

Droit et économie : monisme ou dualisme ? Les frontières du droit en question

Par Serge Schweitzer Les Cahiers Portalis 2015 / 1

Venant d'un juriste, la formule a de quoi surprendre. En réalité, la sympathie que possède l'ancien élève de Robert-Joseph Pothier (1699-1772) à l'égard de la science économique s'explique aisément au regard de ses étroites relations avec les physiocrates avec les maîtres à penser d'Adam Smith (1723-1790) n'est pas surprenant : droit et économie ont initialement été pensés comme complémentaires, jusqu'à ce que des options méthodologiques radicalement opposées en décident autrement. Dans un premier temps en effet, et ce dès l'origine de l'analyse économique, 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 humaines, ni de la question sociale, politique, et donc juridique, dans leurs œuvres respectives si ce n'est de l'analyse économique des règles de droit instaurées par le politique ? Même Saint-Thomas d'Aquin, dans sa Somme Théologique, semble procéder à pareils raisonnements en s'interrogeant sur les conséquences des règles juridiques et/ou morales sur l'économique. De fait, tout économiste est également juriste en ce qu'il a nécessairement étudié le droit, bien que l'inverse ne soit pas toujours vrai. Mais cet heureux dialogue, aussi imparfait fut-il, ne durera pas.

La rupture viendra avec le XIX^e siècle: vers 1870, un certain nombre d'économistes (ils seront nommés rétrospectivement les « néo-classiques ») dont Stanley Jevons (1835-1882), Carl Menger (1840-1921) et Léon Walras (1834-1910) opéreront la « révolution marginaliste ». Rapidement, le propos économique est mathématisé à outrance afin d'en faire une science dure à part entière, capable de régler la question sociale à l'aide de l'outil arithmétique.

L'Économie Politique devient « Science Économique ». L'héritage est tel, qu'il persiste toujours d'aujourd'hui. 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 les « grands » économistes vont se focaliser sur les modèles d'équilibre général, donnant ainsi à l'économie une représentation aussi sophistiquée qu'irréelle. Somme toute, s'il ne s'agissait que de l'habillage de l'économie, les choses prêteraient moins à conséquence. Mais en réalité, l'affaire est d'importance. De quoi s'agit-il ? Jusque-là, les économistes en tenaient pour l'utilité ordinaire, c'est-à-dire la possibilité d'ordonner in petto la hiérarchie de nos choix. Dit autrement, le classement de nos importances. L'arrivée sur scène de l'utilité cardinale va tout changer : en postulant que nous sommes capables de donner une note à l'arithmétique de nos plaisirs et de nos peines, l'agrégation des utilités de chacun va laisser à penser que l'on peut donc quantifier un stock d'utilité et de bonheur à l'intérieur d'un groupe social. Puisqu'en un moment donné, on peut calculer le welfare state dans un état donné de l'univers, on peut alors suivre le cheminement de cette quantité agrégée d'utilités et dire, qu'en un moment donné, nous arrivons à un point de bonheur qui augmente ou se dégrade. Ou encore que s'il augmente pour l'un, cela dégrade la situation de l'autre, ce qui signifie qu'il faut s'arrêter à la situation Pareto-optimale. Nous proposerons même à la réflexion du lecteur l'hypothèse (pour le moins curieuse puisque tous les auteurs cités supra étaient des antimarxistes engagés), selon laquelle c'est ce chemin qui a conduit à l'hypothèse intellectuelle suivante : puisque l'on peut pénétrer dans les échelles de valeurs d'individus capables de quantifier leurs peines et leurs plaisirs, la porte s'ouvre toute grande vers la possibilité d'une planification. Le calcul économique deviendrait possible en économie socialiste, puisque l'on peut attribuer des notes aux utilités décroissantes ressenties par les agents. Les économistes, du haut de leur virtuosité technique, se gaussent souvent des juristes qui n'évolueraient pas dans un univers aussi sophistiqué que la

théorie des jeux. Et c'est peut-être aussi parce que le juriste ne tangente pas des mondes virtuels, irréels, latents ou potentiels qu'il n'est pas sujet à de grossières erreurs qui peuvent conduire à des catastrophes. Certes les juristes positivistes ont pris des chemins qui se sont vite avérés être des impasses. Mais les économistes ont, eux, à se reprocher des choses dans la construction des deux totalitarismes du XXe siècle. Il est toujours regrettable de constater que certains économistes aient participé à la construction d'idées si erronées qu'elles ont servies de réceptacle à des esprits faux. Il est vrai qu'on pourrait toujours objecter que, justement, ce sont de mauvais économistes. Là se trouve le cœur de la rupture entre juristes et économistes. 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 sa forte modélisation. Mais la coupure s'explique également historiquement, politiquement et académiquement. De fait, une nouvelle conception des relations entre le droit et l'économie – fortement compartimentée – voit le jour. Du côté des juristes tout d'abord, lesquels se limitent à simplement constater un certain nombre d'interactions ponctuelles entre le droit et l'économie au sein de leur champ d'études. Les économistes quant à eux, délaissent la question juridique, politique et sociale au profit de recherches axées sur le monde marchand et à l'étude de la création des richesses. Cette définition restreinte de l'économie est particulièrement... Droit et économie, par le passé considérés comme fondamentalement complémentaires, sont alors conçues comme diamétralement opposés. Pour l'immense publiciste qu'était Maurice Hauriou (1856-1929) notamment :

« 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 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 »

Les raisons historiques de la scission sont non seulement multiples, mais forment un cercle vicieux : l'absence de dialogue(s) entre juristes et économistes conduit les premiers – par incompréhension et/ou idéologie – à penser le droit contre le marché, alors que, justement, le droit s'avère être le fondement du marché. Au final, la force de répulsion entre les deux matières est d'autant plus grande que l'incompréhension s'installe : c'est le temps de la rivalité.

Mais les « néo-classiques » n'ont de « classiques » que le nom, pas plus qu'ils ne sont libéraux. Avec la naissance de « l'école autrichienne ».

Pour un aperçu de celle-ci, voir notamment R. Fillicule,...., véritable héritière de l'héritage classique, l'analyse économique tente de renouer avec le droit dans la tradition smithienne en liant intimement le juridique et l'économique. Et tous les « autrichiens » partagent la même opinion : la loi (et non le droit, c'est là toute la distinction faite entre le droit et la législation.

« L'une des caractéristiques de la pensée libérale tient à la...) quelle que soit sa justification, peut être néfaste au fonctionnement du marché. Si le droit est consubstantiel au marché (sans lui, le marché ne peut exister, ni même perdurer), la loi peut aller contre le droit, et, par la même occasion, contre le marché. Et le père fondateur de l'analyse économique, Adam Smith, l'avait compris quand celui-ci vient à penser le droit fiscal. Véritable primus inter pares en ce qu'il fonde le financement de l'État, le droit de l'impôt est immédiatement perçu comme ayant une importance considérable en économie. La raison en est simple : l'impôt est une entrave à

l'accumulation du capital, accumulation à l'origine même de l'économique. Nul besoin alors de démontrer l'impérieuse nécessité de limiter le pouvoir fiscal.

« Un impôt inconsidérément établi offre un puissant appât à la... ; à défaut, la fiscalité devient antiéconomique. Sans le savoir, Smith pose les bases d'une conception du droit telle que formulée plus de deux siècles plus tard par Friedrich Hayek (1889-1992). Pour ce dernier en effet, le droit économiquement efficient est celui favorisant la découverte (et les ajustements nécessaires à ces dernières dans un monde changeant), sans l'entraver pour autant afin de préserver « l'ordre des anticipations », soit l'état dans lequel les individus peuvent former des anticipations qui ont de bonnes chances d'être exactes. En des termes plus simples, le droit se doit par nature d'être général, stable, prédictible mais avant tout et surtout libéral - c'est-à-dire non instrumental - afin que les individus puissent agir librement, anticiper et effectuer rationnellement des calculs économiques. Autrement dit, si le droit doit constituer 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 - celui-ci doit s'abstenir de guider, orienter ou même façonner le comportement des agents économiques au sein de ce même cadre. Le droit doit seulement consacrer juridiquement l'ensemble des libertés constituant le marché, c'est-à-dire celles préexistant l'État.

« Lecteur attentif des économistes libéraux, et en particulier admirateur de Mises, Leoni est connu surtout parce qu'il a élaboré une théorie du droit qui - contre Hans Kelsen et le positivisme juridique - a réévalué l'ancienne Common Law anglo-saxonne, instaurant une analogie entre les règles de création jurisprudentielle et l'ordre spontané qui émerge sur le marché grâce aux innombrables accords des entrepreneurs et des consommateurs. Une de ses idées fixes est qu'il y a une syntonie entre marché et droit évolutif, d'un côté, et planification économique et législation, de l'autre (...) Dans la vision léonienne du droit, l'opposition au normativisme est étroitement liée à son refus du socialisme, qui est expression d'une mauvaise moralité et de la perverse volonté de mettre la réalité sociale sous le contrôle d'un petit nombre d'individus éclairés. En tant que libéral, il s'oppose à l'arbitraire d'une législation artificielle qui, en raison de sa structure formelle (elle est le simple produit de la volonté des législateurs), est destinée à réduire progressivement les espaces de liberté individuelle. Et en tant que philosophe du droit, il montre également que (...) si on examine les conséquences à long terme de la législation, il faut admettre que - loin de réduire l'incertitude - elle est obstacle à toute notre capacité de faire des projets et d'avoir un comportement d'entrepreneur. En ce sens, on peut dire que la loi est la première ennemie du droit. »

Autrement dit, avec l'école autrichienne, l'économiste pense également la loi en ce que sa qualité influence directement l'efficacité du marché. Mais les rapports entre le droit et l'économie sont aujourd'hui beaucoup plus profonds que cela. Un fait l'atteste : l'émergence de la matière charnière dans les années 1960 qu'est l'Analyse Économique du Droit (AED). Émergence, mais pas naissance. Car jusqu'aux années 1960, l'AED se confond 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. 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 puisque qu'elle ne fait qu'étudier « des comportements sociaux régulés par la règle de droit », 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" ». Jusqu'aux années 1960, l'AED se borne donc 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 économiques 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 protectionnisme. 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.

En référence à la révolution méthodologique consistant dans... ou «New Law and Economics» – 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 »

Nous reprenons ici la synthèse de L. Kornhauser, pour qui les.... Au final, les relations entre droit et économie s'avèrent plus complexes que la scission pratiquée dans leur enseignement respectif pourrait le laisser paraître. En somme, une seule question perdure : il y a-t-il seulement une frontière entre le droit et l'économie ? Ou bien cette frontière est-elle seulement le résultat d'un ressenti à l'égard de certains champs de recherches académiques, ce ressenti consistant à considérer ces mêmes thèmes trop économiques pour les juristes ou trop juridiques pour les économistes ? Au regard des développements précédents, comme ceux contenus dans notre ouvrage à paraître, une seule réponse s'impose irrésistiblement : l'unité est à retrouver.