



HAL
open science

Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au principe d'optimisation

François Facchini

► **To cite this version:**

François Facchini. Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au principe d'optimisation. *Revue internationale de droit économique*, 1999, Numéro Spécial, pp.207-221. hal-00490327v1

HAL Id: hal-00490327

<https://hal.science/hal-00490327v1>

Submitted on 8 Jun 2010 (v1), last revised 20 Sep 2016 (v2)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES EFFETS SUR LES DECISIONS DE JUSTICE DE L'IRREDUCTIBILITE DU DEVOIR AU PRINCIPE D'OPTIMISATION

François Facchini

RESUME : La question posée dans cet article est de savoir si le principe d'optimisation est suffisant pour saisir la rationalité juridique sans la dénaturer. Il développe, dans une première partie, l'idée que la rationalité juridique est déontique et qu'elle est irréductible au principe d'optimisation. Une deuxième partie expose les effets sur la norme qui fonde la décision de justice de cette irréductibilité du devoir au choix. Cela nous conduit à expliquer les réticences des juristes à utiliser l'analyse économique du droit de l'Ecole de Chicago et à préciser les insuffisances du conséquentialisme pour l'étude des décisions de justice.

Mots clés : rationalité, devoir, choix, optimisation et intentionnalité.

ABSTRACT: Choice, Duty and the Judge's Decision. The Chicago tradition of Law and Economics confuses the principle of optimization with that of rationality. The paper attempts to show why this is the case, and to study the effects of this confusion on legal thinking. In the first part, it is argued that the rationality of the law does not manifest itself in the field of choice. The judge must apply the law. By contrast, the principle of optimization pretends that the concept of duty has no meaning independent of that of choice. However, this is neither philosophically nor logically true because, on the one hand, beside the ethic of responsibility there is the ethic of conviction; and on the other, we cannot explain duty by the logic of mathematics. The second part of the paper analyses the effects of the irreducibility of the concept of duty to that of choice, on the judge's decision. First of all, it is argued that the ethic of responsibility and the ethic of conviction describe the « normativity » of the law. The Chicago tradition of « Law and Economics » is founded exclusively upon the ethic of responsibility. The most important implication of this economic « normativity » is that the efficacy of the law can only be assessed on the basis of the effects that it tends to bring about, thus, forgetting that the application of moral rules is a necessity. Secondly, it will be argued that the Chicago tradition of « Law and Economics » is characterized by a paradox. On the one hand, this tradition is based on the ethic of responsibility. On the other hand, however, the individual who commits a crime is not considered to be responsible for his act, which he committed because the penalty was too low. Thirdly, it is argued that it is difficult to judge the action without knowing the agent's purpose. Did the individual kill be accident or intentionally? According to the optimization principle, an action can be judged only by its effects. All acts are purposeful. We argue that this is not true. Thus the Chicago tradition of « Law and Economics » has to develop a theory of action within the framework of the concept of « duty ».

Keywords: rationality, must, choice, optimisation and intentionality.

JEL: K10, B41

INTRODUCTION

Le principe d'optimisation se confond avec le principe de rationalité pour l'ensemble des économistes de l'Ecole de Chicago qui ont initié l'analyse économique du droit (AED). Le principe de rationalité a, pourtant, une signification plus large et moins formelle que le principe d'optimisation qui a été construit pour répondre à la logique des mathématiques. La question posée dans cet article est de savoir si le principe d'optimisation est suffisant pour saisir la rationalité juridique sans la dénaturer.

Il développe, dans une première partie, l'idée que la rationalité juridique est déontique et qu'elle est irréductible au principe d'optimisation. D'une part, parce que la rationalité optimisatrice réduit les raisons d'agir de l'individu à ses préférences et ignore ainsi l'action par devoir. D'autre part, parce que l'obligation est logiquement inexprimable par une logique mathématique. Une deuxième partie expose les effets de cette irréductibilité du devoir au choix sur la norme qui guide les décisions de justice. Elle explique, tout d'abord, les tensions entre la normativité juridique et la normativité économique. La normativité juridique est un mélange d'éthique de la responsabilité et de la conviction. La normativité de l'AED est exclusivement fondée sur l'éthique de la responsabilité. Elle ignore donc totalement les règles morales inaliénables et se contente de juger sur ses effets de la qualité d'une règle ou d'une décision. Elle montre, ensuite, l'existence d'un paradoxe. L'AED tout en adhérant à l'éthique de la responsabilité conclut que l'individu n'a pas de responsabilité face à la loi. Si l'individu ne respecte pas la loi, c'est simplement parce que celle-ci est mal faite. Elle montre, enfin, qu'il est difficile de juger de l'action sans tenir compte des intentions des acteurs. L'individu avait-il l'intention de donner la mort? Avait-il l'intention d'enfreindre la loi? C'est donc parce que la rationalité juridique est irréductible à la rationalité optimisatrice de la science économique que l'analyse économique du droit n'est pas assimilable à une simple question de choix des règles et qu'elle aurait avantage à utiliser une théorie de l'action sous la règle.

Cette conclusion conduit à expliquer les réticences des juristes à utiliser l'analyse économique du droit de l'Ecole de Chicago et à préciser les insuffisances du principe d'optimisation pour l'étude des décisions de justice.

1 De l'irréductibilité de la rationalité déontique et principe d'optimisation

L'analyse économique du droit est à l'évidence difficile à définir. Elle articule deux sciences l'économique et le juridique qui sont l'une et l'autre traversée par des courants de pensée concurrents. Afin de ne pas rendre notre discours trop imprécis nous ferons un choix parmi les définitions du droit et de l'économie. L'économie au sens de l'AED initié par l'Ecole de Chicago est une science des choix rationnels. Le droit est une science de l'obligation.

- L'économie est une science des choix rationnels. « *Un acte est rationnel si de bonnes raisons le justifient* » (Levy-Garboua et Blondel 1995, p.1). La micro-économie néoclassique résume toutes les raisons qui justifient un choix par rapport à un autre par les préférences individuelles. Un acte est rationnel de ce point de vue s'il

Version auteur. « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au principe d'optimisation », *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999, numéro spécial sur l'économie du judiciaire, pp.207-221.

est préféré à tous les autres. L'économiste suppose que les consommateurs choisissent le panier de bien qu'ils préfèrent dans leur ensemble budgétaire (Varian 1992, p.25). La rationalité est donc définie à partir du principe d'optimisation.

- L'application d'un tel principe exige que les individus aient des préférences stables (H1) et qu'ils puissent classer les paniers de bien en fonction de leur attrait respectif (H2) (Varian 1992, p.40). Il suppose en outre trois hypothèses de cohérence. La relation de préférence est une relation complète (H3)¹, réflexive (H4)² et transitive (H5)³. L'économiste formalise ainsi la décision comme un choix. En présence d'un événement A l'individu X choisit B contre C parce que C est optimal au regard de ses préférences. Si ces trois hypothèses de cohérence sont acceptées, on peut décrire les préférences en courbe d'indifférence auxquelles correspondent des niveaux de satisfaction différents (Varian 1992, p.43). La notion de préférence est alors intimement liée à celle de courbes d'indifférence (Varian 1992, p.44). La construction de ces courbes oblige l'économiste à formuler trois autres hypothèses. Les préférences doivent être monotones (H.6)⁴, normales (H.7)⁵ et convexes (H.8)⁶.

- Le droit est une science de l'obligation. « *L'idée d'obligation reste à la base du droit subjectif comme du droit objectif* » (Lévy-Bruhl 1967, p.6). « *On définit généralement la règle de droit comme une règle de vie en société qui est obligatoire et sanctionnée comme telle par l'autorité publique. Ce caractère coercitif constitue le critère du juridique* » (Aubert 1979, p.7). On peut ainsi affirmer que la rationalité juridique est une rationalité déontique, une rationalité de ce qui constitue une obligation. L'individu n'agit pas par choix mais par devoir. Les bonnes raisons qui justifient son action ne sont pas les préférences individuelles mais l'existence d'une règle impersonnelle auquel il se soumet. Il se soumet soit à une règle morale soit à une règle juridique. La règle morale diffère de la règle juridique. « *La règle morale (législation éthique) est celle qui ne saurait être extérieure; la règle juridique (législation juridique) est celle qui peut aussi être extérieure. Ainsi, c'est un devoir extérieur de tenir la promesse donnée dans un contrat; mais le commandement d'agir ainsi uniquement parce que c'est un devoir sans tenir compte d'un autre mobile n'appartient qu'à la législation intérieure* » (Kant 1796, p.94). L'obligation ne trouverait pas, pour cette raison, son fondement dans l'autorité légale, dans la sanction légale inhérente à la règle de droit mais dans un pouvoir de commandement inhérent à

¹ H.3: La relation de préférence est une relation complète. Le consommateur est toujours capable de faire un choix entre deux paniers de bien. Il peut donc choisir entre la vie et la mort.

² H.4: La relation de préférence est réflexive. Tout panier est au moins aussi désirable que lui-même ou qu'un panier identique.

³ H5: La relation de préférence est transitive. Cette hypothèse concerne le comportement de choix des individus. Il est en effet logique de penser que si un individu prétend préférer X à Y et Y à Z alors il ne déclare pas préférer Z à X.

⁴ H.6: Les préférences sont monotones. La notion de courbe d'indifférence fait l'hypothèse de substituabilité entre les biens. « La question est pour une variation donnée de consommation de bien 1 quelle est la variation de consommation de bien 2 nécessaire pour que l'individu reste indifférent » (Varian 1992, p.44).

⁵ H7: Les préférences sont normales. Ce qui signifie que l'individu préfère consommer plus que moins.

⁶ H8: Les préférences sont convexes. Ce qui signifie que les paniers intermédiaires sont préférés aux paniers extrêmes. Cela s'explique par le fait que les consommateurs préfèrent consommer des biens ensembles. Ils ne spécialisent pas leurs actes de consommation que des anchois une semaine, que des piments une autre une autre semaine, etc. (dans ce cas les préférences seraient concaves) (Varian 1992, p.54).

Version auteur. « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au 4 principe d'optimisation », *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999, numéro spécial sur l'économie du judiciaire, pp.207-221.

la raison (Goyart-Fabre 1994, p.216). L'obligation ne serait pas une nécessité (extérieure) mais une légalité pratique a priori de la raison. Elle serait un principe structurel et dynamique d'orientation de la pensée et de l'action. Quel que soit les circonstances elle indiquerait un devoir être ou un devoir faire.

Cette position n'est pas conforme au conséquentialisme de la théorie économique qui évalue une action par son résultat et non par l'intention qui préside à sa réalisation. Dans cette perspective, en présence d'un événement A l'individu X choisit B contre C alors que C reste optimal au regard de ses préférences. L'obligation vient par conséquent entrer en contradiction avec la logique du choix.

La logique du choix relève d'une éthique de la responsabilité. La logique de l'obligation est liée à l'éthique de la conviction. L'éthique de la responsabilité (téléologique) suppose que l'homme doit uniquement agir en fonction des conséquences prévisibles de son action. L'éthique de la conviction (déontique), au contraire, estime que l'homme doit agir en fonction de règles incontournables (ne pas tuer, ne pas voler, ne pas envier son prochain, ne pas mentir, etc.). La règle est bonne ou mauvaise indépendamment des conséquences des actions qu'elles guident. Cette distinction est utile, car elle définit avec une grande netteté l'éthique des économistes de l'école de Chicago. Elle ne doit cependant pas être déifiée, car il n'y a pas d'action sans anticipations de ses conséquences. Elle ne doit pas non plus ignorer, d'une part, parce que l'homme est incapable d'évaluer avec exactitude toutes les conséquences de son action et d'autre part parce qu'il n'est pas suffisant de dire que l'homme choisit en fonction de fins qui relèvent de son choix, car inévitablement il nous faut nous interroger sur les raisons du choix sur les fins. Les fins de l'agir humain ne sont pas des données. Elles relèvent d'un acte de volonté. Mais pour vouloir quelque chose il faut savoir que cela est bon ou meilleur qu'une autre chose. Il faut savoir, par exemple, que la tolérance est préférable à l'intolérance ou que la paix est préférable à la violence. Le choix des fins ne relève donc pas de l'arbitraire et l'éthique fonde les préférences. Il est possible, en ce sens, de dire que la règle domine le choix.

1.2 La rationalité déontique n'est par réductible « par essence » à la rationalité optimisatrice

L'usage du principe d'optimisation permet cependant à l'économiste d'arguer que l'individu peut quoi qu'il arrive transgresser la règle qu'il s'était imposée. Le devoir est un choix. Cet argument va à l'encontre de l'irréductibilité du devoir au choix. Il renie le principe de stabilité des préférences et engage une régression à l'infini.

Face à un événement A l'individu X doit choisir entre B et C, le devoir lui prescrit B et il fait C.

1) En choisissant C l'individu modifie, tout d'abord, ses préférences alors qu'il s'était engagé à faire B si A, il agit autrement. Comme son engagement était un choix, faire C est en contradiction avec son premier choix. Il ne tient pas sa parole vis-à-vis de lui même. En ce sens le principe d'optimisation est bien incompatible avec l'idée d'un droit inviolable (Lyon 1982). La défense du principe d'optimisation ne respecte pas le

Version auteur. « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au 5 principe d'optimisation », *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999, numéro spécial sur l'économie du judiciaire, pp.207-221.

principe de stabilité des préférences dans le temps, puisqu'il faut supposer un changement de préférence pour comprendre le passage de l'action B à l'action C.

2) En choisissant C l'individu renie, ensuite, son engagement de faire B si A, et succombe à la tentation de ne pas faire ce qu'il y a de mieux à faire, car « *le devoir commande ce qu'il y a de meilleur à faire qu'on le fasse ou non n'y change rien* » (Picavet 1996, p.110). Le devoir est irréductible au choix parce qu'il propose un autre type d'optimalité et de rationalité. Est optimal et rationnel, ce qui respecte la règle et non ce qui respecte les préférences immédiates de l'individu. Transgresser la règle n'est pas un acte rationnel et optimal, car si l'individu X ne fait pas B et suit ses préférences immédiates ce n'est pas parce qu'il est rationnel mais parce que sa volonté est faible et que sa raison a succombé à ses désirs. L'acte rationnel pur suppose, en effet, que l'individu pose des principes avant d'agir qui ne sont pas liés à l'expérience présente. Le principe d'optimisation en jugeant en fonction des préférences du moment nie à l'individu la possibilité de suivre des règles qu'il appliquera quel que soit leur résultat pratique.

L'économiste ne désarme pourtant pas. Il peut dans un premier temps accepter l'action par devoir (si A alors B, quel que soit ses effets), pour rétablir dans un deuxième temps la prédominance du choix sur les règles. L'individu choisit, préalablement à tout événement A, de faire B ou de faire C. Le principe d'optimisation retrouverait alors sa justesse au niveau du choix des règles qui gouvernent le comportement. Il est cependant logique d'admettre que cette réponse n'a que la valeur d'une position de principe, car elle fait l'hypothèse que le choix domine la règle alors qu'il est tout aussi légitime de poser la règle avant le choix. La question est en effet la suivante; l'individu ne choisit-il pas la règle si A alors B au détriment de la règle si A alors C parce qu'il respecte un principe de comportement qui lui interdit de choisir la règle si A alors C. On entre ainsi dans une logique de régression à l'infini qui renvoie les deux hypothèses dos à dos. Il est donc raisonnable d'en rester à l'irréductibilité de la rationalité déontique à la rationalité optimisatrice⁷.

1.2 La rationalité déontique est logiquement irréductible à la rationalité optimisatrice

A l'irréductibilité de la rationalité déontique au principe d'optimisation s'ajoute l'insatisfaction de la rationalité juridique vis-à-vis de la logique mathématique utilisée par la science des choix. Il existerait en effet « *deux caractères fondamentaux de la logique contemporaine (...) qui ne permettraient pas l'analyse de la rationalité juridique de s'en satisfaire : d'abord que tous les arguments du prédicat n'y puissent être que les noms d'objets, ensuite que les propositions ne puissent s'y référer qu'à des états* » (Gardies 1994, p.83).

Les arguments des propositions déontiques ne sont pas, tout d'abord, des arguments nominaux qui renvoient à des noms ou à des objets. Ainsi, la proposition l'homme est mortel a pour prédicat⁸ « est mortel » et pour argument⁹ l'homme qui est

⁷ Il est intéressant de remarquer que le conventionalisme de O. Neurath [repris par M. Rosier (1993, p.198)] oblige ce dernier à prendre partie en faveur du choix lorsqu'il s'oppose à l'attitude évolutionniste.

⁸ Le prédicat est l'attribut d'un mot, d'une proposition.

Version auteur. « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au principe d'optimisation », *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999, numéro spécial sur l'économie du judiciaire, pp.207-221.

un nom. Cette logique convient aux mathématiques qui fonctionnent sur des propositions, à un argument du type A est un point, à deux arguments du type A est plus grand que B, à trois arguments du type A est entre B et C, et à quatre arguments du type A est à B comme C est à D. Elle n'est cependant pas adaptée au droit car la rationalité déontique développe des propositions du type, A est obligé envers B à ce que p. L'action « est obligé » est le prédicat. A et B sont toujours des arguments nominaux qui renvoient à des noms ou à des objets mais p est un argument non nominal de type propositionnel qui renvoie à une action et non à un objet ou un nom. p renvoie à un comportement attendu ou à un état de choses.

Les propositions juridiques s'accommodent, ensuite, mal de relation désignant uniquement deux états, parce que la logique est atemporelle, parce que l'intelligence est immergée dans la durée, parce qu'elle produit des relations qui correspondent à des ruptures, à des passages entre deux états. Ainsi les propositions, a décide que p, a guérit, a décide ou a trouve la solution à son problème ne trouvent leur vérité que dans la conjugaison de deux états a est malade a est décédé, a est malade a guérit, etc. Le verbe guérir renvoie à deux états (être malade - être en bonne santé). Le verbe engagé renvoie à trois états (a n'est pas obligé envers b, a est obligé, a ne serait pas obligé). Les mathématiques au contraire n'utilisent que des verbes à un état du type A est un point. Chaque proposition a une valeur quel que soit la situation antérieure et postérieure.

La logique des choix est formalisant son approche de la décision réduit considérablement la richesse et la complexité du logos humain. L'usage des mathématiques n'est donc pas simplement une barrière formelle au dialogue entre juriste et économiste. Il est aussi la source d'un appauvrissement du discours économique. Les Anciens qualifiaient, d'ailleurs, la mathématique de science des grandeurs (Maritain 1924, p.174). L'usage des mathématiques ne permet pour cette raison que d'atteindre l'aspect quantifiable du phénomène.

L'irréductibilité de la rationalité déontique au principe d'optimisation est donc philosophique et logique. Il est, pour ces raisons, préférable de s'en tenir à la distinction faite par E. Kant entre agir par devoir et agir par intérêt¹⁰ ou par F. von Hayek entre action entièrement voulue et action guidée par des normes. « *Dans l'action entièrement voulue (intentionnelle) l'objectif est connu par la personne qui agit; tandis que dans l'action guidée par des normes, les raisons pour lesquelles l'acteur considère telle façon d'agir comme appropriée au résultat cherché, et telle autre façon comme impossible lui restent souvent inconnues* » (Hayek 1985, p.97). Quels sont les effets de cette irréductibilité pour l'analyse économique des décisions de justice.

⁹ L'argument est la preuve qui sert à affirmer ou à nier un fait. En logique l'argument est l'élément dont la valeur suffit à déterminer la valeur de la fonction donnée.

¹⁰ On peut d'ailleurs remarquer qu'agir par devoir si cela est mon intérêt n'a aucun sens puisqu'il n'y a plus dans ce cas d'alternative, dans tous les cas j'agis par intérêt.

2 Les effets de l'irréductibilité de la rationalité juridique au principe d'optimisation sur les décisions de justice

Cette irréductibilité rappelle que le droit dit la norme alors que l'analyse économique du droit, qui est rattachée à l'épistémologie friedmanienne du « *comme si* », dit ce qui est.

- L'AED cherche des lois de comportement du type si p alors q.

- Le droit juge des règles du type si p alors q devra être.

Le juriste ne cherche pas à optimiser il ne fait que respecter la loi. La logique du droit serait, dans cette perspective, une logique du devoir inconciliable avec la logique scientifique de l'être. L'homme doit respecter la loi et le juriste l'énoncer en exhibant « *sa lettre et son esprit* ». L'esprit de la loi est le lieu de l'interprétation, sa lettre une barrière infranchissable. L'économiste face à cette rationalité déontique tend au contraire à s'interroger sur les raisons qui peuvent pousser l'individu à enfreindre ou à respecter la loi. Il raisonne hors la loi parce qu'il explique rationnellement pourquoi l'individu n'a pas respecté la loi. Ainsi alors que l'économiste juge la loi inefficace, le juriste juge le comportement de l'individu illégal. L'optimisation est, en ce sens, une norme concurrente de la norme de droit parce qu'elle propose un principe de rationalité intrinsèquement normatif¹¹.

2.1 La normativité juridique diffère de la normativité économique

L'usage du principe d'optimisation oblige l'AED à concentrer son attention sur les effets de la loi sur le comportement individuel (Posner 1986, p.23). La normativité économique sera, pour cette raison, uniquement tournée vers l'évaluation des effets de la règle.

L'économie du crime, par exemple, explique que certains individus deviennent criminels non parce que leurs motivations de base diffèrent de celles d'autres individus mais parce que leurs coûts et bénéfices diffèrent (Veljanovski 1990, p.55). La décision d'un individu de commettre un délit est assimilée à celle de choisir un travail. Un individu décide d'avoir une activité criminelle lorsque les bénéfices nets espérés de cette activité sont supérieurs à ceux qu'il pourrait avoir en faisant un autre usage de son temps et de ses efforts. En outre, la peine en général (c'est-à-dire tant l'amende que l'emprisonnement) peut être analysée comme le prix à payer par le délinquant pour causer un trouble à la société.

Sur cette base l'AED prescrit une plus grande sévérité des peines. Si le prix (le coût de l'infraction) augmente les délinquants auront tendance à préférer d'autres activités. L'augmentation des sanctions pénales devrait réduire le nombre des infractions. Doit-on pour autant établir la peine de mort parce que cette dernière limite le nombre de meurtre (éthique de la conviction)?

¹¹ Le principe d'optimisation a une dimension positive et une dimension normative (Posner 1986, p.21).

La dimension normative de la rationalité optimisatrice apparaît alors immédiatement. Car en cherchant des résultats du type si p alors q, elle donne les moyens au législateur d'avoir q en imposant p. Le principe d'efficacité (limiter le nombre de meurtre) a donc une dimension essentiellement normative même dans sa version positive et entre de ce fait en concurrence avec le principe moral, « tu ne tueras point ». La décision de justice n'est pas, pour cette raison, réductible à ce qui est efficace. Elle dit ce qui est juste.

La théorie de l'efficacité de l'inexécution d'un contrat proposée par R. Posner (1986, p.12) et discutée par D.R. Harris et G. Veljanovski (1986, p.114) illustre aussi les différences entre les deux types de normativité. *«Au moment de la conclusion d'un contrat, chaque contractant étant rationnel accorde plus de valeur (ou au moins autant) à la prestation reçue qu'à la prestation fournie. Le contrat est donc efficace. Mais il peut arriver qu'au moment de l'exécution du contrat, une partie trouve un meilleur moyen de placer ses ressources. Si le profit qu'elle peut obtenir de la rupture du contrat est supérieur au profit attendu par l'autre partie de l'exécution du contrat, et si les dommages-intérêts dus à cette dernière sont limités à la perte de ce profit attendu, il y aura une incitation à rompre le contrat. M. Posner et la Chicago Law School jugent un tel résultat économiquement efficace et souhaitent qu'il soit encouragé par la loi puisque, en maximisant l'utilité d'une partie, l'utilité de l'autre restant inchangée, il va bénéficier de la Société en général »* (Favre-Magnan 1992, p.69).

Le critère d'efficacité écarte l'obligation puisque la source normale de l'obligation, c'est le contrat. L'individu ne peut être lié que par sa volonté, par un accord avec une autre personne (Terré 1994, p.53). Dans la proposition de R. Posner l'individu, même s'il s'engage, peut revenir sur son engagement, s'il trouve mieux entre temps. Cela rappelle que le critère d'efficacité est construit sur des stratégies individuelles qui ne sont en aucun cas susceptibles d'être dites universelles et partagées par tous. Ce sont des stratégies « optimales » simplement si on les considère sous l'angle des préférences individuelles particulières et contingentes du sujet (Picavet 1996, p.114). Le droit est, en ce sens, obligé de respecter l'efficacité économique mais l'individu n'est en rien obligé par la loi. Aucune règle du type si p alors q devra être n'est envisageable puisque l'individu qui prend cet engagement peut très bien ne pas s'en acquitter au moment de son exécution. Il n'exécute pas la règle parce que ces préférences ont changé. Est-ce que cela signifie que le contrat était inefficace?

- Au sens « optimal » de l'économie l'argument de R. Posner est juste.

- Au sens respect de la loi, il est clair que la théorie de l'inexécution n'est pas satisfaisante. Elle va, tout d'abord, à l'encontre de la tradition du respect de la parole donnée. Si le respect de la tradition est rationnel parce que la tradition a accumulé toutes les expériences passées. Il est irrationnel de ne pas respecter sa promesse. Elle oublie, ensuite, que la juge représente la justice. Le seul principe du respect de la règle ne permet pas d'accepter que les victimes acceptent une compensation financière qui maximiserait la richesse sociale, car au-delà du meurtre, du viol, du vol, etc. le hors la loi a enfreint la loi. La loi est un bien collectif. La « société » par l'intermédiaire du

Version auteur. « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au principe d'optimisation », *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999, numéro spécial sur l'économie du judiciaire, pp.207-221.

Le juge est donc partie prenante dans la relation qui unit la victime à son bourreau ; le respect de la règle étant une condition de survie du groupe. Ce serait, pour cette raison, une erreur de croire qu'il ne doit pas exister une correspondance « univoque » entre ce que dit la loi et ce que font les individus.

La normativité juridique diffère de la normativité du principe d'optimisation parce qu'elle cherche à dire le juste et qu'elle est garante de la tradition juridique. L'institution judiciaire est un système qui permet de faire respecter la règle devenue droit. La justice fait donc respecter le comportement sélectionné par le groupe et élimine les comportements déviants, c'est-à-dire les comportements qui à termes ne permettraient pas au groupe de survivre. La justice empêche ainsi la prolifération des comportements qui nuisent à la survie du groupe. Elle tend à proscrire les comportements qui ne bénéficieraient qu'à court terme à des individus particuliers. Elle protège, pour cette raison, autant l'individu contre lui-même que le groupe contre les individus, puisqu'elle permet à l'individu d'engager des comportements qui protègent le groupe auquel il appartient.

2.2 Inefficacité de la loi ou responsabilité de la loi ?

La normativité véhiculée par le principe d'optimisation est aussi à l'origine d'un paradoxe. L'AED, tout en adhérant à l'éthique de la responsabilité conclut que l'individu n'a pas de responsabilité face à la loi. Si l'individu ne respecte pas la loi, c'est simplement parce que celle-ci est mal faite.

Ce paradoxe n'est pas étonnant si on garde à l'esprit la critique adressée par G.L.S. Schackle et l'Ecole autrichienne à la théorie des choix de l'école néoclassique. « *En posant que le choix est rationnel, qu'il répond à des mécanismes objectifs, elle en arrive, en effet, à nier l'existence même du choix et condamne finalement l'homme à répondre passivement aux circonstances (...)* Car prendre une décision rationnelle au sens classique du terme, c'est en fonction de données, optimiser un programme pour un objectif souhaité et donc choisir la meilleure solution au problème posé (solution généralement unique) » (Beaugrand 1982, p.302). Ce subjectivisme statique convient parfaitement à la méthode scientifique définie en physique. Il existe des lois de comportement du type si p alors q qui ne sont modifiées que par les conditions initiales. En écartant la liberté le principe d'optimisation écarte la responsabilité et rend le jugement de l'acte théoriquement impossible. C'est la loi qui doit être jugée parce que c'est elle qui a incité l'individu à mal faire. L'économie par son principe d'optimisation propose donc un critère de décision qui paradoxalement écarte le jugement. Il ne s'agit plus de juger d'un fait par rapport à l'état de droit mais de juger d'un fait par rapport au critère d'efficacité.

2.3 Interprétation des intentions des acteurs ou behaviorisme social?

En déclarant que la valeur du principe d'optimisation est dans sa capacité à expliquer la réalité, c'est-à-dire à prévoir les comportements humains face à la loi (Posner 1986, p.16), l'AED se met dans l'incapacité de juger des intentions. Le juge, pourtant, accepte raisonnablement que l'on ait pu donner la mort sans avoir l'intention de la donner. Ce dernier point est extrêmement important parce qu'il modifie la manière dont l'économiste doit interpréter l'action.

- Dans le système juridique français ce sont principalement les tribunaux (ordre judiciaire ou administratif) qui usent du pouvoir d'interpréter les lois et les règlements (Terré 1994, p.397). Ainsi, « *qu'elle soit ou non contentieuse, qu'il y ait ou non un litige, l'application de la règle de droit suppose bien souvent, dans le passage du général au particulier, un processus intermédiaire d'interprétation* » (Terré 1994, p.393). Le processus d'interprétation du droit (de la règle et du jugement) et du fait repose, de manière générale, sur un certain nombre de procédés et de maximise d'interprétation (Terré 1994, p.398)¹². Le premier rôle de l'interprète, selon la méthode exégétique, est de préciser le sens que le législateur a attribué au texte, la portée de celui-ci. Il se référera pour cela aux précédents historiques et à la logique (arguments par analogie, a contrario, a fortiori) afin proposer une nouvelle application particulière de la règle.

- Dans la science du droit, l'interprétation de la règle est l'objet de l'herméneutique¹³ juridique. Cette place prépondérante de l'interprétation à la fois dans la pratique et la science juridique nous rappelle pertinemment que la règle évolue par l'interprétation qu'en font les individus pour l'adapter à des situations qui n'ont pas forcément été pensée par le législateur qui n'a fait le plus souvent que codifier les coutumes¹⁴. Interpréter une règle ce n'est pas seulement évaluer les effets de l'application d'une règle à une situation, c'est ajuster la règle elle-même à la situation. L'obligation est indissociable de l'interprétation ; adapter la règle ne signifie pas la transgresser.

L'activité juridique est, pour cette raison, indissociable de l'interprétation. L'usage du principe d'optimisation assimile « *intention et effet* ». L'individu anticipe toujours parfaitement les effets de son action. Pour interpréter un fait le juge doit simplement constater les effets de l'action. Des effets de l'action, il remontera mécaniquement aux intentions de l'individu. Cette interprétation de l'action peut être, cependant, à l'origine d'erreurs de jugement. Prenons un exemple. « *Je préfère l'action A à l'action B parce que je pense que l'action A me permettra d'obtenir X alors que l'action B provoquera un événement Y que je juge insatisfaisant* ». « *L'action A ne me permet pas d'obtenir X, mais provoque un événement Y qui nuit à un autre individu* ». Si le juge utilise le principe d'optimisation pour évaluer mon action, il jugera que l'action A avait pour intention de réaliser Y et de nuire à l'autre individu, puisque « *je suis supposé anticiper parfaitement les effets de mon action* ». Sous ce même principe, il jugera que « *je préfère l'événement Y à l'événement X* ». Si le juge s'en tient au principe d'optimisation il se trompe donc sur la nature des causes (des intentions) puisqu'il juge que « *j'ai fait A pour provoquer l'événement Y* ». La généralisation de l'usage du principe d'optimisation pour expliquer l'action humaine serait, pour cette raison, à l'origine d'une erreur de jugement. En revanche, si le juge

¹² F. Terré retient trois maximes. 1) Il est interdit de distinguer là où la loi ne distingue pas. 2) Les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales. 3) La loi cesse là où cessent ses motifs.

¹³ « *L'herméneutique est la théorie des opérations de compréhension dans leur rapport avec l'interprétation des textes, le mot hermeneutique ne signifiant pas autre chose que l'exercice méthodique de l'interprétation. Par méthodique, j'entends ceci: si l'on appelle exégèse l'ensemble des procédés appliqués directement à des textes singuliers, l'herméneutique est une discipline de second degré appliquée aux règles générales de l'exégèse* » (Ricoeur 1994, p.15).

¹⁴ La coutume est la plus ancienne source de droit (Terré 1994, p.191).

Version auteur. « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au 11 principe d'optimisation », *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999, numéro spécial sur l'économie du judiciaire, pp.207-221.

accepte de tenir compte « *des intentions de mon action, j'ai A parce que je pensais que cela me permettrait d'obtenir l'événement X* », son jugement sera moins sévère et plus juste, car en relation avec les faits. « *Je n'ai pas voulu provoquer l'événement Y qui est une conséquence inintentionnelle de mon action* ». Pour dire le juste, le juge n'a donc pas intérêt à interpréter l'action comme le résultat d'un calcul d'optimisation.

CONCLUSION

L'irréductibilité de la rationalité déontique au principe d'optimisation permet donc de saisir l'étrangeté du principe d'optimisation pour l'étude des décisions de justice, d'évaluer les forces et les faiblesses de l'AED de l'école de Chicago et d'expliquer la résistance des juristes à ce type d'analyse.

La résistance du droit à l'AED n'est pas le simple fait d'un corporatisme, d'une peur de la concurrence des économistes, de l'absence de compétences mathématiques des hommes de droit, de leur manque d'attrait pour la littérature anglo-saxonne, de la prétendue coloration politique libérale de l'AED (MacKaay 1987) ou d'une grande inutilité pour les professionnels du droit (Van den Bergh 1996). Elle s'explique par la faiblesse du principe d'optimisation pour comprendre l'obligation, par la normativité du principe d'optimisation et par l'incapacité de la logique mathématique à rendre compte de proposition du type, A est obligé envers B à ce que p. L'erreur de l'AED est simplement d'avoir pensé pouvoir construire une théorie générale des comportements humains uniquement sur l'acte de choisir. A l'acte de choisir s'ajoute le devoir qui exclut le choix mais grandit la volonté. La principale faiblesse de l'AED de l'école de Chicago est donc d'ignorer que l'homme a une conscience, des intentions et des traditions. L'entrée de l'obligation dans l'analyse économique n'est cependant pas nouvelle. La théorie de l'évolution culturelle (Hayek, Lachmann), l'Ecole évolutionniste contemporaine, ou l'Ecole française des conventions par l'étude des traditions, des routines et des conventions à partir d'une théorie des ordres complexes propose déjà une explication de la production et de la place de la règle dans la décision individuelle.

Cette conclusion ne signifie pas que l'AED de l'école de Chicago n'ait pas un grand intérêt. En concentrant ses efforts sur les effets de la loi sur les choix individuels, elle donne à l'économiste la possibilité d'évaluer l'efficacité des politiques publiques. Ce type d'étude malheureusement reste peu développé par les économistes du droit qui pour l'instant se contentent d'une pure logique des choix¹⁵.

Bibliographie :

Aubert J.L. (1979), **Introduction au droit**, Que sais-je?, PUF, Paris.

Beaugrand P. (1982), « Le temps, l'imagination, l'incertitude dans la théorie du Professeur G.L.S. Shackle », **Revue Economique**, n°2, mars, pp.297-320.

¹⁵ Sur les 300 publications mentionnées par la bibliographie de G. De Geest (1992) très peu sont des études empiriques au sens strict (De Geest 1996, p.1001).

Version auteur. « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au 12 principe d'optimisation », *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999, numéro spécial sur l'économie du judiciaire, pp.207-221.

Becker G.S. (1976), **The Economic Approach to Human Behavior**, Chicago and London: The University of Chicago Press.

Boyer (1987), Numéro spécial (1987), La pensée de K. Popper et la science économique, **Economies et Sociétés**, série HPE n°8, ISMEA, 10/1987.

Chérot J.Y. (1987), « L'analyse économique du droit: principaux aspects, Trois thèse de l'analyse économique du droit: quelques usages de l'analyse économique de règles juridiques », **Revue de la recherche juridique. Droit Prospectif**, n°2, Problèmes économiques n°2061, 10 février 1988, pp.4-8.

De Geest G. (1996), « The debate on the scientific status of law and economics », **European Economic Review**, 40, pp.999-1006.

Facchini F. (1999), « L'apport de la théorie de l'évolution culturelle à l'économie des institutions », **Les Cahiers du CERAS**, n°31, janvier 1999.

Favre-Magnan M. (1992), **De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie**. Biblio. de droit privé tome 221, LGDJ.

Gardies J.L. (1994), « La rationalité du droit sous le regard de la logique », dans **Théorie du droit et science**, Paul Amselek (Ed.), coll. Léviathan, PUF, pp.75-85, Paris.

Goyart-Fabre (1994), « De l'idée de norme à la science des normes: Kant et Kelsen », dans **Théorie du droit et science**, Paul Amselek (Ed.), coll. Léviathan, PUF, pp.211-232, Paris.

Harris V.D. et Veljanovski C.G. (1986), « The Economic Concept of Efficiency », in **Contract and Organisation, Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory**, Daintith T. et Teubner G. , European University Institute, Editions Walter de Gruyter.

Hayek F.A. (1993), **La constitution de la liberté**, (Traduction française) coll. Libéralia, Litec, Paris.

Hayek F.A. (1985), **Droit, législation et liberté**, coll. Libre échange, PUF, Paris (traduction française).

Hayek F.A. (1967), « Résultats de l'action des hommes et non de leurs desseins », dans E.M. Claassen, **Les fondements philosophiques des systèmes économiques**, Paris, Payot.

Kant E. (1796), **Métaphysique des moeurs, première partie, Doctrine du droit**, Librairie philosophique, J. Vrin, (traduction française) A. Philonenko, Ed. 1979, Paris.

L.M. Lachmann (1977), **Capital Expectations and the Market Process: Essays on the Theory of the Market Economy**, Kansas City: Sheed Andrews and McMeel.

Version auteur. « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au 13 principe d'optimisation », *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999, numéro spécial sur l'économie du judiciaire, pp.207-221.

Lévy-Bruhl H. (1967), **Sociologie du droit**, Que sais-je? PUF, Paris.

Levy-Garboua L. et Blondel S. (1995), « La décision comme argumentation », 2^o Journée d'études du METIS, 23 mai 1995, **Structures et coordinations économiques**, minéo.

Lyon D. (1982), « Utility and rights », dans **Nomos IV: Ethics, Economics and Law**, J.R. Pennock et J.W. Chapman (dir.), New York, New York University Press.

Maritain J. (1924), **Réflexions sur l'intelligence et sur sa vie propre**, 2^{ème} Ed., Paris, Nouvelle Librairie Nationale, Biblio. Française de Philosophie.

Mckaay V.E. (1987), « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste? », **Revue de la recherche juridique, Droit Prospectif: l'analyse économique du droit**, 2 Colloques, Aix-en-Provence, mai 1986 et Corte, Janvier, 1986, P.Uni. Aix-Marseille, 1987.

Mises L. (1985), **L'action humaine**, (traduction française) PUF, Paris.

Mongin P. (1993), « L'optimisation est-elle un critère de rationalité individuelle? », **Cahiers d'épistémologie**, Université du Québec à Montréal, 159^o numéro, Cahier n^o9301.

Picavet E. (1996), **Choix rationnel et vie publique**, coll. Fondements de la politique, essais, PUF, Paris.

Posner R.A. (1986). **Economic Analysis of Law**, Little, Brown and Company, 3^{ème} éd.

Ricoeur P. (1994), « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », dans **Théorie du droit et science**, sous la direction de P. Amselek, coll. Léviathan, PUF, Paris.

Rosier M. (1993), **L'Etat experimentateur**, PUF, Paris.

Terré F. (1994), **Introduction générale au droit**, 2^{ème} Ed. Précis, Dalloz, Paris.

Van Den Bergh R. (1996), « The Growth of Law and Economics in Europe », **European Economic Review**, 40, pp.969-977.

Varian H.R. (1992), **Introduction à la microéconomie**, (traduction française) coll. Prémisses, De Boeck Université.

Veljanovski C. (1990), **The Economics of Law, An Introductory Text**, IEA, Hobart Paper 114, London.

White H.L. (1977), *Methodology of the Austrian School*, Center for Libertarian Studies, Occasional Paper Series, 1, March. Rev. ed. Published as *The Methodology of the Austrian School Economists*, The Ludwig von Mises Institute of Auburn

Version auteur. « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au 14 principe d'optimisation », *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999, numéro spécial sur l'économie du judiciaire, pp.207-221.

University, Auburn, Alabama (1984) dans, **Austrian Economics**, vol.1, S. Littlechild, [35].

Wubben E. (1995), « Austrian economics and uncertainty: on a non-deterministic but non-haphazard future », dans Meijer G. (Ed.), **New Perspectives on Austrian Economics**, Routledge, London and New-York.