention sur l'échange comme moyen de liaison des efforts des individus.

La seconde partie a consisté dans l'examen approfondi de l'espoir qui est né de nous retrouver par le moyen d'une « discipline-pont » entre économistes et juristes, l'Analyse Économique du Droit. Nous avons tenté d'abord de comprendre les fondements philosophiques, méthodologiques et praxéologiques de l'Analyse Économique du Droit. Nous avons acté que, derrière une unité factice, s'affrontaient pacifiquement des courants qui coloraient de façon très différente l'examen des conséquences économiques de l'adoption des dispositifs juridiques. Chemin faisant, on a cependant remarqué qu'il s'agissait de la suite de l'ancienne controverse entre les utilitaristes et ceux qui ne le sont pas. Nous avons aussi constaté qu'après une première période où les utilitaristes néo-classiques ont été quasiment en monopole, d'autres courants ont vu le jour, ramenant le critère d'efficacité à une voie possible, peut-être prédominante, mais loin d'être unique. Les libertariens, les autrichiens, les institutionnalistes ont aussi bien des choses à dire en la matière.

Prolongeant la réflexion sur les principes, nous avons testé ce qui réunit et ce qui sépare dans quatre domaines qui ont valeur d'exemplarité. Nous avons pris le parti de la compréhension et la simplicité, écartant toute formalisation mathématique afin de faciliter le dialogue entre les uns et les autres. Nous avons alors examiné successivement d'une part ce que les économistes disaient du droit pénal, d'autre part ce qu'ils pensaient du droit social, ensuite comment ils percevaient la responsabilité civile, enfin comment ils appréhendaient le contrat.

Dans certaines occurrences, nous avons pu constater que les économistes avaient sans doute des conclusions dont la fécondité pouvait irriguer les juristes ; mais dans d'autres cas, nous avons noté que c'était bien l'inverse. Le chemin de l'unité sera long. Il fait penser étrangement à la façon dont, dans le christianisme, les catholiques et les protestants se sont séparés sur des malentendus. Ils sont tout proches de se réunir car d'accord sur l'essentiel, mais pourtant n'y arrivent pas, loin s'en faut, car arc-boutés sur des positions qu'ils défendent avec d'autant plus d'âpreté qu'ils sentent qu'en réalité, ce sont des combats d'arrière-garde. Tout juriste, tout économiste qui, surmontant son égoïsme disciplinaire, arriverait à se projeter plus loin que son pré-carré sent bien que le temps de la réunification se prépare.

Bien sûr, superficiellement, les obstacles à surmonter pour se retrouver semblent infranchissables. La hauteur des différents peut sembler vertigineuse. Et pourtant, c'est souvent lorsque l'on s'y attend le moins que les choses se produisent. De bons esprits, à quelques mois de la réunification allemande, expliquaient que cette division avait quelque chose d'immortelle. Restant sur le terrain universitaire, personne n'imaginait que les universités d'une même ville, secouées de violentes querelles depuis la loi Edgar Faure, auraient pu un jour se réunifier.

Notre conclusion de la conclusion se veut résolument optimiste. La séparation de nos deux disciplines a l'allure apparemment d'un gouffre. Pour notre part, nous n'y voyons qu'une crevasse. Pour la franchir, qu'il suffise d'un pont. Ce pont est évidemment l'Analyse Économique du Droit. L'espoir d'un dialogue, qui débouchera sur des retrouvailles, n'est pas utopique, et nous adoptons et revendiquons la fière devise de Guillaume d'Orange, « il n'est pas nécessaire d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer ».

Serge SCHWEITZER

Loïc FLOURY

POSTFACE

La postface d'un ouvrage écrite par une universitaire en sciences de gestion, alors que l'ouvrage s'intitule « Droit et économie : Un essai d'histoire analytique », cela peut paraître surprenant. Si l'ouvrage de Serge Schweitzer et Loïc Floury tente d'ouvrir des voies de réconciliation et de synergie entre les deux disciplines que sont l'économie et le droit, quel regard les sciences de gestions, appelées aussi *management*, peuvent-elles apporter à cette réflexion ?

La perspective des sciences de gestion s'impose comme une évidence au terme de cet ouvrage. La présence même d'un tel ouvrage démontre que les disciplines de l'économie et du droit sont en crise d'identité, crise qui touche également les sciences de gestion. Peut-on en effet distinguer un phénomène « économique », d'un phénomène « légal » voire d'un phénomène de « gestion » ? Si l'on observe un échange de marchandises contre de la monnaie, il s'agit d'un phénomène économique. Mais pour que ce phénomène ait lieu, il s'accompagne d'un contrat dont les formes sont légales. Enfin, tout ceci a lieu au sein d'une organisation, souvent appelée l'entreprise, ou, pour les économistes, la firme, c'est-à-dire avec le soubassement des sciences de gestion. L'économique, le juridique, la gestion ne constituent pas des phénomènes naturellement isolés et clairement attribuables à une discipline ou à une autre. Ces phénomènes sont constitués de différentes dimensions qui doivent être partagées avec d'autres pour prendre leur sens. Comment distinguer ce qui relève davantage d'une discipline ou d'une autre ? Est-il opportun de distinguer les différents champs ? Doit-on avoir une approche analytique de chaque discipline ou bien est-il préférable d'adopter une approche holistique des phénomènes collectifs ?

À l'instar de la méthode retenue dans cet ouvrage, un détour par l'histoire apporte un éclairage intéressant à ces questions. La Grèce classique nous a légué un ouvrage capital fondateur : l'« Économique » de Xénophon. Derrière ce titre célèbre se cache en réalité un véritable traité de gestion destiné aux Athéniens propriétaires de domaines terriens où se pratiquent de multiples activités (agriculture, élevage et artisanat) grâce au savoir-faire d'esclaves. L'Économique prend la forme d'un dialogue entre Critobule et Socrate qui donne un ensemble de préceptes concernant la manière de gérer son patrimoine. Divers thèmes sont abordés : comment administrer le domaine, diriger les ouvriers, choisir les formes de culture les plus profitables, bien vendre ou bien acheter, commander une équipe etc. Ainsi, Xénophon développe une réflexion générale sur la nécessité de réfléchir de manière holistique aux phénomènes afin d'y répondre en mettant en place des pratiques rationnelles. Ces pratiques prennent la forme à la fois de savoirs (épistémé), de technique et d'art (techné). Elles relèvent du droit, de l'économique et du *management*.

Plus récemment, l'histoire conjointe de la création des IAE (Instituts d'Administration des Entreprises) au sein de l'université et du concours d'agrégation, concours propre aux économistes, juristes et gestionnaires montre combien ces trois disciplines, économie, droit et gestion sont entrelacées.

Comme rappelé au début de cet ouvrage, en 1896 l'agrégation de la Faculté de droit est divisée en quatre sections : droit privé et criminel, droit public, histoire du droit et sciences économiques. Les sciences économiques sont donc nées d'une émanation de la faculté de droit. Qu'en est-il des sciences de gestion ? Curieusement, presque 75 ans après, la même histoire se reproduit pour les sciences de gestion.

Jusqu'en 1955, la gestion n'est pas véritablement enseignée à l'université, seules les disciplines de droit et d'économie sont dans les programmes. Or durant les trente glorieuses la croissance économique est importante et pour l'accompagner la demande de managers de haut niveau est grandissante. Il faut des hommes et des femmes afin de diriger et gérer ces organisations florissantes. Jusqu'en 1955, seules les écoles de commerce privées permettent de répondre aux besoins des entreprises en mettant sur le marché des jeunes talents formés au *management*.

Face à ce déficit d'enseignement en gestion et sous l'impulsion de la FNEGE (Fondation Nationale pour l'Enseignement de la Gestion des Entreprises), Pierre Tabatoni est envoyé en voyage aux États-Unis auprès de la Fondation Ford en 1956-1957 afin de réfléchir à la création d'une nouvelle discipline universitaire de gestion capable d'attirer de jeunes professeurs qui ne seront ni des économistes ni des juristes. L'objectif est de renouveler l'enseignement supérieur et de fonder une université ouverte sur l'entreprise.

Ce fut la création en 1955 de l'IAE d'Aix-en-Provence, premier Institut d'Administration des Entreprises créé en France, hébergeant encore aujourd'hui le plus important laboratoire de recherche en gestion en France (le CERGAM) en termes de nombre de thèses soutenues. Le concept est fondé sur le modèle américain des « *business schools* » rattachées à de grandes universités. Ce modèle connaît un succès grandissant et aujourd'hui le réseau IAE France compte 31 écoles sur le territoire français. Dans cette mouvance, en 1969 est créé le Centre Universitaire de Paris-Dauphine dédié à l'enseignement et la recherche en gestion.

Le concours d'agrégation suit cette tendance. En 1971 une cinquième section est ajoutée au concours : science politique, et en 1976 une sixième section est adjointe : sciences de gestion. Selon Tabatoni, la gestion se distingue de l'économie et du droit et nécessite en conséquence un concours d'agrégation spécifique. Il explique : « On était quelques-uns à penser qu'il fallait un mode de recrutement autonome largement ouvert à des candidats d'origines disciplinaires diverses ou ayant une expérience professionnelle significative. Il n'était pas question de soumettre de tels candidats aux épreuves classiques de l'Économie ou du Droit. En revanche, on attendait d'eux qu'ils fassent des recherches approfondies sur un domaine. Pour moi, à côté des enseignants de gestion proprement dit, il fallait d'autres professeurs formés dans d'autres disciplines et, bien sûr, des experts professionnels »⁵⁵⁶. On le voit les sciences de gestions sont une discipline relativement jeune enseignée depuis 1955 au sein de l'université et officialisée par l'ouverture d'une section propre et d'un concours d'agrégation en 1976.

⁵⁵⁶ Bernard Colasse & Francis Pavé, « Pierre Tabatoni et l'introduction de la gestion en France » in *Gérer et Comprendre* 1996, vol. 44, p. 71-84, p. 79.

À l'origine donc était le droit, ensuite l'économie, enfin la gestion. C'est la conjonction de ces trois disciplines différentes mais complémentaires qui permet la triangulation des méthodes et la meilleure compréhension des phénomènes collectifs qui nous entourent. La *gestalt* théorie nous enseigne que le tout est différent de la somme des parties. Ainsi, avoir un regard à la fois économique, juridique et gestionnaire sur un phénomène, c'est faire la somme de 1+1+1 et trouver plus un résultat supérieur à 3.

Reste l'essentiel aujourd'hui, anticiper ce que sera le monde de demain. Pour cela il nous faut garder l'esprit ouvert afin d'aider la nouvelle discipline qui germera du droit, de l'économie et de la gestion à naître. Quelle sera cette discipline et quel champ nouveau nous ouvrira-t-elle ?

Virginie De BARNIER
Directeur de l'IAE Aix-Marseille, Aix-en-Provence
Chercheur au CERGAM EA 4225

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES EN FRANÇAIS

AFTALION Florin,

- *L'économie de la révolution française*, Les Belles Lettres, 2nde édition, 2007.
- *Crise, Dépression, New Deal, Guerre, Economica*, 2012.

ANTOINE Michel, *Louis XV*, Fayard, 1989

ANTONMATTEI Paul-Henri, *Les clauses du contrat de travail*, Liaisons, 2005..

ARSAC-RIBEYROLLES Audrey, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, thèse de Doctorat en droit privé sous la direction de Jacques Mestre et Didier Poracchia, présentée et soutenue publiquement à l'Université Clermont I le 24 mai 2005.

ATIAS Christian, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 1^{re} édition, 2002.

ATTALI Jacques, *Analyse économique de la vie politique*, PUF, 2^e édition, 1981.

ATTALI Jessica, *Le droit du travail : cause ou obstacle au chômage ?*, Mémoire en droit social sous la direction de Serge Schweitzer, Centre de Droit Social de l'Université d'Aix-Marseille, juin 2011, 260 p..

AUTENNE Alexia, *Analyse économique du droit de l'actionnariat salarié : Apports et limites des approches contractualiste, néo-institutionnaliste et comparativiste de la gouvernance d'entreprise*, Bruylant, 2005.

BARGAIN Gwenola, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, 2014.

BARRÈRE Alain, *Histoire de la pensée économique et analyse contemporaine* (deux tomes) , coll. *Les cours de droit*, Montchrestien, 1984.

BARRO Robert, *Rien n'est sacré ! Des idées en économie pour le nouveau millénaire*, *Economica*, 2004.

BASTIAT Frédéric, *Œuvres complètes*, (six tomes), Guillaumin, 1862.

BAZARD Saint-Amand, *Doctrines de Saint-Simon*, Hauman et Cie., 1831.

BAZZOLI Laure, *L'économie politique de John R. Commons : essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, L'Harmattan, 2000.

BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Flammarion, 2006 [1764].

BEHR Edward, *L'Amérique hors-la-loi : La folle épopée de la prohibition*, Plon, 1996.

BENTHAM Jeremy,

- *Introduction aux principes de morale et de législation*, Vrin, 2011 [1789].
- *Traité de législation civile et pénale*, Dalloz, 2012 [1802].
- *Théorie des peines et des récompenses*, tome I, Vogel & Schulze, 1811.

BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. *Themis*, 2001

BERGERON Henri, *Sociologie de la drogue*, La Découverte, coll. *Repères*, 2009.

BERTRAND Élodie, *Les théorèmes de Coase : énoncés et critiques microéconomiques*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction d'André Hervier, présentée et soutenue publiquement en 2003 à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

BHAGWATI Jagdish, *Éloge du libre-échange*, Éditions d'Organisation, 2005.

BLAUG Mark,

- *La pensée économique : origine et développement*, Economica, 4^e édition, 1986.
- *La Méthodologie économique*, Economica, 2nde édition, 1994.

BLOCK Walter, *Défendre les indéfendables*, Les Belles Lettres, 1993

BOCCARA Steve, *Responsabilité médicale et qualité des soins : Une analyse économique du droit*, Éditions Universitaires Européennes, 2011.

BOLLÉE Sylvain, Laithier Yves-Marie & PÉRÈS Cécile, *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2010.

BOUDON Raymond,

- *L'idéologie*, Fayard, 1986.
- *Essai sur la théorie générale de la rationalité*, PUF, coll. *Quadriges*, 2007.

BOURCIER DE CARBON Luc, *Essai sur l'histoire de la pensée et des doctrines économiques* (trois tomes), Montchrestien, 1971-1979

BRAUDEL Fernand,

- *La dynamique du capitalisme*, Arthaud, 1985.
- *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècle. Tome II : Les Jeux de l'échange*, Armand Colin, 1986.

BROCHU Serge, *Drogue et criminalité : une relation complexe*, PUM, 2^e édition, 2006

BRUN Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2005.

BUREAU Dominique, DRUMMOND France & FENOUILLET Dominique (dir.), *Droit et morale : Aspects contemporains*, Dalloz, 2011.

CAHUC Pierre & CARCILLO Stéphane,

- *Les Juges et l'économie : une défiance française*, Institut Montaigne, décembre 2012.
- *Alléger le coût du travail pour augmenter l'emploi : les clefs de la réussite*, Institut Montaigne, mars 2014.

CAHUC Pierre & ZYLBERBERG André, *Économie du travail : la formation des salaires et les déterminants du chômage*, De Boeck, 1996

CAPITANT Henri, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1927.

CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 2006.

CARÉ Sébastien,

- *La pensée libertarienne : Genèse, fondements et horizons d'une utopie libérale*, PUF, 2009.
- *Les libertariens aux États-Unis : Sociologie d'un mouvement asocial*, PUR, 2010.

CARON Armelle, *Une relecture coasienne du « problème du coût social »*, thèse de doctorat, 1998, non publiée

CARVAL Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995.

Centre d'études de l'emploi, *Le contrat de travail*, La découverte, coll. *Repères*, 2008.

CHALMIN Philippe & GIRAUDO Alessandro, *Au temps des comptoirs - Les marchands à la conquête du monde*, François Bourrin Éditeur, 2010.

CHANTEPIE Gaël, *La lésion*, LGDJ, 2006.

CHAPPE Nathalie, *Économie et Résolution des Litiges*, Economica, 2005.

CHAPUT Yves (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Presses de la Sorbonne, 2002.

CHARLE Christophe, *La République des Universitaires, 1870-1840*, Seuil, 1994.

CHAVANCE Bernard, *L'économie institutionnelle*, La Découverte, coll. *Repères*, 2012.

CLASSEN Emil Maria, (dir.),

- *Les fondements philosophiques des systèmes économiques - Textes de Jacques Rueff et essais rédigés en son honneur*, Payot, 1967.

- avec LANE Georges (dir.), *Œuvres complètes de Jacques Rueff* (quatre tomes), Plon, 1979.
- COLLET Martin**, *L'impôt confisqué*, Odile Jacob, 2014
- COMTE Auguste**, *Cours de philosophie positive*, Gallimard, 1997 [1830].
- CONSEIL L.P.**, *Mélanges politiques et philosophiques extraits des Mémoires et de la Correspondance de Thomas Jefferson – Tome Premier*, Paulin, 1833.
- CORLAY Rémy & FENOUILLET Dominique (dir.)**, *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2012.
- CORNU Gérard**, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 1992.
- COULANGE Pierre**, *Analyse économique de la production de droit*, thèse de doctorat soutenue en 1990 à l'Université d'Aix-Marseille III.
- DEBUYST Christian, DIGNEFFE Françoise Digneffe & PIRES Alvaro**, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, (trois tomes) Larcier, 1998-2008.
- DEFFAINS Bruno**, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil* (dir.) CUJAS, 2002.
- avec **DORIAT-DUBAN Myriam & LANGLAIS Eric**, *Économie des actions collectives*, PUF, 2008.
- avec **LANGLAIS Eric** (dir.), *Analyse économique du droit : Principes, méthodes, résultats*, De Boeck, 2009.
- avec **FEREY Samuel**, *Agir et juger : Comment les économistes pensent le droit*, Éditions Pantheon-Assas, 2010.
- DEHEM Roger**, *Histoire de la pensée économique : des mercantilistes à Keynes*, Dunod, 1984
- DELAIGUE Alexandre, MÉNIA Stéphane**, *Sexe, drogue et économie : pas de sujets tabou pour les économistes*, Pearson, 2008.
- DEMONTÈS Émile**, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, LGDJ, 1924.
- DRAGO Guillaume, FRANÇOIS Bastien, MOLFESSIS Nicolas (dir.)**, *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999 .
- DUFLO Esther**, *Lutter contre la pauvreté* (deux tomes), Seuil, 2010.
- ENZENSBERGER Hans Magnus**, *Politique et crime*, Gallimard, 2011.
- FAURE Michaël**, *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruylant, 2007.
- FECTEAU Jean-Marie**, *La liberté du pauvre : crime et pauvreté au XIX^e siècle québécois*, VLB, 2005.
- FERRATON Cyrille**, « Les valeurs guident et accompagnent notre recherche », *L'institutionnalisme de Myrdal*, ENS Éditions, 2009.
- FEREY Samuel**, *Une histoire de l'analyse économique du droit : Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, 2009.
- FILHO Calixto Salomão**, *Histoire critique des monopoles : Une perspective juridique et économique*, LGDJ, 2010.
- FILLIEULE Renaud**, *L'école autrichienne d'économie : Une autre hétérodoxie*, Presses Universitaires du Septentrion, 2010.
- FLEURY Jean Baptiste**, *L'extension de la science économique hors de ses frontières traditionnelles : Le cas américain (1949-1992)*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction de Philippe Fontaine et Jean-Pierre Potier, soutenue le 14 mai 2009 à l'Université Lyon II.
- FONTAINE Laurence**,
 - *L'économie morale : pauvreté, crédit et confiance dans l'Europe pré-industrielle*, Gallimard, 2008.
 - *Le marché : histoire et usage d'une conquête sociale*, Gallimard, 2013.

- GARELLO Jacques, LEMENNICIER Bertrand & LEPAGE Henri**, *Cinq questions sur les syndicats*, PUF, coll. *Libre-échange*, 1990.
- GASSIN Raymond, CIMAMONTI Sylvie & BONFILS Philippe**, *Criminologie*, Dalloz, 7^e édition, 2011.
- GAUTIÉ Jérôme**, *Coût du travail et emploi*, La Découverte, coll. *Repères*, 1998.
- GAZIER Bernard**, *Économie du travail et de l'emploi*, Dalloz, 2^e édition, 1992.
- GERRITS Gerrit Engelberts**, *Fastes de la marine hollandaise depuis l'époque la plus reculée* (deux tomes), Portielje, 1837.
- GHESTIN Jacques**, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.
- avec **JOURDAIN Patrice & VINEY Geneviève**, *Les conditions de la responsabilité : dommage, fait générateur, régimes spéciaux, causalité*, LGDJ, 3^e édition, 2006.
- GIDE Charles & RIST Charles**, *Histoire des doctrines économiques*, Sirey, 1947.
- GOUARNÉ Isabelle**, *L'introduction du marxisme en France : Philosoïviétisme et sciences humaines (1920-1939)*, PUR, 2013.
- GOUNOT Emmanuel**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Arthur Rousseau, 1922.
- GRAEBER David**, *Dette : 5000 ans d'histoire*, LLL, 2013.
- HABERMAS Jürgen**, *Droit et morale : Tanner lectures 1996*, Seuil, 1997 .
- HASQUIN Hervé**, *Louis XIV face à l'Europe du Nord : l'absolutisme vaincu par les libertés*, Racine, 2005 .
- HAURIOU Maurice**, *Principes de droit public*, Dalloz, 2010 [1910].
- HAYEK Friedrich**,
- *Scientisme et sciences sociales*, Plon, 1953.
 - *Droit, Législation et Liberté*, PUF, coll. *Quadrige*, 2013 [1973].
- HEILBRONER Robert**, *Les grands économistes*, Seuil, 1971.
- HOBBS Thomas**, *Éléments du droit naturel et politique*, Vrin, 2010 [1640].
- HUME David**, *Essais politiques*, Vrin, 1972 [1742].
- JACQUEMIN Alex & SHRANS Guy**, *Le droit économique*, PUF, coll. *Que-sais-je ?*, 1982.
- JAMES Émile**, *Histoire de la pensée économique*, Montchrestien, 1969.
- JAMIN Christophe** (sous la direction de), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008.
- avec **JESTAZ Philippe**, *La doctrine*, Dalloz, 2004.
- JERÔME Bruno & JERÔME-SPEZIARI Véronique**, *Analyse économique des élections*, *Economica*, 2010.
- JESSUA Claude**, *Histoire de la théorie économique*, PUF, 1991.
- JOËL Marie-Eve & CHARVET-PROTAT Suzanne**, *Analyse économique de la protection judiciaire de la jeunesse*, CTNERHI, 1992.
- JOURDAIN Patrice**, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 9^e édition, 2014.
- JOURDAN Alfred**, *Des rapports entre le droit et l'Économie Politique ou philosophie comparée du droit et de l'Économie Politique*, Arthur Rousseau, 1885.
- KANT Emmanuel**, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Vrin, 2002 [1785].
- KELSEN Hans**, *Droit et morale*, Markus Haller, 2012.
- KOLACINSKI David**, *Analyse économique des droits de l'homme*, PUR, 2004.
- KOPP Pierre**, *Économie de la drogue*, La Découverte, coll. *Repères*, 2005 .
- KORNHAUSER Lewis**, *L'Analyse Économique du Droit : fondements juridiques de l'Analyse Économique du Droit*, Michel Houdiard Editeur, 2011.

- KRECKÉ Elisabeth**, *Le critère d'efficience dans l'analyse économique du droit*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction de Jacques Garello, présentée et soutenue publiquement en 1993 à l'Université Aix-Marseille III.
- LAINE Matthieu** (dir.), *Dictionnaire du Libéralisme*, Larousse, 2012.
- LAITHIER Yves-Marie**, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004.
- LALAM Nacer**, *Déterminants et analyse économique de l'offre de drogues illicites en France*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction de Pierre Kopp soutenue et présentée publiquement en 2001 à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.
- LALOU Henri**, *La responsabilité civile : principes élémentaires et applications pratiques*, Dalloz, 2^e édition, 1932 .
- LAMBERT Maurice**, *Essai sur le protection du salaire : Économie Politique et législation comparée*, Librairie de la Société du Recueil du Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais, 1897.
- LANDES David**, *Richesse et Pauvreté des Nations - Pourquoi des riches ? Pourquoi des Pauvres ?*, Albin Michel, 2000.
- LANNEAU Régis**, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, LGDJ, 2011.
- LAURENT Eloi**, *Économie de la confiance*, La Découverte, coll. Repères, 2012.
- LEFRANC Georges**, *Histoire du Commerce*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1959.
- LELOUP Gilles**, *Crime et analyse économique*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction de Jean Debenest présentée et soutenue en 1991 à l'Université d'Angers.
- LEMENNICIER Bertrand**,
- *Économie du droit*, Cujas, 1991.
 - *La morale face à l'économie*, Éditions d'Organisation, 2005.
- LEMIEUX Pierre**, *Du libéralisme à l'anarcho-capitalisme*, PUF, coll. Libre-échange, 1983.
- LEONI Bruno**, *La Liberté et le Droit*, Les Belles Lettres, 2006 [1961].
- LEPAGE Henri**, *Demain le Capitalisme*, Librairie Générale Française, coll. Pluriel, 1978.
- avec **WAJSMAN Patrick**, *Vingt économistes face à la crise*, Odile Jacob, 1999.
- LÉVY Jean-Philippe & CASTALDO André**, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e édition, 2010.
- LONGUET Stéphane**, *Hayek et l'école autrichienne*, Nathan, 1998.
- LUTFALLA Michel & BRETON Yves** (dir.), *L'Économie Politique en France au XIX^e siècle*, Economica, 1991.
- LYON-CAEN Gerard**, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Dalloz, 2004 [1955].
- MACKAAY Ejan & ROUSSEAU Stéphane**, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008.
- MAITRE Gregory**, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005.
- MAGNOULOUX Hervé**, *L'Économie Politique constitutionnelle : la production des règles de la démocratie*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction de Jean-Pierre Centi, soutenue à l'Université Paul Cézanne, 1993.
- MARCIANO Alain & HARNAY Sophie**, *Posner : L'analyse économique du droit*, Michalon, 2003.

- MARCO Luc**, *Les revues d'économie en France : genèse et actualité*, L'Harmattan, 1996.
- MARX Karl**, *Le capital*, PUF, 2014 [1867].
- MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon & TUNC André**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, 1965.
- MEHREN (VON) Arthur, (dir.)**, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Brill, 2008.
- MERCURE Daniel & SPURK Jan**, *Le travail dans l'histoire de la pensée occidentale*, PUL, 2003.
- MILL John Stuart**,
- *Système de logique déductive et inductive*, Librairie philosophique de Ladrangue, 1866.
 - *Principes d'Économie Politique*, Guillaumin, deux tomes, 1861 [1848].
- MINGAT Alain, SALMON Pierre & WOLFELSPERGER Alain**, *Méthodologie Économique*, PUF, coll. *Thémis*, 1985.
- MISES (VON) Ludwig**,
- *L'action humaine*, PUF, coll. *Libre-échange*, 1985 [1949].
 - *Le socialisme, étude économique et sociologique*, Librairie de Médecis, 1938 [1922].
- MOCKERS Jean-Pierre**, *L'inflation en France : 1945-1975*, CUJAS, 1976.
- MONTESQUIEU (DE) Charles**, *De l'esprit des lois*, Flammarion (deux tomes), 1993 [1748].
- MONTI François**, *Prohibitions*, Les Belles Lettres, 2014.
- MUELLER Dennis, FACCHINI François, FOUCAULT Martial & MELKI Mickaël**, *Choix Publics Analyse Économique des Décisions Publiques*, De Boeck, 2010.
- NORTH Douglass**,
- *Le processus de développement économique*, Éditions d'Organisation, 2005.
 - avec **WALLIS John & WEINGAST Barry**, *Violence et ordres sociaux*, Gallimard, 2010.
- NOZICK Robert**, *Anarchie, État et Utopie*, PUF, coll. *Quadrige*, 2008.
- OLSON Mancur**, *Logique de l'action collective*, PUF, coll. *Sociologies*, 1980.
- OGUS Anthony & FAURE Michel**, *Économie du droit : le cas français*, Éditions Pantheon-Assas, 2002.
- OSMAN Filali**, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, 1998.
- OUM Florence**, *Le droit du travail influence-t-il le taux de chômage ? Une analyse comparative entre France, Allemagne, Grande-Bretagne et États-Unis*, Mémoire de recherche en droit social sous la direction de Serge Schweitzer, Centre de Droit Social de l'Université d'Aix-Marseille, juin 2014, 188 p..
- PERRUCHER Aurélien**, *Le doctorat, un investissement rentable ? Approches économique et sociologique*, L'Harmattan, 2008.
- PETITFILS Jean-Christian**, *Louis XV*, Perrin, 2014.
- PEYREFITTE Alain**, *La société de confiance*, Odile Jacob, 1995.
- PHILIPPE Cécile, ROGERS James & MARQUES Nicolas**, *Fardeau social et fiscal de l'employé moyen au sein de l'UE*, Institut Économique Molinari, 2013.
- PIETTRE André & REDSLOB Alain**, *Pensée économique et théories contemporaines*, Dalloz, 8^e édition, 1986.
- PIROU Gaëtan**, *Introduction à l'étude de l'économie politique*, 2^e édition, Sirey, 1939.
- PIROU Gaëtan**, *Traité d'Économie Politique - Tome I*, Sirey, 1946.
- PLATON**, *La République*, Gallimard, 1992 [-380].

PONS Philippe, *Misère et crime au Japon du XVII^e siècle à nos jours*, Gallimard, 1998.

PRADEL Jean, *Histoire des doctrines pénales*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1991.

PREBISSY-SCHNALL Catherine, **GUGLIELMI Gilles & KOUBI Geneviève (dir.)**, *Droit et économie : interférences et interactions - Études en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Litec, 2009.

PRIBAM Karl, *Les fondements de la pensée économique*, *Economica*, 1986.

Revue des Études Humaines, *En finir avec le chômage*, 1996.

Revue de la Recherche Juridique.

- Droit prospectif 1987-2, N. XII – 29 (12^e année – 28^e numéro), *L'analyse économique du droit : actes des colloques tenus à Aix-en-Provence (mai 1986) et Corte (janvier 1986)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987.

- Droit Prospectif 2008-5, N. XXII - 125 (33^e année - 125^e numéro), *Cahiers de méthodologie juridique, L'analyse économique du droit. Autour d'Ejan Mackaay*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

RICARDO David, *Des principes de l'Économie Politique et de l'impôt*, Flammarion, 1999 [1817].

RIEG Alfred, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961.

RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e édition, LGDJ, 1951.

ROBBINS Lionel, *Essai sur la nature et la signification de la science économique*, Librairie de Médecis, 1947.

ROTHBARD Murray,

- *Économistes et Charlatans*, Les Belles Lettres, 1991.

- *L'éthique de la liberté*, Les Belles Lettres, 2011 [1982].

ROUX Dominique, *Nobel en Économie*, *Economica*, 2002.

ROYER Guillaume,

- *L'analyse économique et le droit criminel*, Le Manuscrit, 2005.

- *L'efficacité en droit pénal économique : Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2009.

SACHS Tatiana, *La raison économique en droit du travail : contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ, 2013.

SALIN Pascal,

- *L'arbitraire fiscal*, Robert Laffont, coll. *Libertés 2000*, 1985.

- *Macroéconomie*, PUF, 1991.

- *Libre-échange et protectionnisme*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1991.

- *Libéralisme*, Odile Jacob, 2000.

- *Le libre-échange*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2002.

- *Concurrence et Liberté des Échanges*, Éditions Libre Échange, 2014.

SALLE (DE) Corentin, *La tradition de la liberté* (trois tomes), European Liberal Forum, 2010, 2011, 2014.

SASSIER Philippe & LANSOY Dominique, *Ubu loi*, Fayard, 2008.

SAUVY Alfred, *De la rumeur à l'histoire*, Bordas, 1985.

SAVATIER René, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, LGDJ, 1951.

SAY Jean-Baptiste, *Traité d'Économie Politique, ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent, et se consomment les richesses*, deux tomes, *Economica*, 2006 [1803].

SCHUMPETER Joseph Aloïs, *Histoire de l'analyse économique* (trois tomes), Gallimard, 1983.

SCHATZ Albert, *L'individualisme économique et social*, Institut Coppet, 2012 [1903].

SCHWEITZER Serge, *Le programme de recherche autrichien en méthodologie économique : essai de définition*, thèse de doctorat en Sciences Économiques sous la direction de Jean-Pierre Centi, présentée et soutenue publiquement en 1987 à l'Université Aix-Marseille III.

- avec **FLOURY Loïc**, *Théorie de la Révolte Fiscale : Enjeux et Interprétations – Ou pourquoi la Révolte Fiscale n'aura pas lieu*, PUAM, 2014.

SIMONNOT Philippe, *Économie du droit* (deux tomes), Les Belles Lettres, 2003.

SMITH Adam,

- *Recherches sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations*, PUF, quatre tomes, 1995 [1776].

- *Leçons sur la Jurisprudence*, Dalloz, 2009 [1763].

- *Théorie des Sentiments Moraux*, PUF, 3^e édition, 2014 [1759].

SORMAN Guy, *L'économie ne ment pas*, Fayard, 2007.

SOTO (DE) Hernando, *Le mystère du capital : pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs*, Flammarion, 2005.

SPENCER Herbert, *Le droit d'ignorer l'État*, Les Belles Lettres, 1993 [1850].

SPOONER Lysander, *Les vices ne sont pas des crimes*, Les Belles Lettres, 1993 [1875].

STARCK Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, 1947.

STOFFAËS Christian (dir.), *Psychanalyse de l'antilibéralisme*, Éditions Saint-Simon, 2006.

STOFFEL-MUNCK Philippe,

- *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994.

- *L'Abus dans le contrat : Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

TERRÉ Dominique, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007.

TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5^e édition, 2000.

THIBIERGE Louis, *Le contrat face à l'imprévu*, *Economica*, 2011.

TOURNEAU (LE) Philippe, *La responsabilité civile*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2003.

TRICHEREAU Romain, *Vincent de Gournay et la science du commerce*, Mémoire de recherche en Histoire sous la direction de Serge Schweitzer, septembre 2009, ICES, 112 p..

TROPER Michel, *La philosophie du droit*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2011.

TROSNE (LE) Guillaume-François, *De l'utilité des discussions économiques*, notes et présentation de Benoit Malbranque, Institut Coppet, 2013 [1766].

TRUDEL Gérard, *Lésion et Contrat*, PUM, 1965.

TUBARO Paola, *Les origines de la mathématisation de l'économie : calcul infinitésimal et théorie des prix*, sous la direction de Carlo Benetti et Bertram Schefold, soutenue le 8 novembre 2004 à l'Université Paris X.

TUNC André, *La responsabilité civile*, *Economica*, 1989.

TURPIN Dominique, *Droit Constitutionnel*, PUF, coll. *Droit Fondamental*, 1999.

VAN-LEMESLE (LE) Lucette, *Le juste et le riche : L'enseignement de l'économie politique 1815-1950*, Comité pour l'Histoire économique et financière de la France, 2004.

VILLAIN Adeline, *L'immixtion du juge dans le contrat*, Mémoire sous la direction d'Etienne Vergès, Université Pierre Mendès France – Grenoble, 2013.

VILLEMEUR Alain, La divergence économique États-Unis – Europe, *Economica*, 2004.

VILLEY Daniel,

- *Petite histoire des grandes doctrines économiques*, Marie-Thérèse Génin, 3^e édition, 1953.

- *À la recherche d'une doctrine économique*, Marie-Thérèse Génin, 1967.

VIRARD Marie-Paule & ARTUS Patrick, *Les apprentis sorciers : 40 ans d'échec de la politique économique française*, Fayard, 2013.

VITALI-VOLANT Maria, *Cesare Beccaria (1738-1794) : Cours et discours d'économie*, L'Harmattan, 2005.

VITTORI Jean-Marc, *Éco-graphiques : 50 graphiques pour regarder l'économie autrement*, Eyrolles, 2014.

WEAVER Russell & LICHÈRE François, *Recours et analyse économique*, PUAM, 2011.

WEBER Max, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Gallimard, 2004 [1905].

OUVRAGES EN ANGLAIS

ACEMOGLU Daron & ROBINSON James, *Why Nations Fail : The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, Profile Books, 2013.

BARRO Robert, *Determinants of Economic Growth : A Cross-Country Empirical Study*, The MIT Press, 1998.

BECKER Gary,

- *The Economics of Discrimination*, University of Chicago Press, 1957.

- *Human Capital : A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*, University of Chicago Press, 3^e édition, 1964.

- *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, 1978.

BENSON Bruce, *The Enterprise of Law : Justice Without the State*, Pacific Research Institute for Public Policy, 1990.

BERGH (VAN DEN) Roger & CAMESACA Peter, *European Competition Law and Economics : A Comparative Perspective*, 2^{de} édition, Sweet & Maxwell, 2006.

BLACK Duncan, *The Theory of Committees and Elections*, Cambridge University Press, 1958.

BLACKSTONE William, *Commentaries on the Laws of England* (quatre tomes), George T. Bisel Company, Inc., 1922 [1765].

BOLAND Lawrence, *The Foundations of Economic Method*, Allen & Unwin, 1982.

BOUCKAERT Boudewijn & GEEST (DE) Gerrit (dir.),

- *Bibliography of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd, 1992.

- *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd (cinq volumes), 2000.

BRENNAN Geoffrey & LOMASKY Loren,

- *Politics and Process : New Essays in Democratic Theory*, Cambridge University Press, 1989.

- *Democracy and Decision : The Pure Theory of Electoral Preference*, Cambridge University Press, 1993.

BUCHANAN James, *The Limits of Liberty : Between Anarchy and Leviathan*, University of Chicago Press, 1975.

- avec **TULLOCK Gordon**, *The Calculus of Consent : logical foundations of Constitutional Democracy*, University of Michigan Press, 1962.

- avec **BRENNAN Geoffrey**, *The Reason of Rules : Constitutional Political Economy* Cambridge University Press, 1985.

- BRUIJN Jaap**, *The Dutch Navy of the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, University of South Carolina Press, 1993.
- CAIRNES John**, *The Character and Logical Method of Political Economy*, Macmillan, 1875.
- CALABRESI Guido**, *The Cost of Accidents : A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.
- CALDWELL Bruce**, *Beyond Positivism : Economic Methodology in the Twentieth Century*, Allen and Unwin, 1982.
- CARD David Edward**, *Myth and Measurement : The New Economics of the Minimum Wage*, Princeton University Press, 1995.
- CARLEN Pat**, *Women, crime, and poverty*, Open University Press, 1988.
- CARTWRIGHT Edward**, *Behavioral Economics*, Routledge, 2014.
- COASE Ronald**, *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988.
- COOK Philip, MACHIN Stephen, MARIE Olivier & MASTROBUONI Giovanni**, *Lessons from the Economics of Crime : what reduces offending ?*, MIT Press, 2013.
- COOTER Robert & ULEN Thomas**, *Law and Economics*, Addison-Wesley, 2^e édition, 1997.
- DEPOORTER Ben**, *Law And Economics of the Anitcommons : Fragmentation of Property Rights*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2014.
- DOWNS Anthony**, *An Economic Theory of Democracy*, Prentice Hall, 1957.
- DUXBURY Neil**, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, 1995.
- ELLICKSON Robert**, *Order Without Law*, Harvard University Press, 1991.
- FERGUSON Adam**, *An Essay on the History of Civil Society*, Cambridge University Press, 1996 [1767].
- FINE Ben & MILONAKIS Dimitris**, *From Economics Imperialism to Freakonomics : The Shifting Boundaries Between Economics and other Social Science*, Routledge, 2009.
- FMI**, *World Economic Outlook - Growth and Institutions*, avril 2003.
- FRIEDMAN Milton**, *Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press, 1953.
- FURUBOTN Eirik & RICHTER Rudolf**, *Institutions and Economic Theory : The Contribution of the New Institutional Economics*, University of Michigan Press, 1996.
- GAINES Larry & KREMLING Janine**, *Drugs, Crime, and Justice : Contemporary Perspectives*, Waveland Press Inc., 3^e édition, 2014.
- GOLDBERG Jessica**, *Trade and Institutions in the Medieval Mediterranean : The Geniza Merchants and their Business World*, Cambridge University Press, 2012.
- GORDON Diana**, *The Return of the Dangerous Classes : Drug Prohibition and Policy Politics*, Norton & Co, 1994.
- GREENWALD Glenn**, *Drug Decriminalization in Portugal : Lessons for Creating Fair and Successful Drug Policies*, Cato Institute, 2009.
- GREIF Avner**, *Institutions and the Path to the Modern Economy. Lessons from Medieval Trade*, Cambridge University Press, 2006.
- HABER Stephen**, *Political Institutions and Economic Growth in Latin America : Essays in Policy, History, and Political Economy*, Hoover Institution Press, 2000.
- HAMERMESH Daniel**, *Labor demand*, Princeton University Press, 1996.
- HAYEK Friedrich**,
- *Prices and Production*, Routledge, 1931.
 - *The counter-revolution of science : studies on the abuse of reason*, Free Press, 1952.
- HEUKELOM Floris**, *Behavioral Economics : A History*, Cambridge University Press, 2014.
- HIRSH Werner**, *Law and Economics*, Academic Press of London, 1999 .

- HODGSON Geoffrey**, *Economics and Institutions. A Manifesto for a Modern Institutional Economics*, Polity Press, 1988 .
- HUTCHISON Terence**,
- *Knowledge and Ignorance in Economics*, University of Chicago Press, 1977.
 - *The Significance and Basic Postulates of Economic Theory*, Macmillan, 1938.
- JUDT Tony**, *Marxism and the French Left : Studies on Labour and Politics in France, 1830-1981*, New York University Press, 2011.
- KATZ Avery**, *Foundations of the Economic Approach of the Law*, Fondation Press, 1998.
- KEYNES John Neville**, *The Scope and Method of Political Economy*, Macmillan, 1891.
- KOPP Pierre**, *Political Economy of Illegal Drugs*, Routledge, 2014.
- LAFFONT Jean-Jacques & MARTIMORT David**, *The Theory of Incentives - The Principal-Agent Model*, Princeton University Press, 2002.
- LAKATOS Imre**, *The Methodology of Scientific Research Programmes : Philosophical Papers Volume I*, Cambridge University Press, 1978.
- LAYARD Richard, NICKELL Stephen & JACKMAN Richard**, *Unemployment : Macroeconomic Performance and the Labor Market*, Oxford University Press, 1991.
- LEVITT Steven & DUBNER Stephen**,
- *Freakonomics*, Harper, 2009.
 - *Super Freakonomics*, Harper, 2011.
- LONDON SCHOOL OF ECONOMICS**, *Ending the Drug Wars : report of the LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy*, mai 2014.
- LUKSETICH William & WHITE Michael**, *Crime and Public Policy : An Economic Approach*, Little, Brown, & Co., 1982.
- MCCLOSKEY Deirdre**, *The Bourgeois Virtues : Ethics for an Age of Commerce*, University of Chicago Press, 2006.
- MALLOY Robin**, *Law and Market Economy : Reinterpreting the Values of Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000.
- MATTEI Ugo**, *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press, 1999.
- MEDEMA Steven & MERCURO Nicholas**, *Economics and the Law : From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, 1998.
- MEIER Kenneth**, *The Politics of Sin : Drugs, Alcohol and Public Policy*, Sharpe, 1994.
- MICELI Thomas**, *Economics of the Law*, Oxford University Press, 1997.
- MOORE Mark & GERSTEIN Dean**, *Alcohol and Public Policy : Beyond the Shadow of Prohibition*, National Academy Press, 1981.
- OGILVIE Sheilagh**, *Institutions and European Trade Merchant Guilds : 1000–1800*, Cambridge University Press, 2011.
- OKRENT Daniel**, *Last Call : The Rise and Fall of Prohibition*, Scribner, 2010.
- PIGOU Arthur Cecil**, *The Economics of Welfare*, Macmillan, 1920.
- POSNER Richard**,
- *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 9^e édition, 2014 [1977].
 - *The Coase Theorem*, (deux volumes), Edward Elgar Publishing Ltd, 2013.
- RODRICK Dani**,
- *In Search of Prosperity : Analytic Narratives on Economic Growth*, Princeton University Press, 2003.
 - *One Economics, Many Recipes : Globalization, Institutions, and Economic Growth*, Princeton University Press, 2008.

- ROTHBARD Murray**, *America's Great Depression*, D. Van Nostrand Co., 1973.
- ROTTENBERG Simon**, *The Economics of Crime and Punishment*, American Enterprise Institute, 1979.
- SCHULTZ Theodore**, *The Economic Value of Education*, Colombia University Press, 1963.
- SHAVELL Steven**, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004.
- STIGLER George**, *The Theory of Price*, Macmillan, 1966.
- SOUTER Ralph William**, *Prolegomena to Relativity Economics : An Elementary Study in the Mechanics of an Expanding Economic Universe*, Columbia University Press, 1933.
- SUNSTEIN Cass**, *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000.
- THORNTON Mark**, *The Economics of Prohibition*, University of Utah Press, 1991.
- VELJANOVSKI Cento**, *The Economics of Law*, IEA, 1990.
- VON MISES Ludwig**, *The Ultimate Foundation of Economic Science : An Essay on Method*, D. Van Nostrand Company Inc, 1962.
- WILKINSON Nick & KLAES Matthias**, *An Introduction to Behavioral Economics*, Palgrave Macmillan, 2^e édition, 2012.
- WILLIAM Nassau Senior**, *Four Introductory Lectures on Political Economy*, Longman, Brown, Green & Longmans, 1852.
- WILLIAMSON Oliver**, *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, 1985.
- ZAMIR Eyal & TEICHMAN Doron (dir.)**, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oup USA, 2014.

ARTICLES EN FRANÇAIS

- ABECASSIS Céline**, « Les coûts de transaction : état de la théorie » in *Réseaux* 1997, vol.15, n° 84, p.9-19.
- ALLAIS Maurice**, « Pour la création de facultés de sciences économiques et sociales » in *Revue d'Économie Politique* 1953, vol. 63, n° 1, p. 212-220.
- ANCELOT Lydie & DORIAT-DUBAN Myriam**, « Analyse économique du plaider coupable » in *Revue économique* 2010, vol 61, n° 2, p. 237-261.
- AURIOL Emmanuelle & GARY-BOBO**, « Optimiser les institutions politiques » in *Les Échos* du 26 mars 2008.
- BAZEN Stephen & MARTIN John**, « L'incidence du salaire minimum sur les gains et l'emploi en France » in *Revue économique* de l'OCDE 1991, n°16, p. 226-248.
- BERTRAND Élodie**, « La thèse d'efficience du théorème de Coase. Quelle critique de la microéconomie ? » in *Revue économique* 2006, vol. 57, n° 5, p.983-1007.
- avec **DESTAIS Christophe**, « Le théorème de Coase, une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publique » in *Reflets et perspectives de la vie économique* 2002, vol 41. n° 2, p. 111-124.
- BLACHER Philippe**, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? » in *Pouvoirs* 2003, vol. 2, n° 105, p. 17-28.
- BONNET François**, « De l'analyse économique du crime aux nouvelles criminologies anglo-saxonnes ? Les origines théoriques des politiques pénales contemporaines » in *Déviance et Société* 2006, vol. 30, n° 2, p. 137-154.
- BONVOISIN Valérie**, « Les vols de métaux en France métropolitaine en 2010 » in *Focus*, note statistique de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, n° 7, juin 2012.

- BOUDON Raymond**, « Théorie du choix rationnel, théorie de la rationalité limitée ou individualisme méthodologique : que choisir ? » in *Journal des Économistes et des Études Humaines*, 2004, vol. 14, n° 1, p. 45-62.
- BOZIO Antoine** « Comment évaluer les politiques publiques ? » in *Problèmes Économiques*, hors-série n° 4, septembre 2013, p. 47-59.
- BRAMOULLÉ Gérard**, « A-priorisme et faillibilisme : en défense de Rothbard contre Popper » in *Journal des Économistes et des Études Humaines*, 1995, vol. VI, n° 1, p. 91-104
- BRECHON-MOULÈNES Christine**, « Liberté contractuelle des personnes publiques » in *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 1998, p. 643-650.
- BRETON Yves & MARCO Luc**, « Naissance du doctorat d'économie politique » in *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, LGDJ, n° 96, 1996, p. 47-52.
- BROUSSEAU Eric**,
- « L'approche néo-institutionnelle des coûts de transaction » in *Revue française d'économie* 1989, vol. 4, n° 4, p. 123-166.
 - « L'économiste, le juriste et le contrat » in Muriel Fabre-Magnan & Christophe Jamin (dir.), *Études en l'honneur de Jacques Ghestin : le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 153-176.
 - avec **GLACHANT Jean-Michel**, « Économie des contrats et renouvellement de l'analyse économique » in *Revue d'Économie Industrielle* 2000, vol. 92, p. 23-50.
 - avec **FARES M'hand**, « Règles de droit et inexécution du contrat : l'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé » in *Revue d'économie politique* 2002, vol. 112, n° 6, p. 823-844.
- BUGADA Alexis**,
- « Équilibre contractuel et justice sociale » in Gwendoline Lardeux (dir.) *L'équilibre du contrat*, PUAM, 2012, p. 75-82.
 - « Éthique et droit social - Éthique de la protection et morale en droit du travail : illustrations dysharmoniques » in Jean-Yves Naudet (dir.), *Éthique et économie de marché*, PUAM, 2012, p. 185-199.
- CAPPELLETTI Mauro**, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle » in *Revue internationale de droit comparé* 1981, vol. 33, n° 2, p. 625-657.
- CENTI Jean-Pierre**, « Quel critère d'efficience pour l'analyse économique du droit ? » in *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif* 1987-2, N. XII – 29 (12^e année – 28^e numéro), « L'Analyse Économique du Droit », actes des colloques tenus à Aix-en-Provence (mai 1986) et Corte (janvier 1986), Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987, p. 455-476.
- CHARLIER Robert**, « La puissance publique et son droit face à la question sociale » in *L'évolution du droit public – Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 73-94.
- CORDATO Roy**, « Les problèmes de la connaissance et le problème du coût social » in *Journal des Économistes et des Études Humaines* 1992, vol. 3, n° 4, p. 439-460.
- COULANGE Pierre**, « La production des règles de droit » in *Journal des Économistes et des Études Humaines*, 1992, p. 527-549
- COUSINEAU Jean-Michel**, « Impact du salaire minimum sur le chômage des jeunes et des femmes au Québec » in *Relations Industrielles* 1979, vol. 34, n° 3, p. 403-417.
- DANIEL Christine**, « L'indemnisation du chômage depuis 1979 : différenciation des droits, éclatement des statuts » in *Revue de l'IREs* 1998, n°29, p. 5-28.

DEFFAINS Bruno & FEREY Samuel, « Théorie du droit et analyse économique », *Working Paper*, ENS Lyon, juillet 2007.

DESCAMPS Olivier, « La responsabilité dans le Code civil » in *Histoire de la justice* 2009, vol. 19, n° 1, p. 291-310.

DESCHAMPS Marc & MARTY Frédéric, « L'Analyse Économique du Droit est-elle une théorie scientifique du droit ? » in *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif* 2008-5, N. XXII - 125 (33^e année - 125^e numéro), Cahiers de méthodologie juridique « L'Analyse Économique du Droit. Autour d'Ejan Mackaay », PUAM, 2009, p. 2541-2569.

DIVISIA François, « Contre une coupure entre études économiques et études juridiques » in *Revue d'Économie Politique*, vol. 68, 1953, p. 204-211.

DORMONT Brigitte, « Quelle est l'influence du coût du travail sur l'emploi ? » in *Revue économique* 1994, vol. 45, n° 3, p. 399-414.

DOSTALER Gilles, « La genèse et l'évolution de la théorie des cycles de Hayek » in *L'actualité économique*, vol.77, n° 2, juin 2001, p. 207-230.

DRECHSLER Wolfgang, « Les lois de Platon, fondement de l'économie du droit » in *Revue française d'histoire des idées politiques* 2002, vol. 16, p. 399-410.

ENCLOS Philippe, « Réflexions sur l'évolution de l'action juridique syndicale » in *Savoir/Agir* 2010, vol.4, n°14, p. 23-28.

FACCHINI François, « La théorie autrichienne des cycles : une théorie de la récurrence des erreurs collectives d'anticipation » in *L'actualité économique*, vol. 80, n° 1, mars 2004, p. 67-94.

FAVOREU Louis, « La légitimité du juge constitutionnel », in *Revue Internationale de droit comparé* 1994, vol. 46, n° 2, p. 557-581.

FLOURY Loïc,

- « De la liberté : de l'esthétique au rejet du libéralisme » in Laure Meesemaeker (dir.), *Usages de la beauté*, Presses Universitaires de l'ICES, 2015, p. 35-115
- « Le marché de l'espoir : économie, droit et charité contre pauvreté » in Laure Meesemaeker (dir.), *Usages de la Charité*, Presses Universitaires de l'ICES, 2015, p. 43-94

FLUET Claude, « L'analyse économique du droit » in *Économie Appliquée* 1990, vol. 63, n° 3, p. 53-66.

FOUGÈRE Denis,

- « La durée du chômage en France » in Jean-Paul Fitoussi, Jacques Freyssinet & Olivier Passet, *Réduction du chômage : les réussites en Europe*, La Documentation française, 2000, p. 239-259.
- avec **KRAMARZ Francis & POUGET Julien**, « L'analyse économétrique de la délinquance : une synthèse de résultats récents » in *Revue Française d'Économie* 2005, vol 19, n°19-3, p. 3-55.

FOURÇANS André, « L'impact du S.M.I.C. sur le chômage : les leçons d'expérience » in *Revue d'Économie Politique* 1980, vol. 90, n° 6, p. 881-892.

FRANÇOIS Bastien, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France » in *Revue française de science politique* 1997, vol. 47, n° 3-4, p. 377-404.

GARELLO Pierre,

- « Les économistes et le contrat » in Paul-Henri Antonmattei, Christian Atias, Jacques Garelo & Marie-Anne Frison-Roche (dir.), *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 37- 52.

- « L'inexécution du contrat en droit français : les apports de l'analyse économique » in Bruno Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, CUJAS 2002, p. 227-242.
- avec **BENTATA Pierre**, « Jean Baptiste Say : l'analyse du droit à la source de l'analyse économique » in Jef De Mot (dir.), *Liber Amicorum in honor of Pr. Boudewijn Bouckaert*, Die Keure, 2012.
- GAVE Charles**, « Salaire Minimum et chômage des plus défavorisés », Institut des Libertés, 25 mars 2013, <<http://institutdeslibertes.org/salaire-minimum-et-chomage-des-plus-defavorises/>>.
- GENEVOIS Bruno**, « L'influence du Conseil Constitutionnel » in *Pouvoirs* 1989, n°49, p. 47-56.
- GERARD VARET Louis-André**, « Quelques problèmes de rationalité posés par la théorie des jeux » in *Journal des Économistes et des Études Humaines*, vol. 1, n° 4, décembre 1990, p. 419-458.
- GERAUD-LLORCA Edith**, « L'introduction des bonnes moeurs dans le Code civil » in Jacques Chevalier (dir.) *Les Bonnes mœurs*, PUF, 1994, p. 62-74.
- GERMAIN Jean-Marc**, « Allègements de charges sociales, coût du travail et emploi dans les modèles d'équilibre : enjeux et débats » in *Économie et statistique*, 1997, vol. 301, p. 73-94 .
- GHERTMAN Michel**, « Oliver Williamson et la théorie des coûts de transaction » in *Revue française de gestion* 2006, vol. 160, n° 1, p. 191-213.
- GHESTIN Jacques**, « Le contrat en tant qu'échange économique » in *Revue d'Économie Industrielle* 2000, vol. 92, p. 81-100.
- GLAUDE Michel & BAUDELLOT Christian**, « Les diplômés se dévaluent-ils en se multipliant ? » in *Économie et statistique* 1989, vol. 225, p. 3-16.
- GUIRONNET Jean-Pascal**, « La sur-éducation en France : vers une dévalorisation des diplômes du supérieur ? », *Working Paper* n° 05-10, Association Française de Cliométrie, 2005.
- HÉMET Camille**, « L'approche béckérienne de la transgression des lois » in *Regards croisés sur l'économie* 2014/1, n° 14, Lumières sur les économies souterraines, La Découverte, 2014, p. 209-212.
- HOANG-NGOC Liêm**, « Une critique de l'économie politique néo-institutionnaliste du contrat de travail » in *Cahiers d'économie politique*, 1998, vol. 33, p. 81-106.
- HORDERN Francis**, « Du Code civil à un droit spécifique » in *Cahiers de l'Institut régional du travail*, n° 3, Université Aix-Marseille II, 1991.
- JAMIN Christophe**, notice « Économie du droit » in Denis Alland & Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.
- JENNY Frédéric**, « La théorie économique du crime : une revue de la littérature » in Jean-Jacques Rosa & Florin Aftalion (dir.), *L'Économie retrouvée : vieilles critiques et nouvelles analyses*, *Économica*, 1977, p. 296-324.
- JOSSELIN Jean-Michel & MARCIANO Alain**,
 - « L'efficacité du droit spontané : une évaluation microéconomique », *Working Paper GREQUAM* n° 99C03, mars 1999.
 - « L'Analyse Économique du Droit et le renouvellement de l'économie politique des choix publics » in *Revue de l'Institut d'Économie Publique*, 2001, n° 7, vol. 1, p. 5-13.
- KASPI André**, « Le *New Deal* de Roosevelt a vu se succéder des mesures contradictoires » in *Le Monde Économie* du 24 novembre 2008.

KIRAT Thierry,

- « Économie et droit. De l'Analyse Économique du Droit à de nouvelles alliances ? » in *Revue économique*, vol 49, n° 4, 1998, p. 1057-1087.
- avec **VIDAL Laurent**, « Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées » in *Annales de l'Institut André Tunc*, Université Paris I Panthéon- Sorbonne, 2005.

KESER Claudia & WILLINGER Marc, « La théorie des contrats dans un contexte expérimental : un survol des expériences sur les relations principal-agent » in *Revue d'économie industrielle*, 2000, vol. 92, p. 237-253.

KOPP Pierre,

- « Les analyses formelles des marchés de la drogue » in *Tiers-Monde* 1992, vol. 33, n°131, p. 565-579.
- « Analyse économique des relations entre drogue et délinquance » in *Les Cahiers de la Sécurité Intérieure* 1998, vol. 32, p. 29-45.

KRECKÉ Elisabeth, « De l'autonomie du droit à l'impérialisme économique : une réflexion sur le statut normatif des sciences juridiques modernes » in Arnaud Berthoud, Bernard Delmas & Thierry Demals (dir.), *Y a-t-il des lois en économie ? Actes du 11^e Colloque International de l'ACGEPE, Association Charles Gide pour l'Etude de la Pensée Économique*, Presses Universitaires du Septentrion, 2007.

LAFFARGUE Bernard & GODEFROY Thierry, « Crise économique et criminalité. Criminologie de la misère ou misère de la criminologie ? » in *Déviance et société*, 1984, vol 8, n° 1, p. 73-100.

LAGRANGE Hugues, « Crime et conjoncture socio-économique » in *Revue Française de Sociologie*, 2001, vol 42, n° 1, p. 57-79.

LANE Georges, « Gary S. Becker, prix Nobel de sciences économiques 1992 » in *Liberté économique et progrès social*, n°67, mars 1993, p. 2-14.

LANGLAIS Eric, « Analyse économique et droit pénal : contributions, débats, limites », *Working Paper* 2011-33 EconomiX Paris Ouest Nanterre, novembre 2011.

LARRÈRE Catherine, « La philosophie pénale de Montesquieu » in *Revue Montesquieu*, n° 1, ENS Lyon, 1997, p. 39-63.

LEHMANN Étienne,

- « Les enseignements de la théorie économique dans l'indemnisation du chômage » in *Revue française d'économie*, 1999, vol. 14, n° 4, p. 159-190.
- « Indexation des allocations chômage et chômage » in *Cahiers Eco&Maths* 1997, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, p. 64-97.

LEMENNICIER Bertrand, MARROT Olivier, & SETBON Philippe, « L'originalité des économistes universitaires français », in *Journal des Économistes et des Études Humaines*, 1999, vol. 1, 1999, p. 151-170.

LEVENEUR Laurent, « La liberté contractuelle en droit privé » in *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 1998, p. 676-682.

LOTTER Françoise, « Coûts de transaction et fondements de l'intervention publique » in *Revue d'économie industrielle*, 1995, vol. 71, p. 163-180.

MACKAAY Ejan,

- « La responsabilité civile extracontractuelle – une analyse économique » in Pierre-Claude Lafond (dir.), *Mélanges Claude Masse – En quête de justice et d'équité*, Yvon Blais, 2003, p. 319-346.
- « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? » in *Revue de Droit Henri Capitant*, n° 1, décembre 2010, *Regards civilistes sur l'Analyse Économique du Droit*.

MALAURIE Philippe, « Le droit et l'esprit » in *Commentaire* n°67, automne 1994, p. 609-612.

MARCEAU Nicolas & MONGRAIN Steeve,

- « Dissuader le crime : un survol » in *L'Actualité économique* 1999, vol. 75, p. 123-147.
- « Dissuasion du crime et concurrence entre juridictions » in *Revue d'économie politique*, 2002, vol. 112, n° 6, p. 905-919.

MERRER (LE) Pascal, « L'affirmation de l'économie comme discipline scientifique : une histoire française particulière », in *Tracés*, 2011, vol 3, HS n°11, p. 163-174.

MISES (VON) Ludwig, « Le calcul économique en régime collectiviste » in PIERSON Nicolaas, MISES (VON) Ludwig, HALM Georg & BARONE Enrico (dir.), *L'économie dirigée en régime collectiviste : Études critiques sur les possibilités du socialisme*, Librairie de Médecis, 1938, p. 93-132.

MOUGEOT Christelle, « Théorie autrichienne du cycle et théorie des cycles d'équilibre » in *Revue française d'économie*, 2009, vol. XXIV, n° 4, p. 67-92 .

MUIR-WATT Horatia, « Les forces de résistances à l'Analyse Économique du Droit dans le droit civil » in Bruno Deffains (dir.), *L'Analyse Économique du Droit dans les pays de droit civil*, CUJAS, 2002.

NAUDET Jean-Yves, « L'économie politique dans la faculté de droit d'Aix » in Mémorial de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 2009.

OPPETIT Bruno « Droit et Économie » in *Archives de philosophie du droit*, tome 37, Sirey, 1992, p. 17-26.

PARTHESIUS Robert, « Flûtes, frégates et chantiers navals... » in Henry Méchoulan (dir.), *Amsterdam, XVII^e siècle : Marchands et philosophes : Les Bénéfices de la tolérance*, Autrement, 1993.

PEAUCELL Jean-Louis, « Raisonner sur les épingles, l'exemple d'Adam Smith sur la division du travail » in *Revue d'Économie Politique* 2005, vol. 115, n° 4, p. 499-519.

PÉRÈS Cécile, « Rapport introductif du Colloque de Reims » in *Revue de Droit Henri Capitant*, n° 1, décembre 2010, Regards civilistes sur l'analyse économique du droit.

PHILIP Loïc, *Droit fiscal constitutionnel : évolution d'une jurisprudence*, Economica, 2014.

PIRES Alvaro, « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne » in Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Alvaro Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, tome II, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Larcier, 1998, p. 109-167.

PIROU Gaëtan, « L'enseignement économique en France » in *Revue d'Économie Politique*, numéro spécial « Cinquantenaire de la *Revue d'économie politique*, 1887-1937 », 1937.

POULAIN Édouard, « Le capital humain, d'une conception substantielle à un modèle représentationnel » in *Revue économique*, 2001, n° 1, vol. 52, p. 91-116.

PORET Sylvaine,

- « Vers une analyse économique des politiques publiques des drogues ? » in *Revue française d'économie*, 2006, vol. 20, n° 4, p. 161-203.
- « L'impact des politiques répressives sur l'offre de drogues illicites : une revue de la littérature théorique » in *Revue économique*, 2006, vol. 57, n° 5, p. 1065-1091.

PRIETO Ana,

- « L'impact de la dégressivité des allocations chômage sur le taux de reprise d'emploi » in *Revue économique*, 1999, vol. 51, n° 3, p. 523-534.
- avec **FOUGÈRE Denis & DORMONT Brigitte**, « L'effet de l'allocation unique dégressive sur la reprise d'emploi » in *Économie et statistique*, 2001, vol. 343, p. 3-28.

- RAGNI Ludovic**, « Le théorème de Coase : une relecture coasienne » in *Revue française d'économie*, 1992, vol. 7, n° 4, p. 121-151.
- RIOUX Laurence**, « Salaire de réserve, allocation chômage dégressive et revenu minimum d'insertion » in *Économie et statistique*, 2001, vol. 346, p. 137-160.
- ROMAGNOLI Umberto**, « Libres propos sur les rapports entre économie et droit du travail » in Antoine Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. *Thèmes & Commentaires*, 2005.
- ROUDIL Albert**, « Flexibilité de l'emploi et droit du travail : la beauté du diable » in *Droit Social*, 1985, n° 2, p. 84-94.
- ROY René**, « François Divisia 1884-1964 » in *Econometrica*, juin 1965, vol. 33, n° 3, p. 635-640.
- ROYER Guillaume**, « Pour une économie du droit sans rigueur - L'analyse économique du droit et Jean Carbonnier » in Raymond Verdier (dir.), *Jean Carbonnier : l'homme et l'oeuvre*, PUPO, 2012, p. 483-500.
- RUEFF Jacques**, « L'assurance-chômage : cause du chômage permanent » in *Revue d'Économie Politique*, 1931, vol. 45, p. 211-251.
- SAINT-BONNET François**, « Le droit contre la loi, regards sur les mutations du droit constitutionnel au XX^e siècle » in Simone Goyard-Fabre (dir.), *L'Etat au XX^e siècle : regards sur la pensée juridique et politique du monde*, Vrin, 2004.
- SALANIÉ Bernard & LAROQUE Guy**, « Prélèvements et transferts sociaux : une analyse descriptive des incitations financières au travail » in *Économie et statistique*, 1999, vol. 328, p. 3-19 .
- SALIN Pascal**,
- « Échange inégal et illusion scientifique » in *Commentaire*, printemps 1982, volume 5/17, p. 63-71.
 - « L'économie internationale, une contestation contestable » in Florin Aftalion et Jean-Jacques Rosa (dir.), *L'économie retrouvée, Economica*, 1977.
- SETBON Michel**, « Drogue, facteur de délinquance ? D'une image à son usage » in *Revue française de science politique*, 1995, vol. 45, n° 5, p. 747-774.
- SCHWEITZER Serge**,
- « Le caractère mythique du *New Deal* : paradis artificiel et enfer des dealers » in Guillaume Bernard & Jean-Pierre Deschodt (dir.), *Mythes et Polémiques de l'Histoire volume 2*, Studyrama, 2009, p. 274-280.
 - Notices « Keynésianisme », « Théorie des Choix Publics » in Guillaume Bernard, Jean-Pierre Deschodt & Michel Verpeaux (dir.) *Dictionnaire de politique et d'administration*, PUF, coll. *Major*, 2011.
 - « Souveraineté et droit de sécession » in *La souveraineté dans tous ses états*, CUJAS, 2011.
 - « Un chemin dissident : l'intérêt général ou l'invention d'un faux concept » in *Les métamorphoses de l'intérêt général*, Presses Universitaires de l'ICES, coll. *Colloques*, 2013.
 - « La politique instrument des intérêts particuliers » in Jean-Yves Naudet (dir.), *Éthique et Politique, Actes du colloque des 20-21 juin 2014*, PUAM, 2014, p. 257-296.
 - « Hommage à Christian Atias » in *Contrepoints*, 7 mars 2015 <<https://www.contrepoints.org/2015/03/07/200293-serge-schweitzer-hommage-a-christian-atias>>
 - avec **FLOURY Loïc**, « Keynes-Piketty : Des continuités, une divergence » in *Contrepoints*, 14 septembre 2014.

SUSSET Emmanuel, « Les enjeux de l'Analyse Économique du Droit » in *L'Économie du droit dans les pays de droit civil : quelle place pour l'économie dans la construction des règles juridiques ?* Colloque du CREDES, Université de Nancy II, 28-29 juin 2000.

TEULON Frédéric, « Gary Becker et l'approche économique du comportement humain », *IPAG Business School*, Working Paper, n° 521, 2014.

THEILLIER Damien, « Contre l'éducation nationale. Frédéric Bastiat critique du baccalauréat » in *Laissons-Faire* n° 1, juin 2013, p. 45-49.

THÉRET Bruno, « Institutions et Institutionnalismes. Vers une convergence des conceptions de l'institution ? », in Michèle Tallard, Bruno Théret & Didier Uri (dir.), *Innovations institutionnelles et territoires*, L'Harmattan, 2000, p. 25-68.

THORIS Gerard, « Déséquilibres et politiques économiques et sociales en économie ouverte » in Alain Beitone, Yves-Jean Beloeil-Benoist, Jean-Pierre Noreck, Patrick Pasquier, Gerard Thoris & Michel Voisin, *Analyse économique et historique des sociétés contemporaines*, Armand Colin, Tome II.

VAN-LEMESLE (LE) Lucette, « L'économie politique à la conquête d'une légitimité, 1896-1937 » in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1983, vol. 47, n°47-48, p. 113-117.

VECCHIO (DEL) Giorgio,

- « Remarques sur les rapports entre le droit et l'économie » in *Revue d'Économie Politique* janvier-février 1955, p. 7-12 .

- « Droit et Économie » in *Revue d'Économie Politique* septembre/octobre 1935.

VILLEY Daniel,

- « Doctrines et Science Économique » in *Mélanges René Gonnard*, LGDJ, 1945.

- « Commentaire d'une controverse » in *Revue d'Économie Politique*, janvier/février 1955, p.13-25.

- « Marché et Plan » in *Revue d'Économie Politique*, Sirey, 1964.

- « Jacques Rueff, un libéral moderne » in Emil-Maria Claassen (dir.), *Les fondements philosophiques des systèmes économiques, textes et essais en l'honneur de Jacques Rueff*, Payot, 1967.

VROEY (DE) Michel, « La mathématisation de la théorie économique. Le point de vue de l'histoire des théories économiques » in *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2002, vol. 41, n° 4, p. 9-20.

WAGENAAR Lodewijk, « Les mécanismes de la prospérité » in Henry Méchoulan (dir.), *Amsterdam, XVII^e siècle : Marchands et philosophes : Les Bénéfices de la tolérance*, Autrement, 1993.

WEISBURD David, GREEN Lorraine & DEBRA Ross, « Analyse spatiale des crimes commis sur la rue à l'intérieur des marchés de drogues » in *Criminologie*, 1994, vol. 27, n° 1, p. 49-67.

ARTICLES EN ANGLAIS

ACEMOGLU Daron, JOHNSON Simon & ROBINSON James, « Institutions as the Fundamental Cause of Long Run Growth », in Philippe Aghion & Steve Durlauf (dir.), *Handbook of Economic Growth*, North-Holland, 2002, p. 386-472.

ATKINSON Anthony & MICKLEWRIGHT John, « Unemployment Compensation and Labor Market Transitions : A Critical Review » in *Journal of Economic Literature*, 1991, vol. 29, n° 4, p. 1679-1727.

AURIOL Emmanuelle & GARY-BOBO Robert, « On the Optimal Number of Representatives » in *Public Choice*, 2012, vol. 153, p. 419-445.

BARRY Norman, « The Tradition of Spontaneous Order » in *Literature of Liberty*, 1982, vol. 5, n° 2, p. 7-58.

BECKER Gary,

- « Investment in Human Capital : A Theoretical Analysis » in *Journal of Political Economy*, 1962, vol. 70, n° 5, p. 9-49 .

- « Crime and punishment : an economic approach » in *Journal of Political Economy*, 1968, vol. 76, n° 2, p. 169-217.

- « A Theory of Marriage » in *Journal of Political Economy* 1973, vol. 81, n° 4, p. 813-846.

- « Habits, Addictions, and Traditions » in *Kyklos*, 1992, vol. 45, n° 3, p. 327-345.

- « Nobel Lecture : The Economic Way at Looking at Behavior » in *Journal of Political Economy*, 1993, vol. 101, n° 3, p. 385-409.

- **avec MURPHY Kevin**, « A Theory of Rational Addiction » in *Journal of Political Economy*, 1988, vol. 96, n° 4, p. 675-700.

BENSON Bruce, « Justice Without Government : The Merchant Courts of Medieval Europe and their Modern Counterparts » in David Beito, Peter Gordon & Alexander Tabarrok (dir.), *The Voluntary City : Choice, Community, and Civil Society*, University of Michigan Press, 2002.

BERNSTEIN Lisa, « Opting Out the Legal System : Extralegal contractual relations in the Diamond Industry » in *Journal of Legal Studies*, 1992, vol. 21, n° 1, p. 115-157.

BLAKE David & FINLAW Jack, « Marijuana Legalization in Colorado : Learned Lessons » in *Harvard Law & Policy Review*, 2014, vol. 8-2 p. 359-380.

BRODBECK May, « Methodological individualism : Definition and reduction » in *Philosophy of Science* 1958, vol. 25, n° 1, p. 1-22.

BROWN Charles, GILROY Curtis & KOHEN Andrew, « The Effect of The Minimum Wage on Employment and Unemployment » in *Journal of Economic Literature*, 1982, vol. 20, n° 2, p. 487-528.

CAHUC Pierre & MICHEL Philippe, « Minimum wage unemployment and growth » in *European Economic Review*, 1996, vol. 40, n°7, p. 1463-1482.

CALABRESI Guido, « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts » in *Yale Law Journal*, 1961, vol 70, n° 4, p. 499-553.

CARRITHERS David, « Montesquieu's Philosophy of Punishment » in *History of Political Thought*, 1998, vol 19, n° 2, p. 213-240.

CATERINA Raffaele, « Comparative Law and Economics » in Jan Smits (dir.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2006, p. 161-171.

COASE Ronald,

- « The nature of the firm » in *Economica*, 1937, vol. 4, p. 386-405.

- « The Marginal Cost Controversy » in *Economica*, 1946, vol. 13, p. 169-182.

- « The Problem of Social Cost » in *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, n° 1, p. 1-44.

- « The New Institutional Economics » in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1984, vol. 140, p. 229-231.

DEMSETZ Harold,

- « The Exchange and Enforcement of Property Rights » in *Journal of Law and Economics*, 1964, vol. 7, p. 11-26.

- « Toward a Theory of Property Rights » in *American Economic Review*, 1967, vol. 62, p. 347-359.

DILULIO John, « Help Wanted : Economists, Crime, and Public Policy » in *The Journal of Economic Perspectives*, 1996, vol.10, n° 1, p. 3-24.

DIRECTOR Aaron & BORK Robert,

- « Vertical Integration and the Sherman Act : The Legal History of an Economic Misconception » in *University of Chicago Law Review*, 1954, vol 22-1, p. 157-201.
- « The Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act » in *Journal of Law and Economics* 1966, vol. 9, p. 7-48.

DJANKOV Simeon, GLAESER Edward, LA PORTA Rafael, LOPEZ-DE-SILANES Florencio & SHLEIFER Andrei, « The New Comparative Economics » in *Journal of Comparative Economics*, 2003, vol. 31, n° 4, p. 595-619.

DONOHUE John & LEVITT Steven, « The Impact of Legalized Abortion on Crime » in *Quarterly Journal of Economics*, 2000, vol.116, n° 2, pp 379-420.

DRUCKERT Ernest, « Drug Prohibition and Public Health : It's a Crime » in *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 1995, vol. 28, n° 1, p. 67-73.

EHRlich Isaac,

- « The Deterrent Effect of Capital Punishment : A Question of Life and Death » in *American Economic Review*, 1975, vol. 65, n° 3, p. 397-417 .
- « Crime, Punishment, and the Market for Offenses » in *The Journal of Economic Perspectives*, 1996, vol. 10, n° 1, p. 43-6.
- avec SAITO Tetsuya, « Taxing Guns vs. Taxing Crime : An Application of the "Market for Offenses Model" » in *Journal of Policy Modeling*, 2010, vol. 32, n° 5, p. 670-89.

EIDE Erling, RUBIN Paul & SHEPHERD Joanna, « Economics of Crime », in *Foundations and trends in Microeconomics*, 2006, vol. 2, n° 3, p. 205-279.

FAMA Eugene & JENSEN Michael,

- « Separation of Ownership and Control » in *Journal of Law and Economics* 1983, vol. 26, p. 301-326.
- « Agency Problems and Residual Claims » in *Journal of Law and Economics* 1983, vol. 26, p. 327-350.
- « Organizational Forms and Investment Decisions », *Journal of Financial Economics* 1985, vol. 14, p. 101-119.

FARIA Hugo & MONTESINOS Hugo, « Does economic freedom cause prosperity? An IV approach » in *Public Choice*, 2009, vol. 141, n° 1-2, p. 103-127

FARR Kathryn, « Revitalizing the Drug Decriminalization Debate » in *Crime & Delinquency*, 1990, vol. 36, n° 2, p. 223-237.

FLETCHER George, « A Transaction Theory of Crime ? » in *Columbia Law Review*, 1985, vol. 85, p. 921-30.

FOOTE Christopher & GOETZ Christopher, « The Impact of Legalized Abortion on Crime : Comment » in *Quarterly Journal of Economics*, 2008, vol. 123, n° 1, p. 407-423.

FOX Glenn, « The Real Coase Theorems » in *The Cato Journal*, 2007, vol. 27, n° 3, p. 373-396.

FUENTES Joseph, « Drug Supply and Demand : The Dynamics of the American Drug Market and Some Aspects of Colombian and Mexican Drug Trafficking » in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 1999, vol. 15 n° 4, p. 328-351.

FURUBOTN Eirik,

- « Property Rights and the Behavior of the Firm in a Socialist State : the example of Yugoslavia » in *Zeitschrift für Nationalökonomie*, 1970, vol. 30, p. 431-454.
- « The New Institutional Economics and the Theory of the f-Firm » in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2001, vol. 45, n° 2, p. 133-153.

GAROUPA Nuno & GINSBURG Tom, « The Comparative Law and Economics of Judicial Councils » in *Berkeley Journal of International Law*, 2009, vol. 27, n° 1, p. 54-83.

GREIF Avner,

- « Reputation and Coalitions in Medieval Trade : Evidence on the Maghribi traders » in *Journal of Economic History*, 1989, vol. 49, n° 4, p. 857-882.
- « Institutions and International trade : Lessons from the Commercial Revolution » in *American Economic Review*, 1992, vol. 82, n° 2, p. 128-133 .
- « Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade : The Maghribi traders' coalition » in *American Economic Review*, 1993, vol. 83, n° 3, p. 525-548 .
- avec **MILGROM Paul & WEINGAST Barry**, « Coordination, Commitment, and Enforcement : The Case of the Merchant Guild » in *Journal of Political Economy*, 1994, vol. 102, p. 745-776.

GROSSMAN Sanford & HART Oliver, « An Analysis of the Principal-Agent Problem » in *Econometrica*, 1983, vol. 51, n° 1, p. 7-45.

GWARTNEY James, **HALL Joshua** & **LAWSON Robert**, *Economic Freedom of the World : 2013 Annual Report*, Fraser Institute, 2013.

HAAN (DE) Jakob & **STURM Jan-Egbert**, « On the relationship between economic freedom and economic growth » in *European Journal of Political Economy*, 2000, vol. 16, n° 2, p. 215-241.

HANN Robert, « Crime and the Cost of Crime : An Economic Approach » in *Journal of Research in Crime and Delinquency* 1972, vol. 9, n° 1, p. 12-30.

HARDIN Garrett, « The Tragedy of the Commons » in *Science* 1968, vol. 162, n° 3859, p. 1243-1248.

HASHIMOTO Masanori, « Minimum Wage Effects on Training on the Job » in *The American Economic Review* 1982, vol. 72, n° 5, p. 1070-1087.

HAYEK Friedrich, « The Use of Knowledge in Society » in *The American Economic Review* 1945, vol. 35, n° 4, p. 519-530.

HODGSON Geoffrey, « The Return of Institutional Economics » in Neil Smelser & Richard Swedber (dir.), *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton University Press, 1994, p. 58-76.

HOOGE Marc, **VANHOUTTE Bram**, **HARDYNS Wim** & **BIRCAN Tuba**, « Unemployment, Inequality, Poverty and Crime : spatial Distribution Patterns of Criminal Acts in Belgium » in *The British Journal of Criminology* 2001, vol. 51, n° 1, p. 1-20.

HURWICZ Leonid, « What is the Coase Theorem? » in *Japan and the World Economy* 1995, vol. 7, n° 1, p. 49-74 .

HUTCHISON Terence, « The Significance and Basic Postulates of Economic Theory : A Reply to Professor Knight » in *Journal of Political Economy* 1941, vol. 49, n° 5, p. 732-750.

JENSEN Michael & **MECKLING William**, « Theory of The Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure » in *Journal of Financial Economics* 1976, vol. 3, p. 305-360.

JUNG Chulho, **KRUTILLA Kerry**, **VISCUSI Kip** & **BOYD Roy**, « The Coase Theorem in rent-seeking society » in *International Review of Law and Economics* 1995, vol. 15, n° 3, p. 259-268.

KLECK Gary & **KOVANDZIC Tomislav**, « City-Level Characteristics and Individual Handgun Ownership : Effects of Collective Security and Homicide » in *Journal of Contemporary Criminal Justice* 2009, vol. 25, p. 45-66.

- KLEBORICK Alvin**, « On the Economic Theory of Crime » in Roland Pennock & John Chapman (dir.), *Criminal Justice*, New York University Press, 1985, p. 289-344.
- KORNHAUSER Lewis**, « Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions » in Martin Golding & William Edmundson (dir.), *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, 2004.
- KOVANDZIC Tomislav & VIERAITIS Lynne**,
- « The Effect of County-Level Prison Population Growth on Crime Rates » in *Criminology and Public Policy*, 2006, vol. 2, p. 213-244.
 - « The Criminogenic Effects of Imprisonment : Evidence from State Panel Data 1974-2002 » in *Criminology and Public Policy*, 2007, vol. 6, p. 589-622.
 - avec **BOOTS Denise**, « Does the Death Penalty Save Lives ? New Evidence from State Panel Data, 1977 to 2006 » in *Criminology and Public Policy*, 2009, vol. 8, p. 801-841.
- LEE Daniel & HOLOVIAK Stephen**, « Unemployment and Crime : An Empirical Investigation » in *Applied Economics Letters*, Taylor & Francis Journals, 2006, vol. 13, n° 12, pp 805-810.
- LEVITT Steven & MILES Thomas**, « Economic Contributions to the Understanding of Crime » in *Annual Review of Law and Social Science*, 2006, vol. 2, p. 147-164.
- LEIBENSTEIN Harvey**,
- « Allocative Efficiency vs. «X-Efficiency» » in *The American Economic Review* 1966, vol. 56, n° 3, p. 392-415.
 - « The General X-Efficiency Paradigm and the Role of the Entrepreneur » in Mario Rizzo (dir.), *Time, Uncertainty, and Disequilibrium*, Lexington, 1979, p. 127-139.
 - « The Prisoners's Dilemma in the Invisible Hand : An Analysis of Intrafirm Productivity » in *American Economic Review*, 1982, vol. 72, n° 2, p. 92-97.
 - « Property Rights and X-Efficiency : Comment » in *American Economic Review*, 1983, vol. 83, p. 831-842.
- LUDWIG Jens, DUNCAN Greg & HIRSCHFIELD Paul**, « Urban poverty and juvenile crime : evidence from a randomized housing-mobility experiment » in *The Quarterly Journal of Economic*, 2001, vol 116, n° 2, p. 655-679 .
- MACHIN Stephen & OLIVIER Marie**, « Crime and police ressources : the street initiative » in *Journal of European Economic Association*, 2011, vol. 9, n° 4, p. 678-701.
- MATTEI Ugo**, « The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts » in *The American Journal of Comparative Law*, 1995, vol. 43, n° 3, p. 427-444 .
- MADRAZO LAJOUS Alejandro**, « The Constitutional Costs of the 'War on Drugs' » in *London School of Economics, Ending the Drug Wars : report of the LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy*, mai 2014.
- MCCLOSKEY Deirdre**, « The So-called Coase Theorem » in *Eastern Economic Journal*, 1998, vol. 24, n° 3, p. 367-371.
- MEDEMA Steven, MERCURO Nicholas & SAMUELS Warren**, « Institutional Law and Economics » in Baudouin Bouckaert & Gerrit De Geest (dir.), *The Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2000, p. 418-455.
- MEHLUM Halvor, MIGUEL Edward & TORVIK Ragnar**, « Poverty and crime in 19th century Germany », in *Journal of Urban Economics*, 2006, vol. 59, n° 3, p. 370-388 .
- MICHAELS Ralf**, « The second wave of comparative Law and Economics ? » in *University of Toronto Law Journal*, 2009, vol. 59, n° 2, p.197-213.

- MUMEY G. A.**, « The Coase Theorem : A Reexamination » in *The Quarterly Journal of Economics* 1971, vol. 85, n° 4, p. 718-723.
- NADELMANN Ethan**, « Drug prohibition in the United States : costs, consequences, and alternatives » in *Science*, 1989, vol. 245, n° 4921, p. 939-947.
- NEUMARK David & WASCHER William**, « Minimum Wages and Employment : A Review of Evidence from the New Minimum Wage Research », National Bureau of Economic Research, Working Paper, n° 12663, novembre 2006.
- NICKELL Stephen**, « Unemployment and Labor Market Rigidities : Europe versus North America » in *The Journal of Economic Perspectives*, 1997, vol. 11, n° 3, p. 55-74.
- NORDHAUS William**, « The political Business Cycle » in *The Review of Economic Studies*, 1975, vol. 42, n° 2, p. 169-190.
- NORTH Douglass**,
- « Institutions and Economic Growth : an Historical Introduction » in *World Development*, 1989, vol. 17, n° 9, p. 1319-1332.
 - avec **WEINGAST Barry & MILGROM Paul**, « The Role of Institutions in the Revival of Trade : The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs » in *Economics and Politics*, 1990, vol. 2, n° 1, pp 1-23.
- OGUS Anthony**, « Competition Between National Legal Systems : A Contribution of Economic Analysis To Comparative Law » in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, vol. 48, n° 2, p. 405-418 .
- PARISI Francesco**, « Coase Theorem and Transaction Cost Economics in the Law » in Jürgen Backhaus (dir.), *The Elgard Companion to Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2nd édition, 2005, p.7-39.
- PARKIN Michael**, « The Economics of Crime » in *Economic Times* 1995, vol. 4, n° 1, p. 2-48 .
- PEJOVICH Steve**, « The Firm, Monetary Policy and Property Rights in a Planned economy » in *Western Economic Journal*, 1969, vol. 42, p. 277-281.
- PHILLIPS William**, « The Relation between Unemployment and the Rate of Change of Money Wage Rates in the United Kingdom, 1861-1957 » in *Economica* 1958, vol. 25, n° 100, p. 283-299.
- POSNER Richard**, « The New Institutional Economics Meets Law and Economics » in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 1993, vol. 149, p. 73-87.
- REBITZER James & TAYLOR Lowell**, « The consequences of minimum wage laws Some new theoretical ideas » in *Journal of Public Economics*, 1995, vol. 56, n° 2, p. 245-255.
- ROCKWELL Llewellyn Jr**, « Free Market Economists : 400 Years Ago : Tracing the True Origins of Pro-Market Thinking » in *The Freeman*, 1995, vol. 45, n° 9, p. 44-47.
- ROLL Richard & TALBOTT John**, « Political Freedom, Economic Liberty, and Prosperity » in *Journal of Democracy*, 2003, vol. 14, n° 3, p. 75-89
- SAPPINGTON David**, « Incentives in Principal-Agent Relationships » in *The Journal of Economic Perspectives*, 1991, vol. 5, n° 2, p. 45-66.
- SCHEINGOLD Stuart**, « Politics, Public Policy, and Street Crime » in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1995, vol. 539, p. 155-168.
- SCHMID Allan**, « Institutional Law and Economics » in *European Journal of Law and Economics*, 1994, vol. 1, n° 1, p. 33-51.
- SCHULTZ Theodore**,
- « Investment in Man : An Economist's View » in *Social Service Review*, 1959, vol. 33, n° 2, p. 109-117.

- « Capital Formation by Education » in *Journal of Political Economy*, 1960, vol. 68, n° 6, p. 571-583.
- « Investment in Human Capital » in *The American Economic Review*, 1961, vol. 51, n° 1, p. 1-17.
- « Reflections on Investment in Man » in *Journal of Political Economy*, 1962, vol. 70, n° 5, p. 1-8.
- « Investment in Human Capital : The Role of Education and of Research » in *The Accounting Review*, 1971, vol. 46, n° 4, p. 829-831.
- SCHWEIZER Urs**, « Externalities and the Coase Theorem : Hypothesis or Result ? » in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1998, vol. 144, n° 2, p. 245-266.
- SHORT James & BURSIK Robert**, « Poverty, Ethnicity, and Violent Crime » in *American Journal of Sociology*, 1998, vol. 104, n° 3, p. 906-907.
- STARCK Boris**, « Foundation of Delictual Liability in Contemporary French Law : An Evaluation and a Proposal » in *Tulane Law Review*, 1973, vol. 48, n° 4, p. 1043-1046.
- STEWART Mark**, « The employment effects of the national minimum wage » in *The Economic Journal*, 2004, vol. 114, n° 494, p. 110-116.
- STIGLER George**, « The Economics of Minimum Wage Legislation » in *The American Economic Review*, 1946, vol. 36, n° 3, p. 358-365.
- SUNSTEIN Cass**,
 - « Behavioral Analysis of Law » in *The University of Chicago Law Review*, 1997, vol. 64, n° 4, p. 1175-1195.
 - avec **JOLLS Christine & THALER Richard**, « A Behavioral Approach to Law and Economics » in *Stanford Law Review*, 1998, vol. 50, p. 1473-1548.
- TIEBOUT Charles**, « A Pure Theory of Local Expenditures » in *The Journal of Political Economy*, 1956, vol. 64, n° 5, p. 416-424.
- TULLOCK Gordon**, « An Economic Approach to Crime » in *Social Science Quarterly*, 1969, n° 50, p. 59-71.
- TUNC André**, « A Little-Noticed Theory in the Law of Tort : Boris Starck's Theory of Guaranty » in *University of Pennsylvania Law Review*, 1973, vol. 121, n° 3, p. 618-625.
- ULEN Thomas**, « The Growing Pains of Behavioral Law and Economics » in *Vanderbilt Law Review*, 1998, vol. 51, p. 1747-1763.
- VELJANOVSKI Cento**, « The Coase Theorems and the Economic Theory of Markets and Law » in *Kyklos*, 1982, vol. 35, n° 1, p. 53-74 .
- VROMEN Jack**, « The booming economics-made-fun genre : more than having fun, but less than economics imperialism » in *Erasmus Journal for Philosophy and Economics*, 2009, vol 2, n° 1, p. 70-99.
- WARREN Samuels**, « The Coase Theorem and the Study of Law and Economics » in *Natural Resources Journal*, 1974, vol.14, n° 1, p. 1-33.
- WEINGAST Barry**,
 - « The Economic Role of Political Institutions : Federalism, Markets, and Economic Development » in *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1995, vol 11, n° 1, p. 1-31.
 - « The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law » in *American Political Science Review*, 1997, vol. 91, p. 245-263.
 - « Why Developing Countries Prove So Resistant to the Rule of Law » in Robert Nelson, James Heckman & Lee Cabatingan (dir.), *Global Perspectives on the Rule of Law*, Routledge, 2010, p. 28-52.

WELCH Finis, « Minimum wage legislation in the United States » in *Economic Inquiry*, 1974, vol. 12, n° 3, p. 185-318.

WILES Peter, « Ideology, methodology and neo-classical economics » in *Journal of Post-Keynesians Economics*, 1980, vol. 2, p. 155-180.

WILLIAMSON Oliver,

- « Transaction Cost Economics : the Governance of contractual relations » in *Journal of Law and Economics*, 1979, vol 22, n° 2, p. 233-261.
- « The New institutional Economics : Taking Stock, Looking Ahead » in *Journal of Economic Literature*, 2000, vol. 38, n° 3, p. 595-613.

WORRALL John & KOVANDZIC Tomislav, « Police Levels and Crime Rates : A Complete Instrumental Variables Approach » in *Social Science Research* 2010, vol. 39, n° 3, p. 506-516.

ZYWICKI Todd, « The Rule of Law, Freedom, and Prosperity » in *Supreme Court Economic Review*, 2003, vol. 10, p. 1-26.

INDEX RERUM

Aléa moral 163-164

Analyse Économique du Droit,

-*ancienne et nouvelle* 123-127

-*définition* 111, 134

-*écoles* 128-130

-*critère d'efficience* 133

-*(non)instrumentale* 131-133

-*intérêt pour les juristes français* 141-142

-*normative* 130

-*origines* 113-114, 119-120

-*positive* 131

-*raisons du rejet français* 47, 138-141

-*réception* 47-53, 135-141

-*représentation (panoptique)* 199

Analyse économique de la production du droit 54-70

A-priorisme 80-88

Capital humain 165

Chômage (causes),

-*assurance chômage* 167-168

-*coût du travail (fiscalité)* 171-173

-*difficultés à licencier* 169-171

-*salaire minimum* 173-175

Contrat,

-*définition* 187-192

-*finalité économique* 192-195

Coût de transaction 181 (note)

Création du droit par l'État 60-65

Criminalité,

-*causes* 155

-*dissuasion* 149-152

-*niveau optimal* 153-154

Crise économique 35

Diplôme (signal discriminant) 165-166

Droit social,

-*histoire* 159-162

-*influence sur le marché du travail* 166

Doctorat et agrégation d'économie 30-33, 37

Droit spontané 65-69

Échange,

-*inégal* 104

-*libre* 105-106

École,

-*Autrichienne* 130, 133-134

-*de Chicago* 132 (note)

-*Néo-classique* 128, 130, 150 (notes)

Économie,

-*controverses* 201

-*comportementale* 128 (note)

-*état des lieux paradigmatique* 200

-*liens avec le droit* 45-47

-*méthodologie* 75-88

-*représentation* 198

Économistes libéraux français

(XIX^e siècle) 27-29

Empirisme juridique 80-88

Histoire de la Pensée Économique 128 (note)

Holisme 99-102

Impérialisme de l'économie

(révolution Beckerienne) 121-122

Individualisme méthodologique 92-96

Information,

-*asymétrie* 104-163

-*rôle économique* 162-163

Institutions 115-119

Institutionnalisme 128 (note)

Juristes et économistes,

-*divergences* 36-40, 44-45, 72, 76-79, 95-98,

121-123, 154-158, 190-192, 195

-*convergences* 103-106, 117-120, 123-124, 141-142

Loi pénale

-*justification* 152-153

-*effets pervers (marché noir)* 156-158

Libéralisme,

-*définition* 139 (note)

-*liens avec l'AED* 131-133

Mission du droit 54-60, 152-153, 192-195

Modèle Principal-Agent 163-164

**Naissance de l'Économie dans les
Facultés de Droit** 27-28 (note)

Occultation de l'économie 26-27

Rationalité pénale,

-*origines* 15-147

-*renouveau Beckérien* 148-151

Règne du droit (*Rule of Law*) 117 (note)

Régulation/réglementation 159 (note)

Responsabilité civile délictuelle,

-*définition* 177-178

-*minimisation du coût social* 183-186

-*prévention* 185-186

Synthèse Posnerienne 126

Théorème de Coase 179-182

Théorie,

-*du crime* 147-149

-*du capital humain* 165-166

-*de l'imprévision* 95-97

Vision du juge 64,127

INDEX NOMINUM

AFTALION Albert 38
AFTALION Florin 26, 35, 67, 104, 154
ABECASSIS Céline 181
ACEMOGLU Daron 115
AGHION Philippe 115
ALIOUAT Boualem 126
ALLAIS Maurice 29, 35, 36, 39, 40, 113
ALTHUSSER Louis 80
AMIN Samir 104
ANCELOT Lydie 154
ANTOINE Michel 64
ANTONMATTEI Paul-Henri 164, 195
AQUIN (d') Thomas (Saint), 25
ARES M'Hand 132, 188
ARISTOTE 25, 104, 114
ARON Raymond 47, 139
ARSAC-RIBEYROLLES Audrey 191
ARTUS Patrick 142
ATTALI Jessica 170
ATIAS Christian 53, 75, 109, 138, 195
ATKINSON Anthony 168
AURIOL Emmanuelle 70
AUSTRUY Jacques 41
AYNES Laurent 95
AYRES Clarence 126

BABEAU André 41
BABLED Henri 49
BARGAIN Gwenola 135, 159
BARNIER (de) Virginie 44
BARONE Enrico 162
BARRE Raymond 47, 94
BARRÈRE Alain 42, 128
BARRO Robert 115, 147,
BASTIAT Frédéric 27
BAUDELLOT Christian 165
BAZARD Saint-Amand 160
BAZEN Stephen 174
BAZZOLI Laure 128
BEAUD Olivier 137
BECCARIA Cesare 10, 143, 145, 146, 150
BECKER Gary, 121, 122, 125, 132, 145,
154, 155, 158, 165, 167, 193

BEHR Edward 157
BEITO David 119, 194
BEITONE Alain 167
BELOEIL-BENOIST Yves-Jean 167
BÉNARD Jean 41
BENETTI Carlo 138
BENTATA Pierre 114
BENTHAM Jérémy 35, 114, 127, 132, 133, 145
BERGEL Jean-Louis 75
BERGERON Henri 57
BERLE Adolf 128
BERNARD Guillaume 35, 118, 159
BERTRAND Elodie 179
BHAGWATI Jagdish 169
BIACABE Pierre 41
BIENAYMÉ Alain 41
BILGER François 41
BIRCAN Tuba 155
BLACHÈRE Philippe 152
BLACKSTONE William 114
BLAKE David 158
BLAUG Mark 76, 78, 79, 80, 85, 88, 128
BLOCK Walter 140, 146
BOCCARA Steve 135
BOLAND Lawrence 79
BOLLÉE Sylvain 193
BONALD (de) Louis 101
BONAPARTE Napoléon 26, 27, 118
BONFILS Philippe 92, 145, 148, 158
BONVOISIN Valérie 149
BOOTS Denise 156
BORK Robert 126
BOUCKAERT Boudewijn 114, 122, 129
BOUDON Raymond 25, 92, 93, 99, 103
BOURCIER DE CARBON Luc 128
BOURGEOIS Léon 38
BOYD Roy 179
BOZIO Antoine 141
BRAUDEL Fernand 187
BRECHON-MOULÈNES Christine 189
BRENNAN Geoffrey 68, 125
BRETON Yves 27, 32
BRODBECK May 94

BROUSSEAU Eric 132, 181, 187, 188-191
BROWN Charles 174
BRUN Philippe 177
BUCHANAN James 68, 69, 86, 125, 132, 180
BURSIK Robert 155

CAHUC Pierre 161, 164, 172, 174
CAIRE Guy 41
CAIRNES John 79, 81, 82
CALABRESI Guido 126, 178, 183, 184, 186
CALDWELL Bruce 79
CAMESASCA Peter 129
CAPITANT Henri 122, 137, 191
CAPPELLETTI Mauro 152
CARBONNIER Jean 135, 136, 147, 162
CARD David Edward 174
CARÉ Sébastien 118, 146
CARLEN Pat 155
CARON Armelle 179
CARRITHERS David 145
CARVAL Suzanne 177
CASANOVA Jean-Claude 47
CASSEL Gustav 38
CASTALDO André 177
CEDRAS Jacques 41
CENTI Jean-Pierre 68, 125, 130, 133, 201
CHAIANEAU André 41
CHALMIN Philippe 116
CHAPPE Nathalie 135
CHAPUT Yves 113
CHARLE Christophe 27
CHARLIER Robert 160
CHARVET-PROTAT Suzanne 135
CHEROT Jean-Yves 123, 124
CHEVALIER Michel 27, 106
CIMAMONTI Sylvie 92, 145, 148, 158
COASE Ronald 121, 125-128, 132, 178-182,
COLLET Martin 152
COMMONS John Rogers 128
COMTE Auguste 99-101
CONSTANT Benjamin 139
COOK Philip 155
COOTER Robert 8, 195
COQUELIN Charles 27
CORDATO Roy 179
CORLAY Rémy 191
CORNU Gérard 117, 118, 134

COTTA Alain 41
COULANGE Pierre 60
COURNOT Augustin 29
COUSINEAU Jean-Michel 173

DANIEL Christine 168
DEBREU Gérard 113
DEBUYST Christian 145, 148, 158
DEFFAINS Bruno 119, 127-129, 135, 142,
 148, 156, 169, 183, 192
DEMONTÈS Émile 191
DEMSETZ Harold 126
DENQUIN Jean-Marie 138, 139
DEPOORTER Ben 111
DERYCKE Pierre-Henri 41
DESCAMPS Olivier 177
DESCHAMPS Marc 139
DESCHODT Jean-Pierre 35, 118, 159
DESTAIS Christophe 179
DIGNEFFE Françoise 145, 148, 158
DILULIO John 154
DIRECTOR Aaron 126
DIVISIA François 40
DJANKOV Simeon 129
DONOHUE John 155
DORAT-DUBAN Myriam 135, 154
DORMONT Brigitte 168, 172
DOSTALER Gilles 134
DOWNS Anthony 125
DRAGO Guillaume 152
DRECHSLER Wolfgang 179
DRUCKERT Ernest 157
DUBNER Stephen 122, 148
DUFF (LE) Robert 41
DUFLO Esther 117
DUNCAN Greg 155
DUPONT DE NEMOURS Pierre Samuel 26
DUPUY Jules 29
DURKHEIM Émile 92, 99, 159
DUXBURY Neil 123
DYLAN Bob 38

EDMUNDSON William 125
EHRlich Isaac 154, 156
EIDE Erling 154
EINAUDI Luidgi 44, 45
ELICKSON Robert 119, 194

EMMANUEL Arghiri 104
ENCLOS Philippe 161
ENGELBERTS GERRITS Gerrit 116
ENZENSBERGER Hans Magnus 148

FACCHINI François 129, 134, 175
FAMA Eugene 163
FARIA Hugo 117
FARR Kathryn 158
FAURE Michael 135, 183-185
FAVOREU Louis 152
FENOUILLET Dominique 146, 191
FEREY Samuel 119, 125, 126, 135
FERGUSON Adam 86, 119
FERICELLI Jean 41
FERRATON Cyrille 128
FILLIEULE Renaud 118, 130
FINE Ben 122
FINLAW Jack 158
FLETCHER Georges 154
FLEURY Jean Baptiste 121
FLOURY Loïc 75, 58, 62, 115, 139, 172, 205
FLUET Claude 123
FONTAINE Laurence 117, 187
FONTAINE Philippe 122
FOOTE Christopher 155
FOUCAULT Martial 129
FOUGÈRE Denis 154, 168
FOURASTIÉ Jean 29
FOURÇANS André 174
FOX Glenn 179
FRANÇOIS Bastien 152
FRIEDMAN Milton 64, 78, 132, 147, 180
FUENTES Joseph 157
FURUBOTN Eirik 126, 129

GAINES Larry 157
GALBRAITH John Kenneth 128
GARELLO Jacques 133, 160, 192, 194, 195
GARELLO Pierre 114
GARNIER Joseph 29
GAROUPA Nuno 129
GARY-BOBO Robert 70
GASSIN Raymond 92, 145, 148, 158
GAVE Charles 175
GAXOTTE Pierre 64
GAZIER Benard 159

GEEST (de) Gerrit 122, 129
GENEVOIS Buno 152
GÉRARD VARET Louis-André 152
GERSTEIN Dean 156
GHERTMAN Michel 181
GHESTIN Jacques 178, 187-189, 191, 192, 195
GIDE André 31
GIDE Charles 28, 31, 38, 128, 137
GILROY Curtis 174
GINSBURG Tom 129
GIRAUDO Alessandro 116
GLACHANT Jean-Michel 187, 189
GLAESER Edward 129
GLAUDE Michel 165
GODEFROY Thierry 149
GOETZ Christopher 155
GOLDBERG Jessica 115
GOLDING Martin 125
GORDON Diana 157
GORDON Peter 119, 194
GOUARNÉ Isabelle 160
GOURNAY (de) Vincent 26, 68
GOUVION SAINT-CYR (de) Laurent 29
GOYARD-FABRE Simone 152
GREEN Lorraine 157
GREENWALD Gleen 158
GREIF Avner 115, 119, 193
GROSSMAN Sanford 163
GUGLIELMI Gilles 113
GUILLAUMONT Patrick 41
GUILLAUMONT Sylviane 41
GUIRONNET Jean-Pascal
GUYOT Yves 27
GWARTNEY James 117

HAAN (de) Jakob 117
HABER Stephen 115
HAHN Frank 113
HALBWACHS Maurice 99
HALL Joshua 117
HALM Georg 162
HAMERMESH Daniel 172
HANN Robert 154
HARDYNS Wim 155
HART Oliver 163
HASHIMOTO Masanori 174
HASQUIN Hervé 116

- HAURIOU** Maurice 136
HAYEK Friedrich 45, 58, 61, 64, 65, 69, 86, 94, 95, 97, 99, 100, 118, 130-134, 136, 137, 162, 163, 167, 194, 195
HEILBRONER Robert 79, 128
HÉMET Camille 154
HEUKELOM Floris 128
HICKS John 94
HIRSCHFIELD Paul 155
HIRSH Werner 111
HOANG-NGOC Liem 163, 164
HOBBS Thomas 114
HODGSON Geoffrey 128
HOLOVIAK Stephen 149
HOOGHE Marc 155
HORDERN Francis 160
HUME David 114
HURWICZ Leonid 179
HUTCHISON Terence 79

JACKMAN Richard 167
JACQUEMIN Alex 114
JAMIN Christophe 75, 139, 187
JEFFERSON Thomas 88, 118
JENNY Frédéric 154
JENSEN Michael 163
JÉRÔME Bruno 125
JÉRÔME-SPEZIARI Véronique 125
JESSUA Claude 128
JESTAZ Philippe 75
JEVONS Stanley 113
JEZE Gaston 38
JOËL Marie-Eve 135
JOHNSON Simon
JOLLS Christine
JOSSELIN Jean-Michel
JOURDAIN Patrice 177, 178
JOURDAN Alfred 29, 31, 33, 49, 136
JUDT Tony 160
JUNG Chulho 179
KANT Emmanuel 83, 118, 153
KASPI André 35
KATZ Avery 111
KESER Claudia 164
KEYNES John Maynard 35, 61, 180
KEYNES John Neville 82
KIRAT Thierry 113, 119, 120, 132, 133, 178, 184
KLAES Matthias 128

KLECK Gary 156
KLEVORICK Alvin 154
KNIGHT Frank 79, 88
KOHEN Andrew 174
KOLACINSKI David 135
KOPP Pierre 157
KORNHAUSER Lewis 125, 131, 132, 133, 139
KOUBI Geneviève 113
KOVANDZIC Tomislav 156
KRAMARZ Francis 154, 164
KRECKÉ Elisabeth 127, 133
KREMLING Janine 157
KRUTILLA Kerry 179

LAFFARGUE Bernard 149
LAFFONT Jean-Jacques 163
LAINE Mathieu 116, 117
LAITHIER Yves-Marie 193, 194
LAKATOS Imre 86
LALAM Nacer 157
LALOU Henri 177
LAMBERT Maurice 137
LANDES David 115
LANE Georges 147, 167
LANGLAIS Eric 119, 127, 128, 135, 142, 148, 156, 169, 184
LANNEAU Régis 114, 119, 138
LANSOY Dominique 62
LAROQUE Guy 168
LARRÈRE Catherine 145
LAURENT Eloi 117
LAWSON Robert 117
LAYARD Richard 167
LEE Daniel 149
LEFRANC Georges 116
LEGENDRE Pierre 135
LEHMANN Etienne 167, 168
LEIBENSTEIN Harvey 164
LELOUP Gilles 154
LEMENNICIER Bertrand 29, 146, 148
LEMIEUX Pierre 60, 101, 102
LEONI Bruno 137
LEPAGE Henri 116, 160, 167
LEROY-BAULIEU Paul 27
LEVEUR Laurent 189
LEVITT Steven 122, 148, 154-156,
LÉVY Jean-Philippe 117

- LICHÈRE** François 135
LOMASKY Loren 125
LONGUET Stéphane 118, 130
LOPEZ-DE-SILANES Florencio 129
LOTTER Françoise 181
LOUIS XV 64
LOUIS XVI 26
LUDWIG Jens 155
LUKSETICH William 154
LUTFALLA Michel 27
LYON-CAEN Gerard 161, 162
- MACHELON** Jean-Pierre 160
MACHIN Stephen 155, 156
MACKAAY Ejan 111, 120, 122, 139, 156, 173, 174, 175, 180, 189
MADRAZO Alejandro 158
MAGNOULOUX Hervé 68, 125
MINGAT Alain 80, 88
MAITRE Gregory 177, 178, 180-184, 186
MALAURIE Philippe 36, 47
MALBRANQUE Benoît 136
MALTHUS Thomas 24, 25, 115
MARCEAU Nicolas 154
MARCIANO Alain 120, 141, 142
MARCO Luc 27, 32
MARCY Gérard 50
MARROT Olivier 29
MARSHALL Alfred 113
MARTIMORT David 163
MARTIN John 174
MARTY Frédéric 139
MARX Karl 92, 99, 115, 159
MASTROBUONI Giovanni 155
MATTEI Ugo 129
MAURRAS Charles 37
MAZEAUD Henri 177
MAZEAUD Léon 177
MCCLOSKEY Deirdre 117, 179
MÉCHOULAN Henry 116, 117
MECKLING William 163
MEDEMA Steven 129, 130
MEESEMAECKER Laure 115, 139
MEHLUM Halvor 155
MEHREN (VON) Arthur 188
MEIER Kenneth 156
MELKI Mickaël 129
- MENGER** Carl 88, 94, 103, 113, 130
MERCILLON Henri 41
MERCURE Daniel 159
MERCURO Nicholas 129, 130
MERRER (LE) Pascal 42
MESTRE Jacques 191
MICELI Thomas 111
MICHAELS Ralf 129
MICHEL Philippe 174
MICKLEWRIGHT John 168
MIGUEL Edward 155
MILES Thomas 156
MILGROM Paul 119, 193, 194
MILL John Stuart 45, 78, 80, 81, 114
MILONAKIS Dimitris 122
MISES (VON) Ludwig 45, 76, 80-82, 85, 86, 88, 93, 100, 121, 162
MITCHELL Wesley 128
MITTERRAND François 38, 59
MOCKERS Pierre 140
MOÏSE 25
MOLFESSIS Nicolas 152
MOLINA (de) Luis 191
MOLINARI (de) Gustave 27
MONGRAIN Steeve 154
MONTCHRESTIEN (de) Antoine 26
MONTESINOS Hugo 117
MONTESQUIEU (de) Charles 69, 105, 115, 139, 145,
MONTI François 157
MOORE Mark Harrison 156
MOUGEOT Christelle 134
MUELLER Dennis 129, 175
MUIR-WATT Horatia 135
MUMEY G.A. 179
MYRDAL Gunnar 128
NADELMANN Ethan 157
NAUDET Jean-Yves 27-29, 33, 49, 51, 60, 181
NEME Colette 41, 128
NEUMARK David 174
NICKELL Stephen 167, 172
NICOLAI André 41
NOGARO Bertrand 38
NORDHAUS William 125
NORECK Jean-Pierre 167
NORTH Douglass 115, 116, 119, 172, 194
NOZICK Robert 101

- OGILVIE** Sheilagh 115
OGUS Anthony 129
OKRENT Daniel 157
OLIVIER Marie 155, 156
OLSON Mancur 55, 91
OPPETIT Bruno 8, 141
OSMAN Filali 119
OUM Florence 169
- PARETO** Vilfredo 45
PARISI Francesco 179
PARKIN Michael 154
PARTHESIUS Robert 116
PASQUIER Patrick 167
PEAUCELL Jean-Louis 159
PEJOVICH Steve 126
PÉLISSIER Jean 160
PÉNA Marc 118
PÉRÈS Cécile 137, 193
PERREAU Camille 49
PERROUX François 104
PETITFILS Christian 64
PEYREFITTE Alain 117
PHILIP Loïc 152
PHILLIPS William 140
PIERSON Nicolaas 162
PIETTRE André 128
PIGOU Arthur Cecil 180, 181, 183
PIRES Alvaro 145, 148, 158
PIROU Gaëtan 27, 31, 32, 33, 36, 38, 51, 128, 137
PLATON 25, 148
POINCARÉ Raymond 31
PONS Philippe 155
PONSARD Claude 41
POPPER Karl 76, 77, 78
PORACCHIA Didier 191
PORET Sylvaine 157
PORTA (LA) Rafael 129
PORTALIS Jean-Étienne-Marie 57
POSNER Richard 16, 47, 63, 111, 125-130, 142
POTHIER Robert-Joseph 136
POTIER Jean-Pierre 122
POUGET Julien 154
POULAIN Edouard 165
PRADEL Jean 150
PRESBISSY-SCHNALL Catherine 113
- PRIETO** Ana 168
PROST Antoine 27
- QUESNAY** François 25, 26, 136
- RAGNI** Ludovic 179
RAND Ayn 87
RAYNAUD Barthélémy 49, 50
RAYNAUD Philippe 160
REBITZER James 174
REDSLOB Alain 128
RIALS Stéphane 75, 139
RICARDO David 104, 114, 115
RICHTER Rudolf 129
RIOUX Laurence 168
RIPERT Georges 137
RIST Charles 44, 128
RIZZO Mario 86, 164
ROBBINS Lionel 45, 78, 79, 80-82, 88
ROBINSON James 115
RODRIK Dani 115
ROLL Richard 117
ROMAGNOLI Umberto 159, 162
ROOSEVELT Franklin 35, 148
ROSA Jean-Jacques 104, 154
ROSS Debra 157
ROSSI Pellegrino 29
ROTHBARD Murray 35, 76, 81, 94, 136, 137
ROTTENBERG Simon 154
ROUDIL Albert 162
ROUSSEAU Jean-Jacques 67, 68, 101, 139, 157
ROUSSEAU Stéphane 156, 173, 174, 180
ROUX Dominique 147, 179
ROY Maurice 29
ROYER Guillaume 135, 136, 153, 162
RUBIN Paul 154
RUEFF Jacques 15, 29, 30, 36, 86, 167, 168
- SACHS** Tatiana 159
SAINT-BONNET François 152
SAITO Tetsuya 156
SALANIÉ Bernard 168
SALIN Pascal 76, 87, 104, 189, 190
SALLE (de) Corentin 116
SALMON Pierre 79, 80, 88
SAMUELS Warren 129, 179

- SAMUELSON** Paul 72, 88
SAPPINGTON David 163
SARTRE Jean-Paul 99
SASSIER Philippe 62
SAUVY Alfred 29, 35
SAY Jean-Baptiste 25, 27, 29, 113, 114, 118
SCHATZ Albert, 49
SCHEFOLD Bertram 138
SCHEINGOLD Stuart 157
SCHELLING Thomas 157
SCHMID Allan 129
SCHMOLLER Gustav 85
SCHULTZ Theodore 132, 147, 165
SCHWEITZER Serge 26, 35, 58, 60, 62, 66, 109, 130, 169, 170, 172, 181
SCHWEIZER Urs 179
SERVERIN Evelyne 164
SETBON Michel 157
SETBON Philippe 29
SHACKLE George Lennox Sharman 28
SHAVELL Steven 111
SHEPHERD Joanna 154
SHLEIFER Andrei 129
SHORT James 155
SHRANS Guy 114
SIMONNOT Philippe 114, 123, 145
SMITH Adam 26, 29, 61, 76, 113, 115, 118, 121, 124, 134, 148, 154
SMITH Vernon 132, 157, 180
SMITS Jan 129
SORMAN Guy 115
SOTO (de) Hernando 117
SOUTER Ralph William 122
SPOONER Lysander 146
SPURK Jan 159
STARCK Boris 183
STEWART Mark 174
STIGLER George 121, 132, 173, 179, 180
STOFFAËS Christian 160
STOFFEL-MUNCK Philippe 95
STURM Jan-Egbert 117
SUNSTEIN Cass 129
SUSSET Emmanuel 137
TABARROK Alexander 119
TALBOTT John 117
TAYLOR Lowell 174
TEICHMAN Doron 129
TEULON Frédéric 147
THALAMAS André 37
THALER Richard 129
THÉRET Bruno 129
THIBIERGE Louis 95
THORIS Gerard 167
THORNTON Mark 156
TIEBOUT Charles 125
TOCQUEVILLE (de) Alexis 92, 139, 159
TORVIK Ragnar 155
TRICHEREAU Romain 26
TROPER Michel 75
TROSNE (LE) Guillaume-François 136, 137
TRUDEL Gérard 191
TUBARO Paola 136
TULLOCK Gordon 68, 125, 154
TUNC André 117, 183
TURGOT Anne-Marie Jacques 25, 26, 139
TURPIN Dominique 159

ULEN Thomas 8, 129, 195

VALENTIN Vincent 120, 129, 131, 162, 181
VAN DEN BERGH Roger 129
VAN-LEMESLE (LE) Lucette 27, 28
VANHOUTTE Bram 155
VEBLER Thorstein 128
VECCHIO (DEL) Giorgio 44
VELJANOVSKI Cento 114, 179
VERPEAUX Michel 35, 118
VIDAL Laurent 113
VIERAITIS Lynne 156
VILLAIN Adeline 191
VILLEMEUR Alain 140
VILLEY Daniel 30, 44, 45, 128
VILLEY Edmond 31
VINEY Geneviève 177, 178
VIRARD Marie-Paule 142
VISCUSI Kip 179
VITALI-VOLANT Maria 145
VOISIN Michel 167
VROEY (de) Michel 138
VROMEN Jack 122
WAGENAAR Lodewijk 117
WAJSMAN Patrick 167
WALLIS John 116
WALRAS Léon 29, 94, 113

WARREN Samuels 129, 179

WASCHER William 174

WATSON John Broadus 99

WEAVER Russell 135

WEBER Max 92, 115

WEINGAST Barry 115, 116, 118, 119, 166,
193, 194, 198

WEISBURD David 157

WELCH Finis 174

WHITE Michael 154

WICKSELL Knut 94

WICKSTEED Philip 147

WILES Peter 78

WILKINSON Nick 128

WILLIAM Nassau (Sr) 81

WILLIAMSON Oliver 126, 128, 181

WILLINGER Marc 164

WOLFELSPERGER Alain 26, 80, 88

WORRALL John 156

XÉNOPHON 25

ZAMIR Eyal 129

ZARKA Claude 50

ZOLLER Elisabeth 98

ZYWICKI Todd 118

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	7
AVANT-PROPOS	9
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION	13

PREMIÈRE PARTIE

LE JURISTE ET L'ÉCONOMISTE : DU DIVORCE AU RAPPROCHEMENT, UN ITINÉRAIRE

CHAPITRE PREMIER – LE DÉSIR D'ÉLOIGNEMENT : UN POINT DE VUE HISTORIQUE	23
SECTION I – DES FIANÇAILLES INÉGALITAIRES : LE TEMPS DE LA SUBORDINATION (1877-1914) ..	25
SECTION II – UN MARIAGE HARMONIEUX POURTANT EN VOIE DE SE DÉFAIRE : LE TEMPS DE L'ÉMANCIPATION 1918-1960	35
SECTION III – UN DIVORCE CONSENTI : LE TEMPS DE LA SÉPARATION (1960-1986)	39
Annexe I	43
Annexe II – Un exemple couvrant l'ensemble de la période : l'économie à la faculté de droit d'aix-en-provence	49
SECTION IV – TEL LE FLEUVE ALPHÉE	53
⇒ La fabrication du droit créé : de l'entrepreneur politique au juge	60
• La production des lois	60
• La production des juges.....	62
⇒ L'émergence du droit spontané : de l'entrepreneur à l'individu	
« en société ».....	65
• La production du droit.....	65
• La dynamique du droit	68
CHAPITRE SECOND – LE DÉSIR DE RAPPROCHEMENT : UN POINT DE VUE ANALYTIQUE	71
SECTION I – LE CLIVAGE MÉTHODOLOGIQUE : L'EMPIRISME JURIDIQUE <i>VERSUS</i> L'A-PRIORISME	75
SECTION II – UN SUJET D'OBSERVATION IDENTIQUE : L'INDIVIDU	91
SECTION III – UNE FINALITÉ D'ÉTUDE COMMUNE : L'ÉCHANGE	103

SECONDE PARTIE

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT DÉMYSTIFIÉE

CHAPITRE PREMIER – L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : UNE HISTOIRE TOURMENTÉE	111
SECTION I – DU DROIT À L'ÉCONOMIE, DE L'ÉCONOMIE AU DROIT :	
UNE FÉCONDATION RÉCIPROQUE.....	113
§1 Droit et Économie : un Janus à deux faces.....	113
§2 Droit et richesse des nations : corrélation et causalité.....	115
SECTION II – L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : UN PREMIER REGARD.....	121
§1 Une révolution méthodologique : l'impérialisme de l'économique ?	121
§2 Le renouveau de la matière : la <i>Law and Neoclassical Economics</i>	123
⇒ La question de la matière : Économie Politique ou Analyse Économique du Droit ?	123
⇒ le renouveau de la matière : la <i>Law and Neoclassical Economics</i>	125
⇒ La dissidence de la matière : une pluralité d'écoles	128
⇒ La bifurcation de la matière : Analyse Économique du Droit positive ou normative ?.....	130
SECTION III – LA RÉCEPTION DE L'AED EN FRANCE : CRAINTES ET ESPÉRANCES	135
§1 Le rejet de l'Analyse Économique du Droit : l'exception française	135
§2 Des avantages pour les juristes à connaître l'AED.....	141
CHAPITRE SECOND – L'ÉCONOMISTE ET LE DROIT : DE QUELQUES ILLUSTRATIONS	143
SECTION I – L'ÉCONOMISTE, LE CRIMINEL ET LE DROIT PÉNAL	145
§1 Les précurseurs : Beccaria, Bentham, Spooner et les « indéfendables »	145
§2 La révolution béckérienne : vers une théorie économique du crime	147
⇒ Comment assurer l'efficacité de la règle de droit pénal ?	149
⇒ Comment justifier les raisons de l'interdiction ?	152
⇒ Vers un niveau optimal de criminalité ?.....	153
⇒ L'héritage béckérien : une concurrence économistes/criminologues	154
SECTION II – ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT ET DROIT SOCIAL	159
§1 Le questionnement économique néo-classique : de l'asymétrie d'information au capital humain.....	162
⇒ le modèle Principal/Agent et l'aléa moral	163
⇒ Un signal discriminant : diplôme et capital humain	165
§2 Le questionnement économique contemporain : l'influence du droit du travail sur la qualité du marché du travail	166
⇒ L'assurance chômage, cause du chômage ?	167
⇒ Difficultés à licencier, difficultés à embaucher.....	169
⇒ Fiscalité du travail, salaire minimum et niveau de l'emploi.....	171
SECTION III – ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT ET RESPONSABILITÉ CIVILE	
EXTRA-CONTRACTUELLE	177
§1 Le fondement économique de la responsabilité civile délictuelle : le théorème de Coase.....	179

§2 L'objectif économique de la responsabilité civile délictuelle :	
la minimisation du coût social des préjudices	183
⇒ l'arbitrage propriété/responsabilité	184
⇒ Le rôle de la prévention	185
SECTION IV – ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT ET DROIT DES CONTRATS	187
§1 La définition économique du contrat : la divergence juristes-économistes	187
§2 La finalité économique du droit des contrats : de la réduction des coûts de transaction à la protection des anticipations légitimes.....	192
ANNEXES	197
CONCLUSION.....	203
POSTFACE	205
INDEX RERUM	235
INDEX NOMINUM	237
BIBLIOGRAPHIE.....	209
TABLE DES MATIÈRES	235

Conception graphique et mise en page :

Cédric HAMEL

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

Impression :
SERVICE IMPRIMERIE
UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

ISBN : 978-2-7314-0979-6

DÉPÔT LÉGAL – 2^e Trimestre 2015

Présentation de la collection

La collection « Droits, pouvoirs et sociétés » a vocation à recueillir les publications de sensibilité disciplinaire différentes, au cœur des sciences juridiques et politiques, mais aussi au delà. Cette collection est portée par la Fédération de Recherche du même nom (FR AMU CNRS n° 3076), qui regroupe plusieurs laboratoires en SHS, et notamment l'ensemble des Centres de recherche de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille Université. Elle permet ainsi de promouvoir les regards scientifiques croisés sur des questions sociétales majeures, émergentes ou innovantes.

Les relations entretenues entre le Droit et l'Économie Politique peuvent être divisées en plusieurs périodes. Du milieu, approximativement, du XIX^e siècle jusqu'en 1914, l'Économie Politique au sein des Facultés de Droit est une discipline seconde et subordonnée, mais qui obtient cependant des espaces d'autonomie. L'indépendance des économistes, tant du point de vue institutionnel que dans l'obtention d'une gamme complète de collations des grades, sera obtenue à l'issue d'un divorce houleux, qui laissera ici des regrets, là de l'amertume. En 1969, les Facultés de Sciences Économiques sont donc indépendantes des Facultés de Droit. On s'aperçoit cependant assez vite que là où certains croyaient trouver un surcroît de confort (les juristes), d'autres un surcroît de science (les économistes), les déceptions de tous ordres vont s'accumuler. Dans un paysage universitaire français, tendant irrésistiblement à une architecture par grands regroupements, que pèsent, isolés, chacun de leur côté, les juristes et les économistes, comparés par exemple aux scientifiques et/ou aux médecins ? Au-delà de cette remarque, une voie de réconciliation, inespérée il y a peu, permet de jeter un pont entre les juristes et les économistes à travers une discipline nouvelle (du moins dans sa formulation actuelle), initiée aux États-Unis mais qui, vite répandue, a atteint l'Europe : l'Analyse Économique du Droit (AED). Cet ouvrage entend alors, dans une seconde partie, abandonner le point de vue historique pour privilégier le point de vue analytique en résumant les principaux apports de l'AED dans les thématiques désormais majeures. Les raisons du refus de l'AED dans les Facultés de Droit françaises sont analysées mais regrettées, ce difficile accueil constituant une malheureuse spécificité par rapport aux Facultés de Droit étrangères.

Serge SCHWEITZER est en poste à Aix-Marseille Université.

Loïc FLOURY enseigne la microéconomie et la macroéconomie à l'ICES, établissement dans lequel il coordonne la filière Droit-Économie-Management dont il assume la responsabilité pédagogique.

Ces derniers sont également auteurs, chez le même éditeur, de *Théorie de la Révolte Fiscale : Enjeux et Interprétations – Ou pourquoi la révolte fiscale n'aura pas lieu* (2014).



Presses Universitaires d'Aix-Marseille

3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex 1
Tél. : 04 42 17 24 21
Fax : 04 42 17 24 33
puam@univ-cezanne.fr



Prix : 10 €

