



HAL
open science

Principe de causalité et économie de la responsabilité civile

François Facchini

► **To cite this version:**

François Facchini. Principe de causalité et économie de la responsabilité civile. Colloque international, les 28 et 29 juin 2000. Université de Nancy II, CREDES. L'économie du droit dans les pays de droit civil: quelle place pour l'économie dans la construction des règles., 2000, Nancy, France. pp.151-167. hal-00490361

HAL Id: hal-00490361

<https://hal.science/hal-00490361v1>

Submitted on 8 Jun 2010

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.

PRINCIPE DE CAUSALITE ET ECONOMIE DE LA RESPONSABILITE CIVILE

François Facchini

INTRODUCTION

La plupart des articles et Traités abordant les liens qui unissent le principe de causalité et les règles de responsabilité civile font la même remarque préliminaire. Ce thème de recherche est difficile parce qu'il traite de questions aussi complexes que la définition de la causalité, les liens entre le droit, l'économie et la morale, ou les liens entre l'ordre légal et l'ordre civil. Cette extrême complexité du sujet nous permet d'être modeste et de ne pas prétendre à une étude générale et exhaustive. Notre domaine de recherche nous donne aussi un moyen de restreindre notre champ d'analyse. Il s'agit de présenter les travaux des économistes et non de traiter du principe de causalité en droit français. Cette réduction du champ ne nous empêche pas cependant d'avoir l'ambition de donner à la doctrine une position originale qui pourrait servir à trancher les litiges.

La caractéristique principale des travaux des économistes en matière de responsabilité civile est sans doute de proposer une notion de rechange au principe de causalité. Toute l'originalité de la proposition coasienne repose sur le principe de réciprocité (Coase 1960). Elle nie l'intérêt de procéder à une étude causale parce qu'elle soutient qu'il n'y a pas de cause hors de l'économique. La cause d'une nuisance est une action qui ne maximiserait pas le niveau de la production. Il propose de faire supporter le dommage par l'individu le moins efficace.

Il existe cependant selon les auteurs des nuances et des différences. Les différences portent sur l'objectif politique à retenir (efficacité, maximisation de la richesse collective, équité, justice distributive, etc.). Les nuances portent sur la manière de penser la causalité. Les premiers économistes (Coase, Calabresi) soutiennent que la causalité n'existe pas hors des buts économiques choisis. Ils ne nient pas qu'elle puisse exister pour des objectifs morales ou divers, mais ils pensent que la notion de cause est inutile pour résoudre les litiges. Les suivants (Posner, Landes, Shavell) pensent au contraire qu'il est possible de traiter de la causalité en termes économiques à partir de la théorie du risque. Ils ont alors tendance à s'insérer dans le mouvement de substitution du risque à la faute qui a marqué la doctrine au XIX^{ème} et au XX^{ème} siècle.

Cette position est dominante, mais ne fait pas l'unanimité. De nombreuses critiques lui ont été adressées. Elles portent sur le critère d'efficacité conçu comme norme sociale et comme un instrument d'explication des décisions de justice. Elles ont été menées par des économistes (Rizzo 1979, 1980, 1985, 1987, Arnold et Rizzo 1980, Rothbard 1979, 1982, Lewin 1982, O'Driscoll 1980, Pasour 1982, Cordato 1992) qui se rattachent le plus souvent aux travaux de Friedrich von Hayek et une partie des juristes qui restent attachés aux liens entre la faute et le dommage (Epstein 1973, Dworkin 1980, Wright 1987). Ces critiques ont permis de proposer une théorie économique de la responsabilité qui prend les droits et le principe de causalité au sérieux.

Notre intervention se développe donc en trois parties. La première partie expose l'idée coasienne qu'il faut remplacer la recherche de causalité par l'application d'un critère d'efficacité. La deuxième partie expose les critiques qui ont été adressées à la logique de

l'efficacité et prépare les développements de la troisième partie en insistant sur l'impossibilité de connaître le futur. La troisième partie soutient que la décision du juge est toujours soutenue par un raisonnement rétrospectif dont la mission est de rétablir l'ordre légal en désignant comme fautif les individus qui n'ont pas respecté les droits définis *ex ante*. Le principe de causalité est, dans cette perspective, purement juridique et ne se confond pas avec le principe de causalité scientifique. Il ne s'agit pas de rechercher les causes factuelles d'un événement mais les causes légales. Ce qui donne une solution juridique au problème de la pluralité des causes.

1. L'efficacité comme cause

Le principe d'efficacité est présenté comme un substitut à la recherche de causalité. Il vient pallier les défaillances de la recherche de causalité en présence d'une pluralité de causes et d'effet¹. L'existence d'une pluralité de cause pose la question du choix de l'une d'entre elle. Un dommage est, en effet, souvent la résultante de la conjonction malheureuse de plusieurs événements. L'accident d'un piéton s'explique par la conjonction de plusieurs faits. Il se trouvait sur le bord de la route au même moment et au même endroit que l'automobiliste qui avait bu un verre servi par son hôte pour fêter son anniversaire. L'inattention du conducteur et le passage d'une voiture en sens inverse n'ont pas permis au conducteur de le voir traverser la route pour rejoindre un autre piéton placé de l'autre côté. Tous ces événements sont la cause de l'accident au sens où l'absence de l'un d'eux aurait suffi pour que le dommage ne se réalise pas. Dans ce cas, le juge doit chercher à sélectionner les causes pertinentes. La question est de savoir comment le juge sélectionne l'une des causes de l'événement.

1.1. Les solutions juridiques au problème de la pluralité des causes

La doctrine juridique a avancé quelques solutions.

a) Les juges peuvent, tout d'abord, refuser de sélectionner entre les causes et estimer « *que chaque facteur, du moment qu'il a été indispensable à la réalisation du résultat, doit être considéré comme l'une des causes de celui-ci* ». Sous ce principe « *pour qu'un fait dommageable soit considéré comme causal, il faut et il suffit qu'il en ait été l'une des conditions sine qua non* »². Tous les intervenants sont donc en partie responsable. Si le juge considère que chaque condition pris isolément n'est rien et que la cause ne se trouve que dans leur conjonction, il répartit de manière égale la charge sur tous les acteurs qui ont participé à l'accident.

b) Ils peuvent, au contraire, admettre l'idée qu'il est possible de sélectionner une cause. Trois critères de sélection sont le plus souvent avancés.

- Le premier critère, dit de « *la conséquence immédiate* », n'accorde la qualité de cause qu'à la dernière condition. Sous ce principe seul l'automobiliste est responsable d'avoir accidenter le piéton.

¹ A la pluralité des causes correspond en aval, la pluralité des effets. Le piéton renversé par l'automobiliste a été soigné, mais souffre quelques années plus tard de troubles psychiques qui lui ont fait perdre sa capacité à diriger son entreprise et l'ont mené à la faillite, entraînant avec elle le licenciement de plusieurs salariés.

² Viney G. et Jourdain P., **Les conditions de la responsabilité**, LGDJ, 2^e Ed., p.160.

Colloque international, les 28 et 29 juin 2000. Université de Nancy II, CREDES. *L'économie du droit dans les pays de droit civil : quelle place pour l'économie dans la construction des règles.*

- Le deuxième critère, dit « *de causalité directe* », donne la qualité de cause qu'aux événements qui sont directement à l'origine du dommage. Sous ce principe et sur la base d'un raisonnement approximatif, la responsabilité de l'hôte et du convive sont directement engagés.

- Le troisième critère, dit « *de la causalité adéquate* », ne retient la qualité de cause qu'aux conditions qui « *d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie était en soi propre à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit, en sorte que sa survenance paraît, de façon générale, favorisée par le fait en question* ». L'action du défendeur est la cause du dommage s'il est probable que sans cet acte le dommage ne se serait pas produit. Toute la difficulté porte alors sur l'évaluation du niveau de probabilité qui rend responsable le défendeur. « *Il est, pourtant, généralement impossible d'affirmer avec certitude que, sans le fait qui a été à l'origine du danger, le dommage ne se serait pas produit. On peut seulement constater qu'il aurait eu moins de chance de se produire* »³. Le juge recourt à la notion de prévisibilité objective du dommage afin d'estimer que la faute cause vraisemblablement le dommage.

c) Le juge peut, enfin, décider de remplacer le principe de causalité par une notion de rechange⁴ et substituer à l'analyse de la causalité celle de l'efficacité.

L'arrêt *Kelly v. Gwinnell* (96 N.J., 538, 476 A. 2d 1219, 1984) de la Cour du New Jersey peut illustrer cette position. L'objectif du juge n'est pas de garantir les droits des individus, mais de lutter contre l'alcoolisme des conducteurs et de minimiser les risques d'accident (Culp 1986). Lors de cette décision le juge a étendu la responsabilité à l'hôte qui sert des boissons alcoolisées⁵ en utilisant la jurisprudence qui rend responsable l'adulte qui sert une boisson alcoolisée à un mineur⁶. Il a estimé que l'hôte connaissait mieux la teneur en alcool de ses boissons que le convive. Il y a derrière cette décision un objectif politique et une théorie de la causalité tout à fait particulière. L'acte de l'hôte est répréhensible parce qu'il provoque l'euphorie de ses invités et peut à terme nuire à un tiers. L'acte de servir à boire est objectivement la cause de l'euphorie du conducteur qui rentre chez lui après la fête. L'acte de l'hôte est donc socialement répréhensible parce qu'il accroît la probabilité des accidents. Il va à l'encontre de l'objectif politique de réduction des risques d'accident. La règle de responsabilité est un moyen d'atteindre un objectif concret.

Toute l'analyse économique du droit est construite sur cette logique. Elle postule un objectif politique comme la minimisation du coût social et dérive les règles de responsabilité capables d'atteindre cet objectif. L'acte de l'hôte est fautif parce que le juge le considère mieux placé pour réduire le risque d'accident à moindre coût. La cause est donc réduite à l'efficacité (Burrows [1999], p.34, Culp [1986], p.33) et la faute définie par rapport à l'inefficacité d'un acte. La faute est strictement définie par rapport aux effets sur la société

³ Viney et Jourdain, p.192.

⁴ voir Geneviève Viney et Patrice Jourdan, **Droit Civil**, Les conditions de la responsabilité, 2^eEd., LGDJ, p.156.

⁵ exemple cité par Culp ([1986], p.41).

⁶ Le raisonnement est le suivant. Un mineur ne peut pas avoir conscience des conséquences d'une conduite en état d'ivresse, l'adulte en revanche connaît les effets euphorisants de l'alcool. Ce raisonnement est aussi utilisé pour établir la responsabilité d'un vendeur qui par ses produits intoxiques ses clients. L'argument utilisé est donc celui du vice de consentement qui soutient que l'une des parties est d'une manière quelconque soit par suite de sa situation sociale ou de fortune, soit par suite de son inexpérience, de sa légèreté, de sa faiblesse ou pour d'autres raisons, en état d'infériorité notoire vis-à-vis de son co-contractant et que le contrat se ressent de cette inégalité des parties (Bois-Juzan [1939], p.47).

Colloque international, les 28 et 29 juin 2000. Université de Nancy II, CREDES. *L'économie du droit dans les pays de droit civil : quelle place pour l'économie dans la construction des règles.*

dans son ensemble d'un acte. Il ne s'agit pas de gérer un litige entre deux individus, mais de réaliser un objectif politique.

1.2. L'efficacité comme solution au problème de la pluralité des causes

Principe de réciprocité et principe de causalité : incompatibilité coasienne

Dans l'analyse du problème du coût social proposée par Ronald Coase (1960) peu importe finalement l'origine des dommages. L'originalité de son analyse se situe, même, dans la négation de la relation pollueur-payeur initiée par Pigou. Coase s'oppose ouvertement à l'idée que l'individu qui cause le dommage devrait être proclamé responsable et dédommager le pollué. Il soutient que c'est celui qui cause le plus grand tort à autrui qui doit être déclaré responsable. Ainsi, il serait inefficace d'empêcher un individu de produire un bien de grande valeur sous prétexte que son activité empêche un voisin de profiter de son jardin. La réciprocité des dommages s'oppose, par conséquent, à la causalité pigouviennne qui est strictement construite sur l'idée que si A provoque un dommage à B, il doit réparer ce dommage. Elle repose sur l'idée que ce sont les deux parties qui provoquent le dommage (Coase [1997], p.133) et estime que pour sortir de ce flou juridique il faut comparer « *l'utilité et le tort causé par les deux parties* » (Coase [1997], p.143). Il juge que « *toute la question consiste à comparer les gains qu'on retirerait de l'élimination des nuisances avec ceux qu'on obtiendrait en autorisant leur poursuite* » (Coase [1997], p.154).

Le juge peut alors se faire l'avocat de cette nouvelle manière de penser la question de la responsabilité. Il y a exemption de responsabilité si les avantages d'une nuisance sont supérieurs à son élimination, car « *le problème que nous rencontrons en traitant des actions qui provoquent des nuisances n'est pas simplement celui de réprimer ceux qui en sont responsables. Ce qu'il faut apprécier, c'est oui ou non, le gain obtenu en prévenant le mal est plus important que la perte qui serait subi par ailleurs en raison de la cessation de l'activité préjudiciable* » (Coase [1997], p.154). Toute l'analyse coasienne repose sur ce principe. La cause matérielle d'une nuisance n'est plus prise en compte dans la décision du juge, car il n'y a pas de cause hors de l'économique. La cause d'une nuisance est une action qui ne maximiserait pas le niveau de la production. R. Coase (1960) propose, par conséquent, une définition économique de la faute et de la cause. L'action provoque de fait une nuisance, mais elle n'est fautive que si les gains qu'elle induit sont inférieurs aux pertes qu'elle fait supporter à l'ensemble de la société. Par ce raisonnement, R. Coase (1960) donne le droit aux individus efficaces qui maximisent le bien être social et estime qu'il faut systématiser les décisions des juges ou du législateur qui vont, dans cette direction. Il faut mettre le droit au service de l'efficacité⁷.

⁷ Guido Calabresi (1961) a développé une vision assez analogue du droit, puisqu'il défend l'idée que le juge pour se faire une opinion est obligé d'engager un calcul compliqué pour créer une hiérarchie des causes fondée sur un principe de minimisation du coût pour la société. Il admet que l'administration publique peut-être dans certain cas mieux armées que le juge pour évaluer les pertes et les avantages (Calabresi 1982). Il soutient qu'en présence d'une nuisance de A sur B, le juge a des capacités moins importantes que l'administration publique pour déterminer les coûts de la nuisance. Quand le juge tente de calculer si les coûts de la nuisance sont supérieurs aux avantages, il est obligé non seulement de faire un bilan, mais aussi d'engager une évaluation prospective. La grande difficulté d'une telle décision est quel se place sur le long terme et demande des moyens d'investigation extrêmement puissants. L'administration publique est, pour cette raison, dans de meilleures conditions pour résoudre ce problème, car elle possède un horizon temporel plus long que le juge qui doit trancher un litige presque dans l'urgence.

Economie de la responsabilité et calcul du niveau de précaution optimal

W. Landes et R. Posner (1983) donnent aussi pour objectif aux règles de responsabilité de maximiser la richesse collective et insèrent leur analyse dans la théorie du risque. « *Le défendeur est responsable si la perte causée par l'accident excède le niveau de précaution qu'il aurait pu prendre pour l'éviter. Si un coût plus important peut être évité par une dépense plus petite, l'efficacité impose que la dépense la plus faible soit supportée* » (Posner [1973], p.69). Cela a pour conséquence de modifier la répartition des droits sur les ressources des individus. Le juge a pour tâche de mimer le marché afin de pallier à ses défaillances institutionnelles. C'est parce que les plaignants n'ont pas pu s'échanger les droits sur les ressources disponibles qu'ils en sont venus à demander à la justice de trancher. L'application du principe d'efficacité modifie donc la distribution des droits de propriété initiaux et se substitue au principe conservateur de justice commutative.

La cause des litiges est un niveau de précaution insuffisant. L'économie a pour mission de définir des seuils de précaution optimaux afin d'aider le juge à prendre des décisions qui servent l'efficacité ou la maximisation de la richesse. Il s'agit de hiérarchiser les causes sous le critère d'efficacité. Le juge attribue la responsabilité d'un accident à l'individu qui aurait pu l'éviter à moindre coût. L'application du principe d'efficacité est apparue assez évidente pour les économistes qui, en reprenant les travaux de la doctrines ont constaté que la faute était assimilée à l'imprudence. Il est facile alors de comprendre qu'en définissant la faute ainsi, la doctrine juridique a incité les économistes à substituer le risque à la faute et à appliquer leurs approches conséquentialiste. L'inexécution de l'obligation, qui est à l'origine du dommage, est définie par rapport à un niveau de précaution. L'économiste ne fait, dans ces conditions, que formaliser et préciser l'obligation de prudence contenue dans les règles de responsabilité. Il propose simplement au juge ou au législateur d'appliquer la règle de responsabilité (pour faute ou sans faute) qui minimise les risques d'apparition des accidents à moindre coût.

La théorie économique néoclassique a progressivement développé cette manière de poser le problème et préciser le projet de Landes et Posner en substituant au principe de maximisation de la richesse le principe d'efficacité (Shavell 1980). La décision du juge consiste à attribuer la responsabilité afin de maximiser le bien être social, autrement dit, à minimiser le coût social des accidents. Cette approche repose sur des faits empiriques; l'affectation de la responsabilité devant rendre la somme des coûts des accidents minimale. La faute est fondée sur l'imprudence respective des deux parties. Elle dépend du risque pris par chacune des parties aux litiges. Dans cette perspective, le juge affecte la responsabilité afin de prévenir les accidents à moindre coût. Il se donne pour objectif d'inciter les individus à atteindre le niveau optimal de précaution. L'affectation de la responsabilité a une fin incitative. Si l'hôte est dans une meilleure position que son convive pour apprécier les dangers des boissons alcoolisées il doit être désigné responsable et dédommager les tiers en cas d'accident. En revanche, si le convive est le mieux placé pour éviter l'accident à moindre coût c'est à lui de réparer les dommages. L'affectation de la responsabilité dépend en quelque sorte de l'apport des dépenses de précaution de l'individu à la minimisation du coût social des accidents.

Conclusion 1

L'économie de la responsabilité de Coase à Posner réduit donc la cause à l'efficacité et pense la décision de justice comme prospective. Il existe, ensuite, des différences entre les

Colloque international, les 28 et 29 juin 2000. Université de Nancy II, CREDES. *L'économie du droit dans les pays de droit civil : quelle place pour l'économie dans la construction des règles.*

auteurs, mais globalement le droit est donné aux individus qui servent le mieux l'efficacité du système économique. Cette démarche ne fait pas l'unanimité chez les économistes et les juristes qui se sont intéressés à la question. Leur critique porte sur le principe d'efficacité lui-même et/ou sur son application au domaine juridique.

2. Les critiques adressées à l'efficacité comme cause

Les critiques adressées à l'application du critère d'efficacité à la décision du juge ou du législateur rejoignent les critiques générales sur l'usage de critères définis *a priori* pour juger de la performance des systèmes économiques (Pasour [1982], p.454).

Généralement le critère d'efficacité est défini en termes de condition d'optimalité en situation de concurrence pure et parfaite. Ces conditions suppose que les individus sont des preneurs de prix, qu'il existe une parfaite communication entre les individus, des équilibres instantanés et des coûts de transaction faibles. L'usage de ce type de critère d'efficacité ou d'optimalité caractérise ce que H. Demsetz ([1969], p.1) a appelé « *l'approche nirvana* ». En pratique une telle approche revient à comparer l'idéal à la réalité et à montrer l'imperfection de la réalité par rapport à l'idéal afin de proposer *in fine* que la réalité se rapproche le plus possible de la situation idéale. Cela signifie que la réalité n'est jamais efficace, parce qu'il est impossible de réunir les conditions de réalisation de cette économie. L'usage du paradigme de la concurrence pure et parfaite exclut l'incertitude, l'ignorance et l'ensemble des dimensions qui rendent finalement la décision humaine problématique (Pasour et Bullock 1975)⁸.

C'est dans cette perspective qu'il faut comprendre les critiques adressées à l'usage du critère d'efficacité en économie du droit.

2.1. L'efficacité comme un objectif parmi d'autres

Le critère d'efficacité utilisé par l'analyse économique du droit n'a de sens que par rapport à une fin clairement définie.⁹ La maximisation de la richesse nationale, la minimisation du nombre des accidents ou la minimisation des coûts de prévention des accidents¹⁰ relève de cette définition. La décision de justice est sous cette définition inefficace si elle ne respecte pas ces fins. Une telle position tend alors à exclure toutes les autres fins possibles. L'exclusion systématique des autres fins introduit donc des coûts externes pour tous les individus qui pensent que l'efficacité n'est pas une fin souhaitable (Rizzo [1979], p.72).

Murray Rothbard (1979) approfondit cette critique en mettant en évidence l'arbitraire du choix d'une philosophie utilitariste pour fonder la décision de justice (Rothbard [1979], p.91). Pour les utilitaristes les fins de tout le monde sont réellement les mêmes. Il en découle que tous les conflits sociaux sont simplement des problèmes techniques ou pragmatiques. Il suffit de trouver les moyens appropriés pour qu'une fin commune et appropriée soit trouvée. C'est le mythe de la fin universel et commune qui permet aux économistes de croire qu'ils peuvent scientifiquement et dans un contexte libre de tout jugement de valeur prescrire des

⁸ S'il est vrai que le développement de la théorie de la concurrence imparfaite a modifié la compréhension du critère d'efficacité, il n'en est pas moins vrai qu'elle n'a toujours pas intégré l'extrême subjectivité des jugements individuels.

⁹ Cette conception de la loi trouve son origine en économie dans les travaux de Jeremy Bentham qui estime que la loi est faite pour satisfaire les désirs spécifiques des individus (Rizzo [1985], p.867).

¹⁰ Demsetz H. (1972).

mesures politiques (Rothbard [1979], p.91). Pourtant, l'existence de fins individuelles comme l'égalitarisme ou l'élitisme sont ouvertement conflictuelles et suscitent des problèmes d'externalité. La fin de l'individu A nuit à celle de l'individu B. La fin de l'un se réalise au détriment de la fin de l'autre. Ces affirmations nous permettent alors de nous demander pourquoi il faudrait maximiser la richesse sociale ou pourquoi il faudrait minimiser les coûts? (Rothbard [1979], p.92)¹¹. « *Pourquoi une société qui dispose d'une quantité supérieure de richesses serait-elle meilleure ou dans une meilleure situation qu'une société qui a une quantité moindre?* » (Dworkin 1980). Une société qui construirait l'ordre légal sur la base d'un calcul coût - avantage prospectif, ne pourrait donc au mieux qu'atteindre un ordre particulier qui substituerait aux fins individuelles les fins recherchées par le juge ou le législateur (Hayek 1985).

2.2. Le critère d'efficacité ne prend pas les droits au sérieux et conduit à des décisions de justice arbitraires

Dans la logique coasienne le juge a pour mission de définir des droits. Il affecte les ressources aux individus qui les valorisent le mieux. Prendre les droits au sérieux consiste, au contraire, à donner pour tâche au juge de dire le droit et de corriger les injustices. Lorsqu'un cultivateur constate des incendies provoqués par le passage des trains de la Compagnie de chemin de fer, il demande simplement au juge de rétablir ses droits. Le juge n'a pas à se demander s'il serait plus efficace socialement d'attribuer des droits à polluer à la Compagnie de Chemin de fer. Le propriétaire du chemin de fer est jugé responsable des dommages infligés au cultivateur. Le juge agit sous la règle de la propriété. Il ne transige pas sur ce point. Le respect de la propriété privée est un principe obligatoire, rien ne peut modifier ce principe même pas un calcul coût- bénéfice défavorable au propriétaire initial des droits sur la ressource (Rothbard 1982, Lewin 1982, Bouckaert 1991, Facchini 1997). L'un des problèmes économiques les plus importants de l'application par le juge d'un critère d'efficacité défini *a priori* est qu'il rend subalterne la protection des droits initiaux. Autrement dit, il ne prend pas au sérieux la légitimité des droits de propriété.

Pour prendre les droits au sérieux, il faut prendre conscience que la référence aux conséquences sociales est seulement occasionnelle ou incidente dans le système juridique. Le conséquentialisme est insuffisant parce qu'il ne fait pas dériver le droit de principes plus essentielles comme les libertés fondamentales (Dworkin 1984), parce qu'il repose sur une logique du choix qui est irréductible à la logique juridique de l'obligation, et (Facchini 1999) et parce qu'il conçoit le droit comme une construction rationnelle alors qu'il s'agit du résultat d'un processus d'essai, d'erreur et de stabilisation (Hayek 1983). Au lieu de dire le droit et de corriger les erreurs d'appréciation des individus sur l'étendu des droits d'autrui, le juge redistribue les droits.

Il conduit, alors, le juge à prendre des décisions arbitraires, autrement dit, des décisions qui ignorent les droits légitimes des individus. Pour préciser cette dernière critique, prenons un exemple¹². Considérons deux individus, A pollue B. le juge compare les coûts et les bénéfices de la nuisance et estime que B a tort parce que son activité est moins bénéfique pour la société que celle de A. Le juge donne, dans ce cas, les droits à A. Un autre litige

¹¹ La position de Richard Posner vis-à-vis de l'utilitarisme n'est cependant pas évidente. Ce dernier propose, en effet, le critère de maximisation de la richesse pour échapper à la philosophie utilitariste. Voir : Posner R.A. (1979) ou Stowell A. (1987). L'idée développée par Posner est que gaspiller des ressources, autrement dit, ne pas respecter le critère d'efficacité est immoral.

¹² exemple développé par Burrows ([1999], p.32).

survient entre B et C. C pollue B. B défend à nouveau ces droits devant le juge qui compare les coûts et les bénéfices de la nuisance et estime cette fois que l'activité de C est moins utile à la société que celle de B. Il protège les droits de B. A et C produisent pourtant les mêmes biens, mais C a des charges salariales plus élevées et produit plus cher que A. La décision du juge n'est donc pas la même pour A et C, alors que les faits sont les mêmes. A et C polluent pourtant B de la même manière.

L'application du critère d'efficacité par le juge ou le législateur peut donc conduire à des décisions arbitraires, à ne pas prendre les droits au sérieux et à faire de la richesse collective ou de la minimisation des coûts une valeur collective qui n'est pas forcément partagée par tout le monde.

2.3. L'impossibilité épistémologique de l'objectif d'efficacité

Ces critiques restent cependant partielles, car elles ne remettent jamais en cause la capacité du juge ou du législateur à maximiser le bien-être social ou la richesse collective. Contrairement à ce qu'affirme Paul Burrows ([1999], p.37), le problème fondamental n'est pas de donner au juge le pouvoir de transférer les droits de propriété vers des usages plus efficaces, mais de faire croire que cela est possible¹³.

La critique la plus importante est la critique épistémologique, car elle conteste la possibilité même de réaliser l'objectif d'efficacité. Ni le juge, ni l'administration publique ne disposent des informations nécessaires pour prendre des décisions efficaces.

Cette critique reprend les critiques adressées au socialisme de marché d'Oskar Lange et formulées à l'égard de la théorie marxiste de la valeur. Elle soutient que l'application du critère d'efficacité n'est pas possible, parce que les données nécessaires pour calculer les coûts et les bénéfices des décisions respectives des prévenus sont, soit inexistantes, soit indisponibles (Rizzo [1979], p.84). L'évaluation des coûts et des bénéfices est de nature subjective. Il est impossible, pour cette raison, de mesurer les coûts et les bénéfices pour un autre individu. L'économiste ne peut donc utiliser le critère de maximisation que pour estimer sa propre échelle de valeur (Buchanan 1959, 1969).

Hors de l'équilibre de concurrence pure et parfaite, il n'existe aucune mesure des coûts sociaux d'opportunité de l'usage d'une ressource. Hors de l'équilibre stationnaire stochastique, il n'y a aucune mesure objective des probabilités. Il est, dans ces conditions, impossible pour un juge de prendre une décision efficace, car il est impossible d'additionner et de comparer des coûts et des bénéfices évalués subjectivement (Rothbard [1979], p.92)¹⁴. En l'absence de connaissance sur la position de l'équilibre général, nous ne pouvons pas connaître quand les prix des ressources se rapprochent ou s'éloignent de leur valeur d'équilibre. Il est impossible de savoir ce que seraient les décisions des individus si les transactions de marché étaient possibles dans les cas protégés par le principe de responsabilité pour faute (*tort law*) (Rizzo [1979], p.85). L'analyse économique du droit comme le juge manque donc de repères.

¹³ Burrows (1999) propose de concilier les analyses en termes d'efficacité et de justice commutative fondée sur le respect des droits de propriété. Il soutient que les droits initiaux seront mieux défendus, c'est-à-dire qu'il y aura moins de risque d'invasion non compensés si la loi accepte l'objectif d'efficacité qui est à la fois préventif et prospectif (Burrow [1999], p.41).

¹⁴ La réponse de Richard Posner ([1973], p.218) à cette critique est d'affirmer le caractère approximatif du résultat. Les décisions de justice sont comme efficaces. « *Le système de responsabilité produit, au mieux, des approximations* ».

Le subjectivisme radical permet ainsi de comprendre pourquoi le critère d'efficacité ou de minimisation des coûts ignore le problème crucial de la connaissance soulevé par Friedrich von Hayek. Le critère d'efficacité repose sur l'idée que l'affectation optimale des ressources ne repose que sur une connaissance du présent (temps et lieu). En fait, l'affectation des ressources repose sur des anticipations, autrement dit, sur une connaissance du futur qui n'est que conjecture ou prospective (Pasour [1982], p.456). Les projets *ex ante* des individus impliquent des anticipations et des jugements de la part des décideurs. Le juge comme le planificateur des économies centralement planifiées ne collecte que des informations passés et est incapable de proposer un raisonnement prospectif. Le juge est donc face au même problème que le planificateur.

Gerald O'Driscoll (1980) approfondit cette critique en appliquant la théorie autrichienne des anticipations et les résultats du débat sur le socialisme de marché des années trente. Il considère que le problème de l'efficacité de la décision du juge est réductible à un problème de connaissance. Quelles sont les informations possédées par le juge lors de son calcul de maximisation? Les parties en dispute au procès ont chacune de leur côté formé des anticipations sur la base d'information qui leur sont propres. Les anticipations individuelles sont le résultat d'évaluation subjective des individus. Un bien n'est important pour un individu que s'il en perçoit l'intérêt. Ces anticipations ne seront vérifiées qu'*ex post*. *Ex post* l'individu constate s'il a bien fait d'agir de cette manière. *Ex ante* il fait de son mieux. Le juge est un individu comme les autres soumis à l'incertitude et à l'ignorance (O'Driscoll [1980], p.357). L'analyse économique du droit ne dit pas, par conséquent, comment le juge connaît les informations qui lui permettent de maximiser la richesse sociale ou de garantir l'efficacité.

Le critère de maximisation de la richesse sociale n'a notamment de sens que si nous savons à qui appartiennent les droits de propriété. La suggestion faites par l'analyse économique du droit selon laquelle le principe de maximisation de la richesse peut être utilisé pour déterminer la distribution des droits et des règles légales n'est donc pas cohérente¹⁵. Le processus judiciaire garantit l'efficacité de l'action individuelle *ex ante*, mais n'atteint pas l'efficacité sociale *ex post*. La position de Richard Posner (1977, 1986) consiste à croire que le juge comme le planificateur peut mimer le marché en l'absence de prix monétaire. Il adopte la thèse du socialisme de marché qu'il existe une affectation optimale des ressources en l'absence de prix de marché (O'Driscoll [1980], p.359), alors que le juge est plongé dans l'ignorance et est incapable de déterminer ce qu'aurait fait le marché, puisque par définition aucun échange de ce type n'a été fait entre d'autres individus pour inspirer une solution.

Conclusion partie 2

La réduction de la cause à l'efficacité n'est donc pas acceptable parce qu'elle donne au juge un pouvoir de redistribution des droits de propriété initiaux qu'il ne peut utiliser à bon escient. C'est parce qu'il est impossible au juge de mimer le marché qu'il ne faut pas lui donner pour objectif l'efficacité et s'en tenir à un principe de justice commutative. Le juge se doit simplement de rétablir la répartition des droits initiaux. Il doit simplement dire le droit en respectant sa neutralité, en le prenant au sérieux et en évitant l'arbitraire.

La neutralité du droit permet au système juridique de n'imposer aucune hiérarchie de valeur aux individus (Rizzo [1985], p.65).

¹⁵ Voir Ronald Dworkin (1980) et pour une présentation graphique de la critique Facchini F. (1997).

La prise au sérieux des droits rend impossible toute forme de redistribution judiciaire des droits (Wright [1987], p.567). Le juge n'a pas à redistribuer les droits de propriété en mimant le marché, il a simplement à corriger les atteintes faites aux droits de propriété légitimement acquis sur le marché. Elle rappelle que le juge ne produit pas la règle, mais la respecte et qu'il n'est légitime aux yeux des plaignants que parce qu'il dit qu'elles sont les attentes que la loi a déclaré légitimes (Hayek [1985], p.123).

Le refus de l'arbitraire découle du respect des droits légitimes des individus et donne une place primordiale aux qualités d'impartialité des décisions de justice. Cette qualité d'impartialité de la décision du juge suppose que le juge décide en conscience et conformément à une longue tradition de précédents (Dworkin 1984, Rizzo 1985, Hayek 1985). Cela exige l'indépendance du juge vis-à-vis du pouvoir exécutif et législatif (Hayek [1994], p.168).

Toutes ces conditions insèrent la décision du juge dans le système légal et préparent l'économiste à ne pas faire du droit un nouveau champ d'application de leurs outils. C'est parce que le droit sera pris au sérieux qu'il sera possible de proposer des solutions réalistes et de progresser vers une théorie générale.

3. Le principe de causalité n'est pensable qu'insérer dans l'ordre légal

Prendre le droit au sérieux c'est donner au juge pour mission de le respecter. Une décision de justice est, dans ces conditions une décision qui rétablit la distribution des droits initiaux avant le litige. Cette manière de comprendre la décision se fonde sur une conception non conséquentialiste et sur le constat de l'ignorance humaine. L'homme n'a ni la possibilité de tout savoir, ni la possibilité de tout prévoir. Le juge est comme tous les hommes ignorant, faillible et capable d'erreur. Le principe de justice commutative a conscience de ce fait et donne, pour cette raison, uniquement pour mission au juge de remettre les choses en l'état¹⁶. Le juge est le garant de l'ordre légal. Donner au juge pour mission de faire respecter les droits initiaux des parties, c'est signifier aux individus qu'ils seront soumis à la sanction du juge s'il viole les droits d'autrui, s'il n'exécute pas les obligations légales.

Pourquoi le juge doit-il protéger les droits initiaux?

3.1. L'insertion du principe de causalité dans l'ordre légal

Le juge doit être le garant des droits initiaux parce qu'il est responsable de la survie de l'ordre légal. Il n'est pas garant de cet ordre, parce que les hommes l'ont construit sur des bases logiques parfaites (Hayek 1985)¹⁷ qui garantissent sa cohérence, mais parce qu'il sert la coordination des actions individuelles, autrement dit, une cohérence praxéologique. Le juge est le garant d'un ordre d'action qui coordonne les plans des acteurs et améliore la probabilité que les acteurs individuels réalisent leurs ambitions. L'ordre légal ne favorise la coordination,

¹⁶ Cette manière de comprendre le droit et la fonction semble proche du droit romain (Villey [1977], p.49). « Une valeur peut être déplacée d'un patrimoine dans un autre, ou bien à la suite d'un délit que supporte la victime sans l'avoir cherché ou d'un contrat délibéré. Entre les deux cas il ne fait pas de différence essentielle : que vous m'ayez pris ma voiture à la suite d'une convention, parce que je vous l'aurai prêtée, ou par erreur, ou dans l'intention de la voler, ne modifiera pas votre obligation. Votre obligation a pour cause un état de chose objectif, la perturbation d'un ordre, qui est à rétablir » (Villey [1977], p.49).

¹⁷ Cet ordre est le résultat d'une évolution corrélative de l'esprit et de la société qui progressivement à la faveur d'un processus d'essais, d'erreurs et de stabilisation l'a sélectionnée *a posteriori*. Pour une présentation générale voir Facchini (1999).

que si les individus ont des anticipations communes sur les règles de droits dans lesquels s'insère la formation de leur projet. Les qualités principales du droit sont, pour cette raison, la certitude et la stabilité (Rizzo [1999], p.497). Ni l'absence de règles, ni l'existence de règles incertaines et instables permettent, en effet, de coordonner les anticipations individuelles.

1) Dans un monde civil sans droit, tout individu pourrait croire que toute ressource disponible est sienne, ou du moins l'objet d'un choix d'appropriation possible. Si les richesses sont rares, les perceptions individuelles vont inévitablement entrer en conflit, chacun proclamant que ces ressources sont siennes et appartiennent à son domaine des possibles. Le droit en limitant les possibles sert donc prioritairement la prévisibilité des comportements. Il permet aux individus de faire de bonnes anticipations afin de ne pas provoquer de conflits et de maintenir autant que possible la paix entre les individus. Il réduit les décisions imprévisibles et l'existence de décisions jugées parfois arbitraires (Hayek [1986], p.26). Cette plus grande prévisibilité limite l'incertitude, réduit l'ignorance et facilite la coopération.

2) Dans un monde civil où le droit est incertain et instable, tout individu pourrait croire sincèrement que le droit n'est pas ce qu'il est. L'incertitude et l'instabilité ne servent pas l'ordre civil parce qu'elles ouvrent à nouveau la décision à tous les possibles. Au lieu de créer une nécessité artificielle autour des obligations juridiques, elle développe une incertitude légale qui nuit à la coordination des plans individuels et à leur réalisation. La certitude et la stabilité du droit se présente comme les conditions de la coordination des actions économiques. Le juge est donc garant des droits initiaux parce qu'il est garant de la certitude et de la stabilité des obligations légales.

La certitude et la stabilité contrastent avec la nature de l'action humaine. Elles donnent au droit la nature de points d'orientation qui servent l'homme à s'insérer dans le monde pour le modifier. La certitude du droit pose des obligations qui encadrent l'incertitude de l'action et limite le monde des possibles (Heiner 1983). Elle crée de la nécessité dans un monde civil qui ne connaît que la contingence. Elle se dresse face à la complexité du monde et le simplifie. Elle contredit la complexité en exhibant la simplicité de ses règles. Elle participe ainsi à la constitution d'un ordre distinct de l'ordre factuel.

L'ordre factuel s'organise autour d'un principe de causalité nécessaire guidé par des lois du type si p alors q. L'ordre légal se constitue autour d'un principe de causalité légale guidé par des lois du type si p alors q devra être. La première conséquence de cette distinction est que dans l'ordre légal la constatation des droits est logiquement première par rapport à la constatation des causes physiques (Rizzo [1987], p.398). Dans l'ordre factuel qui intéresse la recherche scientifique la constatation des droits n'a aucune importance. La deuxième conséquence est qu'il est possible de faire une description causale indépendamment de l'idée de droit et inversement. Il ne s'agit pas de savoir si A cause B physiquement, mais si le dommage supporté par B trouve sa cause dans la violation d'un droit.

3.2. Pluralité des causes et indépendance de la responsabilité et de la cause physique d'un dommage

Cette distinction entre causalité légale et causalité physique permet alors de comprendre que la responsabilité est indépendante de la cause physique et de contenir les causes dans des limites acceptables.

- « *Je peux, tout d'abord, être responsable sans être la cause physique du dommage* ». Pierre entend Paul appelé au secours parce qu'il se noie¹⁸. Il pourrait le sauver sans mettre sa vie en danger. Il choisit pourtant de passer son chemin. Paul se noie. L'inaction de Pierre est sans doute une condition nécessaire de la mort de Paul, mais elle n'est pas suffisante pour établir la relation de causalité¹⁹. L'inaction de Pierre est un fait indépendant de la chaîne causale. Il s'agit d'un hasard. Le cours normal de l'événement était que Paul se noie. C'est un hasard que la trajectoire de Pierre et celle de Paul se rencontre. Il n'y a aucune nécessité entre les deux événements. Seule l'obligation légale ou morale de secourir une personne en danger rend nécessaire l'action de Pierre et la relation entre les deux trajectoires. On peut en conclure que c'est l'obligation qui crée la cause.

- « *Je peux aussi être la cause physique du dommage sans être responsable* ». Un nouvel entrant sur un marché quel qu'il soit peut être la cause d'une diminution du niveau des ventes des entreprises déjà sur le marché sans être responsable civilement des dommages provoqués par son activité. Le dommage ne suffit donc pas à demander une réparation. Le nouvel entrant n'est redevable d'aucune réparation parce que le dommage n'a pas sa cause dans la violation d'un droit de propriété, mais dans une modification des comportements des consommateurs.

L'indépendance de la responsabilité et de la cause physique éclaire le problème de la pluralité des causes.

Il n'y a pluralité des causes que lorsque plusieurs droits ont été violés. Si on reprend l'exemple précédent, on peut dire que l'obligation est la condition suffisante qui manquait pour connecter les trajectoires de Pierre et de Paul. Si Pierre agit et sauve Paul, il fait son devoir. Si Pierre passe son chemin, il fait une faute. La faute est l'inexécution d'une obligation mais aussi la non création d'une cause légale. L'inaction de Pierre passe du statut de condition de la mort à celui de cause parce qu'il existe une obligation de secourir une personne en danger. Il y a faute, parce que Pierre n'a pas rendu nécessaire la rencontre de sa trajectoire avec celle de Paul et modifié le cours naturel des choses. La faute traduit cette idée que l'homme par son action volontaire peut s'insérer dans l'ordre du monde et le modifier. L'imprudence de Paul s'efface derrière l'inaction de Pierre, alors que l'inaction de Pierre n'est qu'une condition de la mort de Paul. Sous le même principe, l'action de servir un verre n'est qu'une condition de l'accident et aucunement sa cause légale. La cause légale de l'accident suppose la violation d'une obligation. L'hôte n'a pas violé d'obligation tant qu'il n'est pas interdit de servir de l'alcool. Il n'est pas responsable, pour cette raison, de l'accident. Le convive, en revanche, en renversant le piéton viole les droits du piéton et manque à son obligation de respecter les droits d'autrui.

Il y a donc indétermination lors de la sélection des causes que parce que le juge tente de hiérarchiser scientifiquement l'événement qui a le plus participé à l'avènement du dommage. Il y a, en revanche, une parfaite détermination des causes lorsque le juge enquête sur les causes légales du dommage, c'est-à-dire sur les droits qui ont été violés. La violation d'un droit est donc cruciale dans la détermination de la responsabilité alors qu'elle ne l'est pas pour la causalité physique.

¹⁸ Exemple utilisé par Mario Rizzo ([1987], p.399).

¹⁹ Voir le livre d'H.L.A. Hart and A. Honoré (1985), 2^eEd., **Causation in law**, pour une présentation de la distinction entre cause et condition. Trois caractéristiques distinguent ces deux notions. Un événement est une cause s'il se distingue du cours normal des choses, si un individu l'a volontairement produit et s'il est suffisamment rapproché dans le temps. Voir aussi Barrot (1989).

3.3. Droit propriété, principe de responsabilité absolue et retour de la causalité physique

Sous un ordre civil où le droit de propriété est sacralisé, la cause n'est qu'une partie d'une structure légale qui est au service d'une justice commutative dont la mission est de prévenir l'invasion des droits de propriété individuels. Sous ce principe, toute atteinte à un droit de propriété constitue une faute. La victime doit donc démontrer qu'un de ses droits de propriété a été endommagé pour obtenir réparation du défendeur (Bouckaert [1991], p.326). La violation du droit de propriété définit à la fois la faute et le dommage. La victime n'a pas à montrer, en plus, que le défendeur a été imprudent. Il suffit qu'il y ait violation des droits d'autrui pour qu'il y ait demande de réparation légitime. C'est parce que le dommage est causé par une activité située dans une autre propriété que le juge peut facilement désigner le responsable et lui demander de rétablir l'équilibre rompu par l'invasion.

Cette règle de responsabilité, dite absolue par Roy Cordato ([1992], p.101), écarte tous les dommages qui ne trouvent pas leurs origines dans l'invasion d'un droit de propriété. Les effets dommageables de la concurrence sur les profits des entreprises, par exemple, ne sont pas sous ce principe indemnisables.

La responsabilité absolue se distingue de la responsabilité pour faute qui exige de la victime qu'il prouve l'imprudence du défendeur. Elle définit, tout d'abord, l'obligation par rapport à un droit (la propriété) et non par rapport à un comportement (imprudence). Elle ne définit pas, ensuite, la faute comme l'inexécution d'une obligation de prudence, mais comme l'inexécution d'une obligation de respect des droits de propriété d'autrui. Elle ne dissocie pas, enfin, la propriété et le dommage, mais subordonne la responsabilité à la propriété. Contrairement à la définition morale de la faute, elle n'est donc aucunement incitée à substituer le risque et la faute (Facchini 2000)²⁰. Elle ne justifie, pour cette raison, aucunement l'émergence d'une définition réglementaire de seuils de précaution qui exonèrent le propriétaire de ses responsabilités et oblige le législateur à distribuer réglementairement les risques. Elle évite, de surcroît, la mise en place d'un système d'indemnisation collectif des dommages puisqu'elle écarte juridiquement l'usage de la notion de risque social²¹.

Elle se distingue aussi de la responsabilité sans faute ou du fait des choses parce qu'elle donne une définition très précise et très spécifique de la faute. La responsabilité du fait des choses se substitue, en effet, le plus souvent à la responsabilité contractuelle. Elle est associée à l'irresponsabilité de la victime et à l'impossibilité de s'exonérer de ses responsabilités par contrat. Elle s'oppose, pour ces raisons, aux engagements pris par deux individus lors d'un échange volontaire. Elle est donc inconciliable avec le respect des droits de propriété (Cordato [1992], p.101). La responsabilité absolue, au contraire, exige, une théorie de la cessibilité des droits²².

²⁰ Les conséquences de la distribution réglementaire des risques sur la certitude et la stabilité du droit sont développées dans Facchini (2000).

²¹ voir aussi Viney G. (1977).

²² La loi du 5 juillet 1985 instaure, par exemple, une responsabilité stricte. Quelque soit l'imprudence du piéton l'automobiliste est jugé responsable des dommages. Contrairement à la loi, la responsabilité absolue exige une enquête sur les responsabilités du propriétaire des routes qui a laissé entrer sur un même espace un piéton et une automobile. Le propriétaire des routes selon le contrat qu'il a proposé à l'automobiliste et au piéton est responsable, car il s'engage à assurer la sécurité des utilisateurs de son bien. Le piéton peut, au même titre qu'une pierre ou un arbre, n'avoir aucune raison d'être sur la route. Le conducteur paie pour un service, circuler, qui doit être assuré par le prestataire de service. Dans le cas contraire il peut se retourner contre le producteur.

La responsabilité absolue met ainsi l'accent sur l'utilisation d'une ressource d'autrui sans permission²³. La victime prouve donc qu'il y a eu faute en mettant en évidence un mécanisme d'invasion non consenti. Il y a faute parce qu'un bien qui est sous la garde d'autrui envahi la propriété d'un autre sans son consentement²⁴. L'inutilité de la notion de risque pour évaluer la faute permet alors de sortir le juge d'un certain nombre de cas difficiles²⁵.

CONCLUSION

Le principe de responsabilité absolue doit donc être rapproché du « *leit-motiv du régime romain de réparation des dommages qui n'est pas la faute, mais la défense (...) d'un juste équilibre* » (Villey [1977], p.49). Il s'insère, dès lors, dans la philosophie aristotélicienne de la connaissance et donne une place au hasard et au libre arbitre. Il rompt, alors, avec la sociologie du droit et son paradigme déterministe. L'étude du principe de causalité en économie du droit apparaît alors comme une notion essentielle pour qualifier la philosophie de la connaissance et la philosophie politique qui sous-tendent le droit de la responsabilité et l'analyse économique du droit.

1) L'analyse économique de la responsabilité de l'école néoclassique et de l'école néo-institutionnaliste ne prennent pas le droit au sérieux parce qu'ils croient qu'il ne s'agit que d'un système incitatif. Ils estiment que le droit sert un objectif concret et finalisé. Ils transforment alors le droit en loi et subordonnent la loi aux lois économiques et statistiques, alors que contrairement aux lois de la nature, les lois humaines peuvent toujours être violées volontairement parce que l'action suppose l'existence de fins non nécessitantes qui permettent à l'homme de rester entièrement libre (Gilson [1997], p.315).

1) En opérant cette transformation, l'économie de la responsabilité et l'ensemble des doctrines juridiques qui l'ont précédé confondent, d'une part, loi scientifique et droit et, d'autre part, causalité scientifique et causalité juridique. Au lieu de penser le droit comme un artefact pour ordonner un monde civil en proie au chaos, elle conçoit la loi comme un moyen de suivre les évolutions contingentes du monde civil. Elle dénature le droit et lui empêche de jouer son rôle dans la coordination des actions individuelles. Cette évolution du droit est donc le résultat du scientisme qui croît que l'ordre civil obéit à des lois scientifiques de même nature que les lois de la nature. On peut même ajouter qu'au coeur de cette confusion se

²³ - Si A frappe B, mais que B compense A pour frapper B. A n'est qu'un instrument pour s'injurier lui-même (Epstein [1973], p.174-175). Il a donné son accord à B pour qu'il endommage sa propriété.

- Dans le même esprit, l'entrée non autorisée protège le défendeur de toute responsabilité. A, par exemple, n'entretient pas son bois. A crée ainsi une condition dangereuse pour B qui en entrant sur la propriété de A peut-être blessé par la chute d'un arbre. A avait cependant placé des avertissements nombreux pour indiquer qu'il était défendu d'entrer. B est blessé par la chose gardé par A, mais B n'avait pas l'autorisation de A. Il y a violation des droits de A par B sans dommage pour A. Sa responsabilité absolue n'est pas engagée.

²⁴ Sous le principe de responsabilité absolue l'accident de deux automobiles qui devient de leur tracé engage aussi la responsabilité du propriétaire de la route, car il ne s'agit pas de savoir lequel des deux à le premier dévié sur le tracé de l'autre mais de savoir si l'un des deux n'a pas respecté son obligation, autrement dit, les règles posés par le propriétaire de la route (code de la route).

²⁵ L'exemple utilisé par Burrows ([1999], p.41) pour montrer que la justice commutative n'est pas applicable dans tous les cas entre dans ce cas de figure puisqu'il met en scène un individu atteint d'asthme vraisemblablement à cause de la circulation automobile, mais incapable de l'affirmer avec certitude. Contrairement, à l'enquête classique, le principe de responsabilité absolue met en cause le propriétaire de la route qui a laissé entrer des voitures sans contrôler leur rejet en gaz carbonique. Le principe d'invasion désigne en première approximation le propriétaire de la route responsable puisqu'il y a passage de gaz toxique de sa propriété vers la propriété de la victime et de ce fait violation des droits de propriété. La dégradation des façades d'immeubles par les gaz d'échappement obéit au même principe.

Colloque international, les 28 et 29 juin 2000. Université de Nancy II, CREDES. *L'économie du droit dans les pays de droit civil : quelle place pour l'économie dans la construction des règles.*

trouve l'empirisme et le scientisme. L'empirisme est incapable de distinguer l'intelligence humaine de l'intelligence animale. Il a alors tendance à penser les lois sociales de la même que les lois qui règlent la vie des animaux. Le scientisme adopte l'idéal déterministe des sciences physiques, propose des explications mécanicistes et écartent injustement le principe de cause finale dans les explications économiques et sociales²⁶.

2) Cette manière de penser l'ordre civil comme un noeud de contrats incitatifs n'est pas non plus sans conséquences politiques. En faisant du droit et des institutions judiciaires un moyen d'atteindre l'efficacité, l'économie de la responsabilité ouvre la porte la redistribution des ressources et une conception des droits de propriété déléguées.

Le critère d'efficacité dans les mains du juge se transforme en un critère de redistribution des ressources qui nie la légitimité des droits de propriété individuels. Dans le même esprit, l'application d'une causalité scientifique en droit conduit à affecter les ressources non plus sur des principes juridiques certains, mais sur la base de résultats scientifiques plus ou moins vraisemblables. Là où le principe de causalité légale avance une règle certaine de gestion des litiges, le principe de causalité scientifique est obligé d'entrer dans un problème insurmontable de hiérarchisation des causes qui l'oblige à termes à socialiser les risques parce que chaque événement est le résultat d'une action qui elle-même est la conséquence d'une chaîne de causalité relativement indéterminée.

L'ordre légal évolue alors inexorablement vers un ordre législatif qui estime que tous les droits individuels sont des droits délégués, parce qu'aucune ressource n'est vraiment la propriété d'un individu en particulier puisque « *scientifiquement* » il est impossible d'affecter précisément ce que chaque action individuelle a produit. Toute l'économie politique de la répartition conclut de cette manière. Il est décisif alors de remarquer que comme dans le cas de la résolution du conflit entre la Compagnie de chemin de fer et le cultivateur de blé, les théories économiques de la répartition ignorent le droit et manipulent la loi à des fins d'efficacité. On suppose que le droit de propriété de chacun est un droit délégué politiquement et transférable par la justice. On exclut donc que les droits de propriété des individus soient légitimes et que le juge ait uniquement pour tâche de corriger les erreurs d'appréciation des individus sur l'étendue des droits individuels. Cette double exclusion est lourde de conséquence et contredit tous les philosophes, économiste ou juristes qui soutiennent que le droit de propriété est une condition de la prospérité économique et du respect des libertés individuelles.

Bibliographie :

Barrot R. (1989), « Remarques sur la notion de cause et sur ses applications », **Revue Générale en Assurances Terrestres**, pp. 495-513.

Bois-Juzan de G. (1939), **De la cause en droit français (spécialement en droit civil)**, Thèse pour le doctorat, Bordeaux, Imprimerie Delmas.

Barrère C. (1999), « Les approches économiques du système judiciaire », **Revue Internationale de Droit Economique**, n° Spécial de l'économie de la justice, 2, pp.153-199.

Buchanan J.M. (1959), « Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy », **Journal of Law and Economics**, 2, pp.124-138.

Buchanan J.M. (1969), **Cost and Choice**, Chicago: Markham Press.

Burrows P. (1999), « A Deferential Role for Efficiency Theory in Analysing Causation-Based Tort Law », **European Journal of Law and Economics**, 8, pp.29-49.

²⁶ Voir Cowan et Rizzo (1996).

Colloque international, les 28 et 29 juin 2000. Université de Nancy II, CREDES. *L'économie du droit dans les pays de droit civil : quelle place pour l'économie dans la construction des règles.*

Calabresi G. (1982), « A Common Law in an Age of Stature », 44.79, pp.163-166.

Calabresi G. (1961), « Somme Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts », **Yale Law Journal**, vol.70.

Cheung S. (1974), « A Theory of Price control », **Journal of Law and Economics**, 17, pp.53-71.

Coase R. (1960), « The Problem of Social Cost », 3 **Journal of Law and Economics**, vol.3, 1 traduit de l'américain dans Coase (1997), **La firme, le marché et le droit**, chapitre 5, Le problème du coût social, pp.113-183, Diderot Multimédia.

Cordato R.E. (1992), **Welfare Economics and Externalities in an Open Ended Universe A Modern Austrian Perspective**, Kluwer Academic Publishers, Boston, Dordrecht, London.

Cowan R. and Rizzo M. (1996), « The Genetic-Causal Tradition and Modern Economic Theory », **Kyklos**, vol.49-fasc 3, pp.273-317.

Culp J.M. (1986), « Causation, Economists, and the Dinosaur: a Response to Professor Dray », **Law and Contemporary Problems**, 49, (3), Summer, pp.23-46.

Demsetz H. (1969), « Information and Efficiency: Another Viewpoint », **Journal of Law and Economics**, 12, pp.1-22.

Demsetz H. (1972), « When Does the Rule of Liability Matter ? », **Journal of Legal Studies** 1, n°1 (January).

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

Dworkin R. (1984), **Taking right Seriously**, London, Duckworth, traduction française (1995) Prendre les droits au sérieux, PUF, Paris.

Dworkin R. (1985), **A Matter of Principle**, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, traduction française (1996), **Une question de principe**, PUF, Paris.

Epstein R.A. (1973), « A Theory of Strict liability », **The Journal of Legal Studies**, volume II (1), January 1973, pp.151-204.

Facchini F. (1997), « Gestion des externalités, droit de propriété et responsabilité civile », **Economie Appliquée**, tome L., n°4, pp.110.

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

Facchini F. (1999), « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au principe d'optimisation », **Revue Internationale de Droit Economique**, n° Spécial de l'économie de la justice, 2, pp.207-221.

Facchini F. (2000), « Droit de propriété et responsabilité civile », Communication pour le **Colloque de l'AHTEA** du 18/19 mai 2000. Quelles perspectives pour une économie autrichienne appliquée?.

Goodman J.C. (1978), « An Economic Theory of the evolution of the Common Law », **The Journal of Legal Studies**, vol.VII, n°2.

Harper D. (1998), « Institutional conditions for entrepreneurship », **Advances in Austrian Economics**, vol.5, pp.241-275, JAI Press Inc.

Hayek F. (1985), **Droit, Législation et Liberté**, vol. 1 Règles et ordre, coll. libre échange, PUF, Paris (traduction de l'anglais 1973).

Hayek F. (1986), **Droit, Législation et Liberté**, vol.2, Le mirage de la justice sociale, coll. Libre échange, PUF Paris.

Hayek F. (1994), **La constitution de la liberté**, Litec, Paris (traduction de l'anglais 1960).

Heiner R.A. (1983), « The Origin of Predictable Behavior », **American Economic Review**, vol.73, n°4 September, pp.560-595.

Jourdain P (1994), **Les principes de la responsabilité civile**, 2°ed. Dalloz, Paris.

Kahan M. (1989), « Causation and incentives to take care under the negligence rule », **Journal of Legal Studies**, vol. XVIII, june, pp.427-443.

Colloque international, les 28 et 29 juin 2000. Université de Nancy II, CREDES. *L'économie du droit dans les pays de droit civil : quelle place pour l'économie dans la construction des règles.*

Landes W. and Posner R. (1983), « Causation in Tort Law: An Economic Approach », **Journal of Legal Studies**, vol. 12, 1, Janvier, pp.109-134.

Lemennicier B. (1991), **Economie du droit**, Théories économiques, Ed. Cujas, Paris.

Lewin P. (1982), « Pollution Externalities, Social Cost and Strict Liability », **The Cato Journal**, vol.2, n°1.

O'Driscoll G. (1980), « Justice, Efficiency, and the Economic Analysis of Law: A Comment on Fried », **Journal of Legal Studies**, 9, (2), mars, pp.355-366.

Pasour E.C. and Bullock J.B. (1975), « Implications of Uncertainty for the Measurement of Efficiency », **American Journal of Agricultural Economics**, 57, pp.335-339.

Pasour E.C. (1982), « Economic efficiency and inefficient economics: another view », **Journal of Post Keynesian Economics**, Spring, vol.IV, n°3, pp.454-403.

Posner R.A. (1972), « A Theory of Negligence », **Journal of Legal Studies**, vol.1, 1, pp.29-96.

Posner R. A. (1973), **Economic Analysis of the Law**. Boston: Little Brown and Co.

Posner R.A. (1973), « Strict Liability: A Comment », **Journal of Legal Studies**, vol.2, 1, pp.205-221.

Posner R.A. (1978), « Strict Liability: A Comment », **Journal of Legal Studies**, 2, n°1, January.

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

Priest G.L. (1977), « The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules », **The Journal of Legal Studies**, vol.IV, n°1.

Rizzo M. (1980), « Law amid Flux: The economics of Negligence and Strict Liability in Tort », **Journal of Legal Studies**, 9, (2), pp.291-318.

Rizzo M. (1985), « Rules versus Cost-Benefit Analysis in the Common Law », **Cato Journal**, vol.4, n°3, pp.865-884.

Rizzo M. (1987), « Foreword Fundamentals of Causation », **Chicago-Kent Law Review**, vol.63, n°3, pp.397-406.

Rizzo M. (1999), « Which Kind of Legal Order? Logical Coherence and Praxeological Coherence », **Journal des économistes et des études humaines**, vol. IX, n°4, décembre, pp.497-510.

Rothbard M. (1979), « Comment: The Myth of Efficiency », in Rizzo (Ed.), **Time, Uncertainty, and Disequilibrium**, LexingtonBooks D.C. Heath and Company Lexington, Massachusetts, Toronto.

Rothbard M. (1982), « Law, Property Rights and Air Pollution », **The Cato Journal**, vol.2, n°1.

Rubin P.H. (1977), « Why is the Common Law Efficient? », **The Journal of Legal Studies**, vol.IV, n°1.

Reese D.A. (1989), « Does the Common Law Evolve? », **Hamlin Law Review**, vol.12, n°2.

Shavell (1980), « Strict liability versus Negligence », **Journal of Legal Studies**, vol. XII, n°2, january, pp.1-25.

Strowell A. (1987), « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit », **Revue interdisciplinaire d'Etudes Juridiques**, pp.1-45.

Villey M. (1977), « Esquisse historique sur le mot responsable », dans La responsabilité, **Archives de philosophie du droit**, Sirey, pp.45-62.

Viney G. (1977), « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », dans **La responsabilité**, **Archives de Philosophie du droit**, tome 22, Sirey, pp.5-22.

Wright R.W. (1987), « The efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantics », **Chicago-Kent Law Review**, vol.63, n°3, symposium.