

Deux regards non hayekiens sur l'efficienc e et la sélection des règles juridiques : l'économie institutionnaliste et l'analyse économique du droit

Laure BAZZOLI

Maître de conférences G.A.T.E. Université Lumière-Lyon 2

Thierry KIRAT

Maître de conférences Institut d'études politiques de Lyon

RÉSUMÉ. — Le problème de l'évolution des règles juridiques peut être traité en référence à des analyses autres que celles de F. Hayek. Cet article en retient deux, qui ont eu des destinées différentes : l'institutionnalisme issu de John R. Commons et la tradition moderne en *Law and Economics*, initiée par Ronald Coase. Ces deux courants sont confrontés sur leurs conceptions des relations entre l'économie et le droit, des sources et de la nature des règles juridiques, de la logique du processus d'évolution institutionnelle.

Le problème de l'efficienc e et de la sélection des règles juridiques se situe au croisement de l'économie et du droit. Il est majoritairement traité, du moins dans la littérature francophone, en référence à la question de la compatibilité des diverses formes du droit – de la loi, de la réglementation, de la jurisprudence – avec les principes d'une économie libérale de marché. Dans de nombreuses études consacrées à la régulation juridique des processus économiques, les analyses de Hayek sont, à ce propos et de manière significative, systématiquement évoquées. Les spécialistes de droit économique (par ex., Danet, 1995 et Farjat, 1992) ou de théorie du droit (par ex. Frison-Roche, 1995) n'évitent pas de procéder à une référence à Hayek, que ce soit pour discuter de la nature et de la portée du droit économique ou pour penser l'articulation du droit et du marché.

Ce qui motive vraisemblablement la référence à Hayek tient – outre sa réputation et l'existence de traductions françaises de ses œuvres – à la clarté avec laquelle sa théorie du droit et de l'ordre spontané du marché est exposée. Cette théorie s'attache à démontrer que la forme du droit compatible avec une société qui ne serait pas tombée dans les erreurs du rationalisme constructiviste est celle de règles générales de conduite, affinées par le juge de la *common law*, et sélectionnées dans l'histoire par l'effet, non pas d'un dessein humain conscient, mais d'un processus de darwinisme social, qui conjugue des aspects biologiques et culturels. Elle offre un regard, conforme à celui d'autres économistes autrichiens (par ex. : Carl Menger), sur la sélection des institutions sociales effi-

cientes, c'est-à-dire compatibles avec l'existence d'une société décentralisée garante d'un ordre social spontané (cf. Garrouste, 1994).

L'objectif de la présente étude est d'analyser des paradigmes concurrents à la thèse hayekienne sur l'efficacité et la sélection des règles juridiques : l'institutionnalisme américain du début du siècle dans la version qu'en a donné John R. Commons, et le courant de l'analyse économique du droit, qui a pris corps avec les travaux de Ronald Coase. Ces deux courants, qui se démarquent de la perspective hayekienne tout en traitant des mêmes objets, offrent des analyses des relations entre le droit et l'économie, des sources et de la sélection des règles juridiques, qui se constituent en paradigmes alternatifs, entre eux et par rapport à Hayek. L'œuvre de ce dernier étant bien connue, nous nous attachons ici aux traditions institutionnaliste et post-coasienne, que nous confronterons sur trois questions : 1. leurs conceptions des relations entre le droit et l'économie, 2. leurs analyses de la logique des règles et de la régulation juridiques et, enfin, 3. leurs positions sur la sélection et l'évolution des règles juridiques dans les régimes de *common law*.

I. — DEUX TRADITIONS EN « DROIT ET ÉCONOMIE »

Ces deux traditions que sont l'institutionnalisme issu de Commons et l'analyse économique du droit née de l'œuvre de Coase n'ont ni le même projet ni le même statut dans la discipline. Il convient donc de les caractériser de ce point de vue.

A. — *Commons et l'Old Institutional Economics*

L'expression « *Old Institutional Economics* » (OIE) ne renvoie pas à un courant mort ou dépassé mais à la tradition, initiée par Veblen aux États-Unis au tournant du siècle, qui a le plus précocement et de façon permanente jusqu'à nos jours (malgré des balancements de popularité) voulu intégrer les institutions à l'analyse économique en en tirant les conséquences critiques (Rutherford, 1994). Cette tradition n'a jamais été un courant de pensée homogène et, à côté de Veblen qui fait de l'institutionnalisme une étude des articulations dynamiques de la technologie et des institutions, Commons a, avec ce qu'on appelle l'école du Wisconsin, initié un programme de recherche institutionnaliste centré sur l'articulation « de l'économie, du droit et de l'éthique » et a mis l'accent sur le rôle des processus juridiques et politiques dans la dynamique institutionnelle. J. R. Commons peut être considéré comme un des premiers économistes à s'être intéressé aux institutions et à avoir considéré que les règles juridiques en général et les droits de propriété en particulier étaient essentiels pour la compréhension du processus de production et de distribution des richesses¹. Il entreprit son travail théorique en 1924,

¹ C'est notamment la combinaison de l'influence de son professeur Richard T. Ely (à qui il revient d'avoir initié l'intégration du droit et de l'économie dans son « Propriété et contrat dans leurs relations avec la distribution des richesses », 1914) et de son implication dans les réformes sociales de l'État du Wisconsin qui l'a conduit à adopter une vision des problèmes économiques où les dimensions économiques et juridiques sont entrelacées.

après des années de recherches et d'étude des pensées économiques, juridiques et philosophiques, avec *Legal Foundations of Capitalism* qui part de l'étude des pratiques et des décisions judiciaires, notamment celles de la Cour suprême des États-Unis – qu'il qualifiait de « *authoritative faculty of Political Economy* » – pour élaborer une théorie des relations de l'économie et du droit, qu'il résume, en 1925, dans l'article « Law and Economics » paru dans le *Yale Law Journal* ; combinée à l'étude de la pensée économique, cette théorie aboutit en 1934 à son « *magnum opus* », *Institutional Economics*, où il développe les principes et les concepts d'une théorie institutionnaliste (cf. Bazzoli, 1994).

Si Commons est fondateur, c'est donc au sens où il a le premier posé la question que posera Coase ensuite – celle des mécanismes institutionnels de la coordination des activités économiques – question qui a permis, dans une certaine interprétation des conceptions de Coase, une légitimation de l'analyse par les économistes des règles juridiques, au-delà du domaine traditionnel de l'*antitrust*. Mais si Commons fonde une tradition originale dont l'approche post-coasienne se distinguera, c'est parce qu'il articule cette question au problème hobbesien des fondements de l'ordre social, pour mettre en évidence le rôle du droit dans sa résolution. C'est là pour lui l'objet de l'économie institutionnaliste, laquelle l'étudie à la fois d'un point de vue théorique général (théorie des institutions) et d'un point de vue génétique et historique (émergence et évolution de l'économie de marché).

Pour Commons, l'économie politique n'a pu intégrer les institutions en général et le rôle actif des règles juridiques en particulier car, en suivant Locke, elle a élaboré une théorie des relations de l'homme à la nature centrée sur l'échange physique de biens et fondée sur la philosophie des droits naturels qui suppose que les individus, de par leur travail, sont dotés naturellement de droits. Si au contraire, en suivant Hume, on part des relations entre hommes centrées sur l'utilisation et les transferts des droits de propriété des choses matérielles – c'est-à-dire si l'on part des conflits résultant de la rareté liée à la propriété des choses – alors on cherche à expliquer ce qui est donné dans l'économie traditionnelle, à savoir le processus par lequel les individus sont amenés à établir et à maintenir une structure de règles qui empêche que le jeu des intérêts ne dégénère en une guerre hobbesienne, *i.e.* qui produit de l'ordre au-delà des conflits et influence par là même les résultats économiques. L'ordre n'est pas le résultat spontané et naturel de la poursuite indépendante des intérêts mais le produit de l'action collective, processus par lequel sont créés et mis en œuvre les droits et les obligations réciproques des individus. Faire ainsi des arrangements institutionnels, et non de l'allocation optimale des ressources, l'objet de l'analyse économique, c'est refuser l'économie pure et reconnaître la nécessité de l'articulation du droit, de l'économie et de l'éthique qui tous trois traitent des formes du contrôle social régulant les relations entre les hommes.

Dans cette perspective, qui passe de l'univers des marchandises à celui de la propriété comme dimension économique de l'interaction sociale, le droit a un rôle de premier plan : du point de vue théorique, la science du droit permet d'introduire le rôle des règles dans l'analyse économique en dépassant le point de vue « matérialiste » des économistes pour adopter un point de vue institutionnel (Commons, 1925) ; du point de vue pratique, c'est le droit qui définit les sanctions organisées par lesquelles les règles de la coopération humaine sont collectivement développées et mises en œuvre. Car, pour Commons, seule cette perspective institutionnelle permet d'appréhender d'un point de

vue génétique le capitalisme. En étudiant ses fondements juridiques, on étudie le processus historique de constitution de l'économie de marché à partir du féodalisme ², et en étudiant l'évolution des bases juridiques du système économique on étudie les transformations de l'économie de marché. Ainsi, s'intéresser à ce qu'on appelle depuis le *legal-economic nexus*, c'est considérer que l'évolution du droit et l'évolution de l'économie sont cumulatives et sont les deux faces d'une même dynamique : la dynamique du capitalisme. C'est, également, reconnaître l'inséparabilité de l'économie de marché et des processus juridiques, judiciaires et politiques qui la fondent.

Si cette problématique a été remise au goût du jour par les développements contemporains de l'analyse économique, notamment à partir de Coase, elle a légué une tradition originale et distincte qui se laisse difficilement enfermer dans la problématique des « défaillances du marché » (Deakin, 1996). Cette tradition de l'institutionnalisme du Wisconsin en *Law and Economics* a perduré jusqu'à nos jours, notamment à travers les travaux de W. J. Samuels, A. A. Schmid, D. Bromley ³ qui aujourd'hui la développent en l'enrichissant des recherches évolutionnistes et institutionnalistes actuelles. Elle se caractérise par quatre prémisses : 1. l'économie n'a pas d'existence indépendante et donnée (la nature de la réalité est organique et évolutive), l'activité est à la fois économique et juridico-politique, privée et publique ; 2. le *legal-economic nexus* est la sphère où, dans le monde moderne, le problème de l'ordre est continuellement posé et résolu ; 3. sa compréhension suppose une approche évolutionniste centrée sur la multiplicité et la complexité des processus de changement et d'ajustement et sur le rôle qu'y joue l'action collective ; 4. cette approche repose sur un réalisme philosophique qui conduit à étudier les pratiques effectives des agents dans leurs transactions et à se centrer sur le droit positif (sur ce que le droit *est et fait*).

B. — Coase et la New Institutional Economics

Il est admis que l'acte de naissance de la *Law and Economics* moderne (ou *New Law and Economics* en référence à la tradition précédente) a été la publication par Coase de son article « *The Problem of Social Cost* » en 1960 ⁴. La *Law and Economics* post-

² Ainsi, pour Commons, l'idéal de la concurrence parfaite est d'abord un idéal qui a été construit par les tribunaux.

³ On peut citer, outre les références en bibliographie : Samuels & Schmid, *Law and Economics. An Institutional Perspective* (1981, Martinus Nijhoff), Bromley, *Economic Interests and Institutions: the Conceptual Foundations of Public Policy* (1989, Blackwell) ; il faut associer à ces travaux ceux de lecteurs de Commons comme RA. Gonce, Y. Ramstad ou Dugger.

⁴ Il est possible de noter que, curieusement et de l'aveu de Coase lui-même, l'article « *The Problem of Social Cost* » était un essai d'économie destiné aux économistes qui ne cherchait pas à faire une contribution à la recherche sur le droit. Coase écrit à ce propos que « J'ai fait référence aux cas judiciaires parce qu'ils donnent des exemples de situations réelles, qui contrastent avec les situations imaginaires habituellement utilisées par les économistes dans leurs analyses [...]. J'ai insisté sur le fait que les juges, dans leurs opinions, paraissent avoir une meilleure compréhension des problèmes économiques que beaucoup d'économistes » (Coase, 1993, p. 250- 51). Dans ce même article, Coase attribue au juge Posner le mérite d'avoir véritablement amorcé le développement de l'analyse économique du droit.

coasienne est une tradition académique bien établie, qui s'inscrit dans la généralisation du modèle néo-classique à l'analyse des comportements hors-marché (Fluet, 1990). Citons, outre la thèse de Coase sur les nuisances, les travaux de Alchian et de Demsetz sur la fonction des *property rights*, ceux de Calabresi sur la responsabilité civile délictuelle, de Cooter sur la responsabilité civile et les modes alternatifs de règlement des conflits, de Posner sur le droit de la concurrence et la *common law* (cf. Kirat, 1997).

Du théorème de Coase, on retient généralement que la solution efficiente à un usage incompatible des droits de propriété lié à des externalités et des coûts réciproques est indifférente à l'attribution des droits de propriété et/ou de la responsabilité – à la condition que les coûts de transaction soient nuls. Mais ce théorème peut être interprété d'une manière néo-classique et d'une manière « anti néo-classique » (Hovenkamp, 1995). Dans la première interprétation, l'hypothèse de nullité des coûts de transaction permet d'assurer l'efficacité de l'arrangement privé négocié, sur la base d'une attribution initiale des droits par un tribunal : l'arrangement privé est, en effet, une procédure de réaménagement de droits préalablement attribués. La littérature (en particulier la théorie des *property rights*) a retenu la prédominance de l'arrangement privé – associé à un mécanisme de marché à tort considéré comme substitut à l'intervention du juge, assimilée à une procédure tutélaire (cf. Kirat, 1997). Quant à l'interprétation « anti néo-classique », elle retient l'idée que les coûts de transaction étant positifs, il incombe au système juridique de les réduire. Dans la lignée de cette interprétation, le théorème de Coase est beaucoup moins un argument normatif en faveur des solutions de marché qu'on ne le pense habituellement. Au contraire, Coase reconnaît que toute espèce de règle juridique, du régime statutaire et législatif le plus élaboré aux simples règles de la *common law*, joue un rôle central dans le processus de coordination et peut être considérée comme un mécanisme dédié à la résolution du problème des coûts de transaction (Hovenkamp, 1995, Van den Bergh, 1996). Il apparaît toutefois ce théorème a ouvert, par sa nature ambiguë, des controverses et donc des interprétations diverses, voire contradictoires entre elles (cf. Zerbe, 1980).

Quoi qu'il en soit, les filiations de Coase sont, à l'instar des interprétations du théorème, multifacettes. L'expression de *New Institutional Economics* (NIE) est désormais usitée pour qualifier les courants d'analyse issus de l'intégration des éléments institutionnels dans l'approche néo-classique. Rutherford (1994) en note le caractère disparate, dans la mesure où elle rassemble : la théorie des *property rights* (Demsetz), de la *common law* (Posner), mais aussi les théories du *Public Choice*, de l'agence, des coûts de transaction, la Nouvelle Histoire Économique, les approches autrichiennes et néo-schumpeteriennes des changements institutionnels. Mais deux courants s'intéressent précisément au droit : la théorie des *property rights* et l'analyse économique du droit (AED), qu'il est légitime de qualifier de « post-coasiennes » (Goldberg, 1976). Ces deux courants présentent des similitudes. Ils reposent sur l'intuition que l'économie ne fonctionne pas dans un vide institutionnel, eu égard au fait que la valeur des biens échangés dépend des ensembles de droits de propriété transférés dans l'échange et qu'il est légitime d'étudier la façon dont les changements dans l'attribution des droits affectent les prix et l'allocation des ressources. De ce fait, ces courants présentent un plus grand réalisme que le cadre néo-classique canonique, en prenant en considération les phénomènes réels tels que les contrats et les marchandages. Par ailleurs, ils considèrent que l'analyse doit se centrer sur les effets des règles juridiques sur l'efficacité allocative. Enfin, il est

clair que ces courants s'intéressent très modérément à la question de l'évolution du droit ; voué à l'étude de l'impact de ces règles, leur cadre d'analyse se limite à déterminer les conditions sous lesquelles les règles juridiques mènent à des résultats efficaces (Schäfer, 1996).

En revanche, ces deux courants ont chacun leurs spécificités. Il est admissible de considérer que la théorie des *property rights* se situe dans la lignée de la version du théorème de Coase où les coûts de transaction sont nuls, et défend donc l'idée que les arrangements privés sont une solution préférable à l'intervention administrative, législative ou judiciaire dans la résolution des situations d'usage incompatible des *property rights*⁵. Elle fait sienne la thèse de l'invariance des règles de droit, qui conduit à en poser la neutralité (Zerbe, 1980). L'analyse économique du droit (de l'école de Chicago mais aussi des économistes du droit des universités de Berkeley – Cooter – et de Yale – Calabresi et Melamed -) se veut être une théorie de l'efficacité des règles de droit et des processus juridiques qui s'investit dans l'analyse des situations où les coûts de transaction sont positifs. Elle repose sur l'idée que le droit importe dans la mesure où il exerce des effets sur l'efficacité économique et l'allocation des ressources. En fait, ce courant de l'analyse économique du droit suit deux grandes directions de recherche spécifiques : les économistes des *Law Schools* de Yale et de Berkeley se préoccupent de l'incidence économique de règles particulières (en droit de la responsabilité civile et délictuelle) et cherchent à mettre en évidence les mécanismes juridiques optimaux garants de l'efficacité de ces règles⁶. Les économistes de Chicago – en premier lieu Posner – sont davantage préoccupés par l'efficacité, non pas de règles particulières, mais du processus judiciaire de la *common law*. Il apparaît dans cette orientation la présomption que l'évolution économique est régie sur un plan juridique par un processus dans lequel une plus grande efficacité est le principe de sélection. Mais, alors que l'œuvre de Commons est scandée par une observation scrupuleuse de l'évolution et des transformations des fondements juridiques du capitalisme américain, la théorie des *property rights* et l'école de Chicago en *Law and Economics* présentent une certaine indifférence vis-à-vis aussi bien des ressorts juridiques des phénomènes économiques – hormis les situations de conflit devant les tribunaux – que de l'histoire. Il est clair, par exemple, que la théorie des *property rights* n'est pas une théorie de l'histoire de ces droits et de leurs règles d'attribution (Calabresi

⁵Nous préférons utiliser l'expression anglaise dans la mesure où la notion de droit de propriété est une traduction qui véhicule trop d'ambiguïtés : elle est employée pour traduire « *ownership* » et « *property rights* ». À notre sens, la notion de droit de propriété est plus proche de la notion d'*ownership* que de celle de *property right*. La première renvoie aux attributs que le système juridique confère à la propriété/possession : l'*usus*, l'*abusus*, le *fructus*, alors que la notion de *property rights* doit être prise au sens de droits légitimes et socialement reconnus sur l'utilisation et la jouissance de ressources qui ne font pas l'objet d'une appropriation qualifiée juridiquement comme telle, comme une possession : les riverains d'une usine ont un droit légitime (un *property right*) à ne pas subir l'émission de pollutions, mais ils ne sont pas propriétaires de l'air qu'ils respirent, au sens où l'on est propriétaire d'une automobile (notion d'*ownership*).

⁶ Sont représentatifs de cette orientation les travaux de Calabresi sur les règles appropriées à la minimisation du coût social des accidents et ceux de Cooter sur les règles de responsabilité et de négligence aptes à garantir l'efficacité des comportements prudents et de la prévention des préjudices. Ces travaux montrent clairement la non neutralité allocative du droit de la responsabilité (cf. Kirat, 1997).

1991, Calabresi et Melamed, 1972, Zerbe, 1980)⁷. De ce point de vue, la perspective atemporelle et a-historique de ces courants peut être opposée à l'évolutionnisme de Commons, mais aussi à celui de Hayek.

C. — *Théories du développement vs théories de l'impact du droit*

Ce rapide panorama nous permet de souligner en premier lieu que la *Law and Economics* est plus ancienne que Coase ; un premier mouvement a émergé de ce qu'on appelle la *Progressive Era* aux États-Unis (1890-1920), fortement marqué par l'économie institutionnaliste et sa vision des sciences sociales ; mais le mouvement moderne, dont la caractéristique est d'étudier le droit avec les hypothèses et les méthodes de l'analyse économique standard, a éclipsé la tradition de l'OIE (Hovenkamp, 1995). Si la *Law and Economics* post-coasienne est née de la nécessité de prendre en compte le fait que l'échange marchand n'est pas seulement une variable indépendante (conditionnant les autres) mais aussi une variable dépendante dont le système juridique définit les contours – si ce n'est le contenu – et si de ce fait elle rejoint une préoccupation centrale de l'institutionnalisme, ces deux traditions ne s'inscrivent pas dans le même paradigme. Leur problème est différent : la réduction efficiente des coûts de transaction à environnement donné pour l'une et celui de la résolution du problème de l'ordre social par la formation et la transformation de l'environnement institutionnel pour l'autre (Carter, 1985). Sur cette base, une ligne de démarcation centrale émerge, comme le remarquent Samuels, Schmid et Shafer (1994), entre les théories du développement et celles de l'impact du droit. La première orientation est caractéristique de l'œuvre de Commons, alors que le courant de l'analyse économique du droit se rattache à la seconde, ce qui rend légitime de l'associer à une démarche conséquentialiste (Strowel, 1992). Selon Burrows et Veljanovski (1981), il est plus juste d'associer ce dernier courant à une approche méthodologique (une théorie du choix rationnel) plutôt qu'à un objet, approche qui en appliquant les techniques microéconomiques est adaptée aux études d'impact ; comme le souligne Schäfer (1996), l'analyse économique du droit vise à l'étude détaillée de règles données pour en déterminer les conséquences à l'aide des concepts économiques. L'institutionnalisme se caractérise *a contrario* par une nouvelle définition de l'objet (l'étude des interactions entre les événements économiques et juridiques) et repose sur une méthode d'analyse évolutionniste adaptée à l'explication génétique de l'ordre social et à l'appréhension de l'impact mutuel de l'économie et du droit. La première tradition assigne un but prédictif à la science et cherche à définir les solutions d'équilibre, optimales et déterminées à des problèmes techniques à partir d'une application normative du raisonnement microéconomique. La seconde se donne un but compréhensif ; elle cherche non à déterminer des solutions optimales mais à comprendre les dynamiques de change-

⁷ Les écrits de Demsetz et d'Alchian sont significatifs de cette indifférence. Ainsi, Demsetz (1967) qui considère que « La fonction première des *property rights* est de donner les incitations qui permettent une plus grande internalisation des externalités » (H. Demsetz, 1967, p. 348), recourt dans son article à des travaux d'anthropologues pour expliquer la genèse des *property rights*, en prenant l'exemple des Indiens du détroit du Labrador qui auraient inventé des *property rights* privés sur la terre pour corriger les externalités négatives liées au développement de la chasse induit par l'essor du commerce de fourrures.

ment et d'ajustement, *i.e.* à identifier « *what is going on* » (selon l'expression de Samuels *et al.*, *op. cit.*) dans l'interaction complexe des processus économiques et juridiques, comme point de départ d'une vision normative susceptible de fonder une pratique réformatrice des institutions. On comprend alors qu'elles ouvrent la voie à une conception différente de la nature et de la dynamique des règles juridiques.

II. — LOGIQUE DES RÈGLES ET DE LA RÉGULATION JURIDIQUES

On peut interpréter les différences évoquées ci-dessus comme étant la marque d'une différence de projet : le projet de Commons associe étroitement la question de l'évolution des règles juridiques à celle de la place de la régulation juridique dans l'évolution du capitalisme moderne ; Coase raisonne à caractéristiques du système économique données, pour envisager les effets possibles du régime juridique de la propriété et de la responsabilité sur l'efficacité économique selon que les coûts de transaction sont nuls ou positifs. Cela révèle des différences importantes entre la tradition institutionnaliste et celle de l'analyse économique du droit quant à la conception des relations entre le droit et l'économie et la signification des règles juridiques.

A. — *Commons et l'AED : d'une vision fonctionnelle à une vision analytique des relations entre le droit et l'économie*

Selon Commons, l'institutionnalisme substitue une conception fonctionnelle de la relation du droit et de l'économie à la conception analytique issue de Bentham. Cette dernière pense le droit et l'économie comme deux entités séparées ; elle adopte une vision statique et *a priori* du droit comme ensemble de principes dont on peut déduire des conséquences et dont la fonction est de mettre en cohérence la réalité avec les lois naturelles, c'est-à-dire réaliser l'efficience. En rompant avec les présupposés classiques, Commons ancre son économie dans une sociologie évolutionniste du droit (Gonce, 1971) issue de la pensée du Juge Holmes⁸ qui défendait, contre la tradition analytique, que :

« La vie du droit n'est pas logique ; elle relève de l'expérience [...] ; pour savoir ce que le droit est nous devons savoir ce qu'il a été et ce qu'il tend à devenir » (cité par Liebhaskey, 1988, p. 404).

Dans cette perspective, Commons pense les relations du droit et de l'économie sur le mode de l'interpénétration (les relations juridiques sont constitutives des relations économiques) ; il suit Blackstone contre Bentham pour adopter une vision dynamique du droit comme convention humaine évolutive et historique, produit d'une adaptation expérimentale aux transformations des pratiques et des conditions économiques et sociales et

⁸ Le juge Holmes fit partie au début du siècle du fameux « Club métaphysique » de Harvard qui autour de C.S. Peirce fonda le mouvement philosophique pragmatiste dont l'influence sur l'institutionnalisme de Commons fut déterminante (cf. Bazzoli, 1994). [p. 257-283] L. BAZZOLI - T. KIRAT Arch. phil. droit 42 (1997)

dont la fonction est de résoudre les conflits qui en découlent, c'est-à-dire de contribuer à la continuité de la communauté.

La *Law and Economics* moderne peut, sans grande difficulté, être considérée comme l'héritière de la tradition benthamienne (cf. Strowel, 1992). D'une part, elle adhère à cette conception des relations droit/économie en adoptant une approche conséquentialiste qui revendique un usage instrumentaliste de l'analyse économique⁹. D'autre part, le niveau d'analyse auquel la *Law and Economics* se consacre, celui des interactions bilatérales entre individus rationnels que ce soit dans un cadre d'arrangements privés ou dans un cadre judiciaire, n'est pas propice à une prise en compte de la consubstantialité des processus économiques et de la régulation juridique, des interactions individuelles et des règles sociales (Carter, 1985, Dawson, 1994). C'est pour rompre avec cette vision analytique que Commons suivit les juristes pour faire de la trans-action, c'est-à-dire des « *contests of wills* » sur la négociation et les transferts des droits de propriété, l'unité d'analyse. Il s'agit d'intégrer à l'analyse économique le fait que le droit organise les interactions en attribuant des droits, des obligations, des limites à l'exercice des droits et à l'assujettissement à des obligations, en créant des pouvoirs et les limites à leur exercice¹⁰. Ainsi, la *Law and Economics* post-coasienne prend pour donné l'environnement dans lequel les interactions microéconomiques prennent place, sans qu'une théorie explicite de la dynamique des règles juridiques soit élaborée, alors que l'institutionnalisme commonsien s'intéresse avant tout au pouvoir et aux opportunités économiques que créent les droits de propriété et à l'incidence des transformations de cet environnement sur les conditions mêmes des interactions :

« Dans l'analyse de Commons, le contrat est expliqué par l'environnement politique et institutionnel plus large. La structure des droits de propriété, tels qu'ils sont définis et mis en œuvre juridiquement, établissent les attributions, les pouvoirs, et les opportunités alternatives qui structurent l'environnement dans lequel les négociations contractuelles (*contractual bargain*) s'inscrivent. L'économie institutionnelle de Commons se préoccupe de la formation et de la transformation de cet environnement institutionnel » (Carter, 1985, p. 395).

On comprend alors que la tradition analytique se focalise sur l'impact de règles juridiques particulières sur l'efficacité économique, envisagée le plus souvent en référence à l'optimalité paretienne potentielle, ou au critère de Kaldor-Hicks. La tradition post-coasienne repose sur la présomption d'un monde où il existe peu d'interférences avec la liberté contractuelle, sur une vision normative du droit comme instrument de réduction des coûts de transaction donc comme instrument d'économisation. Dans la tradition institutionnaliste, la fonction du droit (donc aussi son critère d'évaluation) ne peut être

⁹ Dans cette perspective, l'économie n'est en rien modifiée par son contact au droit, au contraire on ne s'intéresse qu'à l'apport de l'analyse économique au droit, apport qui est situé dans l'utilisation des « outils économiques pour décider des règles à appliquer et expliquer la logique du droit » (cf. Schäfer, 1996).

¹⁰ Le droit participe ainsi à la constitution même de l'économie : « Les forces du marché n'émergent et ne prennent forme que dans le cadre, *inter alia*, de choix juridiques quant aux droits relatifs, à l'exposition à des préjudices, aux avantages et aux désavantages relatifs de la contrainte » (Samuels, 1971, p. 258).

l'efficacité statique ; d'une part, d'une conception fonctionnelle découle l'idée que ce sont les droits et les pouvoirs qui déterminent l'efficacité et non l'inverse ; d'autre part, en envisageant le droit comme un système dynamique, son rôle s'évalue eu égard à sa capacité d'adaptation des règles dans le temps en lien aux changements dans les caractéristiques des relations et des activités socio-économiques (Goldberg, 1976). C'est pourquoi, il ne s'agit pas de déterminer des solutions optimales mais d'identifier les directions et les choix à l'œuvre dans les processus de création et d'ajustement des règles.

Il apparaît ainsi, comme le souligne Toboso (1995), que la tradition post-coasienne (ou plus généralement la NIE) partage avec le paradigme néo-classique une « image de la réalité » formée par l'acceptation d'une conceptualisation en termes d'échange volontaire où les règles sont pensées comme le résultat de décisions individuelles volontaires et donc comme un résultat Pareto efficace. Au contraire, la tradition commonsienne s'inscrit dans une conceptualisation en terme de pouvoir et dans un mode d'analyse évolutionniste où les règles sont appréhendées dans le contexte de l'analyse des changements historiques et pensées comme :

« [...] le résultat présent des droits de propriété et des pouvoirs des autorités, [...] modelées et remodelées dans le passé par les tribunaux, les organes législatifs et exécutifs, à travers le contrôle des comportements humains exercé au moyen des *working rules*, orienté vers des finalités pensées utiles ou justes par ceux qui créent le droit et par ceux qui l'interprètent » (Commons, 1924, p. 376).

B. — *Commons : règles juridiques, souveraineté et ordre*

En faisant de la transaction son unité d'analyse, Commons entend engager l'analyse économique dans une nouvelle voie : en partant du fait que, selon ses termes, « le contrôle juridique précède le contrôle physique » (le transfert des droits de propriétés précède l'activité économique proprement dite), le principe du contrôle collectif des interactions, c'est-à-dire des règles opératoires (*working rules*) qui gouvernent les groupes d'individus associés (*going concern*), est mis au premier plan. Commons envisage le fonctionnement du système économique comme un processus basé sur des configurations évolutives de l'action collective fondées sur des règles qui organisent et structurent les relations entre individus et organisations. Ces règles prennent des noms et des formes différents, mais quelle que soit leur nature, ce sont elles qui déterminent le pouvoir légitime des agents, régulent les conflits sur les droits, permettent la sécurité des anticipations en définissant ce que les participants aux transactions peuvent, ne peuvent pas, doivent, ne doivent pas, pourraient ou ne pourraient pas faire, c'est-à-dire définissent des droits et des devoirs, des libertés et des « *exposures* ».

Si le contrôle social le plus inhérent à la communauté est exercé par les coutumes (les normes de conduite, les coutumes des affaires...), Commons pense que la compréhension du capitalisme suppose de prendre en compte le contrôle exercé par les institutions organisées (*going concern*) comme lieu de mise en œuvre de règles par des organes d'autorité qui ont la compétence et la légitimité pour ce faire. Il propose une image

complexe du système économique où interagissent : les règles générales de conduite de la société basées sur le « pouvoir de l'opinion » et renforcées par les organisations religieuses, morales ou culturelles ; les règles constitutionnelles et juridiques du gouvernement fondées sur le pouvoir de violence, extrait historiquement des transactions privées et monopolisé par cette entité qu'est l'État de droit ; les règles internes des organisations économiques fondées sur le pouvoir de propriété. Dans ce schéma, les règles juridiques sont un cas particulier de *working rules* qui ont un rôle essentiel pour la compréhension de l'ordre social.

D'un point de vue historique, Commons montre dans *Legal Foundations of Capitalism* que les institutions de l'économie de marché ne sont ni naturelles ni le produit de l'action individuelle volontaire. Le pouvoir économique issu de la propriété privée n'a pu s'affirmer qu'une fois que le pouvoir de violence ait été limité, c'est-à-dire qu'avec la construction de l'État de droit moderne ; les institutions du marché ont été socialement formées au long des siècles par un processus d'élaboration de droits de propriété définissant un domaine autorisé pour l'exercice du choix dans la détermination des termes des transactions, ce qu'on appelle la compétition économique (Ramstad, 1994). Dans ce processus, l'autorité suprême est pour Commons la Cour suprême des États-Unis car c'est l'organe judiciaire de l'État qui a fait et appliqué le droit dans la création, la protection, et la redistribution des droits de propriété (Dugger, 1980). Les règles juridiques sont un cas particulier de *working rules* car ce sont celles dont la mise en œuvre est assujettie au contrôle d'une autorité relevant de l'État, détenteur d'un pouvoir de coercition spécifique par rapport à celui que détiennent d'autres autorités (ou souverainetés) également dotée d'un pouvoir normateur (comme les « *business concerns* », les « *industrial governments* » ou les « *cultural concerns* »). Dugger résume la conception que Commons a de l'origine et de la nature des règles juridiques en ces termes :

« Commons considérait le droit comme la formalisation et la mise en œuvre [*enforcement*] par l'État des *working rules* des *going concerns*. Le droit s'enracine dans les *working rules*. Mais, alors qu'une *working rule* est interprétée et mise en œuvre par le pouvoir moral ou économique d'un *going concern* autre que l'État, le droit est interprété par les tribunaux et mis en œuvre *via* la force physique de l'État » (Dugger, 1980, p. 216).

En d'autres termes, Commons conçoit les règles juridiques comme les *working rules* du gouvernement, et dont une grande part vient de la *common law*.

D'un point de vue analytique, le rôle fondamental du droit s'exprime chez Commons dans un paradigme des relations juridiques (Gonce, 1976, Ostrom, 1976) qui distingue les « transactions autorisées » (*authorized transactions*) des « transactions d'autorité » (*authoritative transactions*). Alors que les premières définissent et distribuent l'autorité en vue de l'action dans une organisation particulière, les secondes définissent et distribuent l'autorité qui permet de déterminer, mettre en œuvre et changer les relations d'autorités ayant cours dans les organisations. Ainsi, si Commons considère que toute organisation a besoin pour son existence dans le temps (sa *ongoingness*) d'une autorité coercitive (*authoritative figure*) pour résoudre les conflits, édicter les règles de comportement et faire appliquer les sanctions, il met au premier plan le fait que ces relations supposent une légitimité qui est subordonnée à la souveraineté supérieure de

[p. 257-283]

l'État de droit, laquelle a le pouvoir exclusif de décider de la légalité et de la signification des règles, comme de dénouer les conflits à leur propos. Les transactions privées sont des « *authorized transactions* » porteuses de droits et de devoirs garantis par le pouvoir souverain de l'État à travers le système judiciaire (*authoritative transactions*).

L'économie est donc un objet de contrôle juridique et le droit un moyen essentiel de régulation des transactions et des organisations économiques, par ses fortes implications distributives en termes de pouvoir. C'est dans le *legal-economic nexus* que se déterminent l'organisation et le contrôle du système économique. L'économie est un système de droits relatifs – un système de pouvoir et de coercition mutuelle qui est en même temps un système de liberté et d'exposition à la liberté des autres – qui déterminent la capacité des individus à participer au processus de décision économique et de sélection des règles, dont la légitimité se trouve dans l'exercice légal de l'autorité et dans la correspondance aux principes de « l'autorité ultime » (Samuels, 1971). Ce paradigme conduit de manière inhérente, comme le souligne Ostrom (1976), à l'étude des structures évolutives des relations entre le droit et l'économie. Si Commons se centre sur les décisions judiciaires pour étudier le capitalisme, c'est parce que les juges résolvent les conflits en faisant des choix, et que les choix entre différents demandeurs de droits en présence sont des choix sur les intérêts qui comptent et les intérêts à protéger. C'est sur cette base que Commons considère que les tribunaux sont l'opérateur, dans l'histoire, des processus évolutionnistes de sélection essentiels à la conservation, dans des circonstances changeantes, d'un ordre social relatif.

C. — *La Law and Economics post-coasienne :
analyse des règles juridiques ou analyse des arrangements efficients ?*

La *Law and Economics* post-coasienne entretient un rapport ambivalent avec le droit (Katz, 1995). Elle se revendique d'une méthodologie positive qui renvoie à la production de prédictions vérifiables par l'évidence empirique dans le domaine des effets des règles juridiques. Le positivisme affirmé en *Law and Economics* revient à procéder à l'évaluation des conséquences du droit sur l'efficacité allocative, à partir du modèle de l'individu rationnel maximisateur¹¹ ; de fait, cette démarche conduit à considérer le système juridique comme véhiculant un ensemble de contraintes dans lequel les agents maximisent leur satisfaction, dans un contexte où les « biens » sont des crimes, des délits ou des infractions au droit et les prix des sanctions imposées par le système juridique. Mais à cette première option, qui est typique des approches de l'école de Chicago, se rajoute une démarche de fait normative, au demeurant pas toujours revendiquée explicitement. La frontière entre ce positivisme à la Friedman et une vision normative est vite franchie : la théorie économique qui met à jour des prédictions sur les effets allocatifs des règles

¹¹ Ainsi que l'affirme explicitement Posner : « [...] les participants au processus juridique se comportent manifestement comme s'ils étaient des maximisateurs rationnels ; les criminels, les contractants, les conducteurs d'automobiles, les plaignants, et autres sujets soumis à des contraintes juridiques ou engagés dans des procédures juridiques, agissent dans leur relation au droit comme des maximisateurs intelligents (mais pas omniscients) de leur satisfaction » (Posner, 1975, p. 763).

juridiques devient facilement pourvoyeuse de prescriptions quant aux types de règles qu'il conviendrait de mettre en œuvre pour assurer l'efficacité allocative. Les économistes du droit post-coasiens convergent dans cette démarche et dans l'appréciation de l'efficacité des règles juridiques. Les thèses de Calabresi et de Cooter en droit de la responsabilité sont représentatives de cette démarche, qui consiste à établir les conditions de la pertinence de différentes règles juridiques particulières, en tant qu'elle visent à fournir des incitations efficaces, au regard du comportement rationnel des agents¹². La frontière floue entre le positif et le normatif en *Law and Economics* contribue à opacifier l'objet même de cette discipline : le droit *tel qu'il est* ou le droit *tel qu'il devrait être* ? Quoiqu'il en soit, soulignons aussi que cette démarche conduit de nombreux auteurs à étudier en profondeur, y compris dans leur dimension juridique, des règles particulières, même si cela n'est pas systématique. Mais reste la question de savoir si cela fonde une théorie des règles.

La théorie des *property rights* et l'analyse économique du droit sont des théories des arrangements privés en présence d'externalités négatives et de coûts réciproques : les règles répondent à une logique efficace d'internalisation des externalités et de réduction des coûts de transaction. Ceci étant les deux courants se distinguent quant à leur rapport à la « boîte noire » du droit. En effet, les thèses d'Alchian et de Demsetz font une faible part aux processus et institutions juridiques. Ou, plus précisément, leur démarche consiste à partir du problème général que pose l'existence d'externalités, du point de vue de la divergence entre coût social et coûts privés, pour en dégager les implications, d'un point de vue normatif, sur le système juridique. Les analyses des *property rights* et des *liability rules* par Alchian et Demsetz sont menées dans une perspective d'économie théorique, sans étude substantielle de ce que ces objets sont réellement dans le droit. La théorie des *property rights* est ainsi plus une théorie des arrangements volontaires efficaces qu'une théorie économique du droit. En revanche, l'analyse de l'école de Chicago pénètre plus dans la boîte noire des règles et processus juridiques du fait de la thèse de Posner selon laquelle c'est le processus judiciaire de la *common law* qui est garant de l'efficacité :

« [...] Le système juridique lui-même – ses doctrines, ses procédures, ses institutions – a été fortement influencé par une préoccupation (plus souvent implicite qu'explicite) d'accroissement de l'efficacité économique. Les règles d'attribution des droits de propriété et de détermination de la responsabilité, les procédures de règlement des conflits juridiques, les contraintes imposées quant aux méthodes utilisées par les agents d'exé-

¹² Sont ainsi analysées les conditions d'une application pertinente de trois mécanismes allocatifs de la responsabilité : la responsabilité stricte qui implique que l'auteur d'un préjudice indemnise la victime, la règle de négligence, qui n'implique l'attribution de la responsabilité d'un préjudice qu'à la condition que son auteur ait enfreint un standard de comportement prudentiel, et le mécanisme du marché des droits, qui facilite l'échange volontaire. La règle du juge Hand en droit de la responsabilité et de la négligence est aussi un bel exemple : elle stipule que le coût social des accidents est minimisé lorsque le coût marginal de la prudence pour l'auteur d'un accident est égal au coût marginal de l'accident multiplié par sa probabilité. En d'autres termes, un conducteur rationnel aura un degré optimal de prudence – et échappera à une sanction en responsabilité – s'il se comporte de telle manière que le coût d'évitement de l'accident soit inférieur au préjudice créé, multiplié par sa probabilité (cf. Kirat, 1997).

tion du droit (*legal enforcers*) en matière de calcul des dommages et de détermination de l'opportunité d'actions en injonction, tous ces éléments et biens d'autres [...] peuvent être compris comme des tentatives [...] de promotion d'une allocation efficiente des ressources » (Posner, 1975, p. 764).

La convergence de ces deux courants se fait sur leur appréciation de l'efficience des règles et sur leur problématique : il ne s'agit pas, comme dans la tradition institutionnaliste, d'étudier les caractéristiques de l'ordre économique-juridique, mais de déterminer les règles et les processus garants de l'efficience économique. Dans cette perspective, le droit s'épuise dans ses seuls effets (Strowel, 1992).

À la périphérie de ces courants, certains auteurs plus proches du droit, tels Calabresi et Melamed (1972), montrent que l'intervention des pouvoirs publics dans l'attribution des droits et dans les modalités de leur protection est un processus incontournable, et que l'efficience des règles doit être appréciée au regard des objectifs qui leur sont assignés lors de leur attribution, qui peut être effectuée en référence à des considérations relatives à l'efficience allocative, mais aussi à la distribution des revenus ou à la justice sociale¹³. Par ailleurs, une des critiques adressées par Buchanan (1984) à Coase est que ce dernier pense la question des arrangements efficients uniquement à structure institutionnelle de droits donnée. En quelque sorte, et là on rejoint la perspective de Commons selon laquelle l'efficience n'a de sens que dans le cadre de droits donnés, l'efficience est contextuelle (Voir aussi Calabresi, Goldberg, Burrows et Veljanovski), elle dépend de la structure institutionnelle existante. Dans ce cas, l'efficience ne peut être le fondement d'une théorie de l'attribution des droits, elle ne peut déboucher sur une théorie du droit (Strowel, 1992).

Ainsi le problème général qui est ici posé est que si le théorème de Coase nous dit que toute structure de droits est efficiente, cela ne nous donne pas une théorie des règles (Burrows et Veljanovski, 1981)¹⁴.

D. — *Les property rights : arrangements bilatéraux vs action collective*

L'intérêt des économistes pour l'analyse des règles juridiques se concentre sur l'étude des droits de propriété. La notion de droits de propriété est délicate à manier et n'est pas exempte d'ambiguïtés. La confrontation entre la tradition institutionnaliste, centrée sur l'action collective dans le contrôle et l'expansion de l'action individuelle, et la théorie

¹³ Stigler estime que : « [...] toutes les institutions sociales durables, y compris la *common law* et la *statute law*, doivent être efficaces. Sur ce point, je me démarque de la théorie développée par Richard Posner selon laquelle la *common law* (mais pas toujours la *statute law*) recherche l'efficience économique. Je soutiendrai l'idée que l'on ne peut juger de l'efficience qu'au regard des objectifs visés » (Stigler, 1992, p. 459).

¹⁴ Comme le soulignent ces auteurs, en se centrant sur l'efficience des résultats et en ne prenant pas en compte le sens uniquement contextuel de ce critère, on aboutit à une théorie peu réaliste des processus d'ajustement et d'impact des règles juridiques (l'élégance formelle ne permet pas d'appréhender la complexité des processus en jeu) et à une théorie irréfutable car l'efficience peut expliquer toute règle.

des *property rights*, centrée sur les arrangements bilatéraux efficients, en offre une bonne illustration.

Cette dernière se focalise plus sur leurs finalités (internaliser les externalités) que sur leur existence concrète. Le cas d'école privilégié est celui où les arrangements privés prédominent, et sont jugés efficients, dans l'attribution et le transfert des droits. L'arrangement négocié – associé à une solution de marché aux effets externes – est considéré comme le procédé optimal. Cette analyse peut être discutée de deux points de vue :

1. l'attribution des droits doit être opérée par une autorité ayant compétence à cet effet : le législateur, l'administration ou le juge. Une lecture fidèle du texte de Coase (1960) montre par à cet égard que l'arrangement négocié est un réaménagement de droits qui doivent être préalablement attribués (la préférence de Coase va à une attribution judiciaire) (cf. Kirat, 1997).

2. La protection des *property rights* peut revêtir trois modalités : soit un droit absolu (*property right*), qui offre la possibilité à son titulaire d'empêcher l'usage de sa ressource, soit un droit relatif (*liability rule*, soit un droit de la responsabilité civile), sous le régime duquel l'utilisateur de la ressource doit indemniser le titulaire qui n'est alors pas en mesure d'en assurer l'exclusivité, soit enfin un droit lié à une règle d'inaliénabilité (*inalienability rule*)¹⁵ (Calabresi et Melamed, 1972).

Du fait que la théorie des *property rights* ne pose pas le problème des mécanismes d'attribution de ces droits par des instances autres que les contractants dans un échange marchand, on peut en déduire qu'elle estime que l'accord contractuel négocié est le mécanisme souhaitable et efficient, en lieu et place de l'action d'un organe de la puissance publique. Si la théorie des *property rights* admet – du bout des lèvres – que ces droits peuvent être garantis (*enforced*) par la puissance publique, *postérieurement* aux arrangements privés, l'accent est mis sur les mécanismes non étatiques assurant la mise en œuvre de ces droits :

« C'est une question de fait que les droits de propriété *privés* sont des droits pas seulement parce que l'État les établit comme tels, mais aussi parce que les individus, du moins l'immense majorité des gens, veulent que de tels droits soient mis en œuvre et garantis » (Alchian, 1965, p. 817).

Du fait de ses présupposés méthodologiques et de ses objectifs forts différents, la tradition institutionnaliste propose une analyse opposée des *property rights* en ce qui concerne tant leur nature que leur fondement.

Partant d'une analyse historique des fondements juridiques du capitalisme en étudiant la façon dont les notions de propriété et de droits de propriété ont été construites, amendées et modifiées, notamment par la Cour suprême, Commons en arrive au fait que la propriété ne doit pas être traitée comme une chose, mais comme des relations entre indi-

¹⁵ L'analyse proposée par Calabresi et Melamed (1972) montre clairement les ambiguïtés du théorème de Coase, sur la question de la neutralité de la règle de droit. La neutralité de Coase concerne-t-elle les modalités d'attribution de droits ou les modalités de leur protection ? Il est significatif que les interprétations du théorème portent, selon les auteurs, sur les *property rules* (Alchian) ou sur les *liability rules* (Demsetz).

vidus à propos de l'usage des choses ; en effet, le concept de propriété, qui initialement renvoyait à un principe de détention exclusive d'objets physiques pour l'usage privé de son possesseur (*owner*), a été progressivement transformé en un concept associé à un contrôle de ressources limitées rendu nécessaire par les besoins d'autres individus que les possesseurs, à des domaines intangibles et incorporels (Commons, 1924)¹⁶. C'est pourquoi l'économie doit étudier les transactions, c'est-à-dire l'activité d'aliénation et d'acquisition de droits de propriété (*property rights*) pour posséder (*ownership*) et contrôler l'usage des choses (*property*) (Saglio, 1990). Commons définit ces droits comme des règles socialement construites qui limitent le champ d'action des individus, mais en même temps protègent l'individu dans sa poursuite d'« opportunités économiques légitimes » (*rightful access to opportunities*). Est soulignée ici la dimension nécessairement collective des droits de propriété parce que ceux-ci ne peuvent exister que dans la mesure où ils sont garantis (*secured*) par la souveraineté de l'État :

« Les droits de propriété sont une protection *collective* de l'activité et des finalités économiques des individus. La propriété individuelle peut exister ; des droits de propriété individuels sont impossibles. Aucun individu ne peut protéger ses droits de propriété contre d'autres en agissant seul. Il doit s'en remettre à l'action collective » (Dugger 1980, p. 215).

Ces droits collectifs sont réciproques :

« Il n'y a pas de droits sans obligations correspondantes, pas de droits et d'obligations effectifs des individus sans à la fois un pouvoir corrélatif et une responsabilité des autorités de venir en aide au droit en contrôlant les obligations » (Commons, 1924).

L'institutionnalisme tient en compte le fait que, en prenant des décisions d'attribution de droits, la puissance publique (*i.e.* les pouvoirs exécutifs, législatifs et l'appareil judiciaire) influence en profondeur la capacité des acteurs à participer aux processus économiques. En fait, les forces du marché sont canalisées par une structure de pouvoir de nature juridique : l'attribution de droits est aussi l'attribution d'un pouvoir et la définition de qui est exposé à ce pouvoir, ainsi qu'une distribution de préjudices (Dawson, 1994)¹⁷. La fonction de droit est de déterminer quels intérêts doivent faire l'objet d'une protection, et la forme de celle-ci.

¹⁶ Le capitalisme pour Commons naît justement de cette transformation de la signification du terme « propriété », de la valeur d'usage des choses à leur valeur d'échange (*expected earning power of things*, c'est un droit sur les valeurs futures).

¹⁷ L'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Miller v. Schoene* (1928) est souvent évoqué à l'appui de cette idée. Dans cette affaire portée devant la plus haute juridiction américaine, la Cour a confirmé la constitutionnalité d'un jugement d'un tribunal de l'État de Virginie de 1914, qui en s'appuyant sur un *statute* de cet État avait « détruit » une classe de propriété au profit d'une autre, *i.e.* celle d'un propriétaires de cèdres rouges atteints d'une maladie qui pouvait être transmise à des pommiers. Le tribunal avait décidé de faire procéder à la destruction des cèdres malades sans compensation. L'argument de Miller, le propriétaire lésé de cèdres, lors de son recours devant la cour suprême, portait sur l'anticonstitutionnalité de la loi et de la décision de justice virginienne, au regard du fait qu'elles détruisaient sa propriété. Voir Dawson (1994) pour ce cas, et Commons (1924) sur la construction judiciaire de la notion de propriété et des situations dans lesquelles il est légitime d'y porter préjudice, dans les interactions [p. 257-283]

Or, dans cette conception le critère de Pareto n'est pas l'indicateur pertinent pour évaluer les règles : si les droits de propriétés sont les règles qui permettent l'accès aux opportunités économiques, alors le critère pertinent devient celui de l'accroissement de l'*equality of opportunity*, de l'extension de la participation du plus grand nombre. Dugger résume la teneur de cette opposition en ces termes :

« [...] Commons se focalisait sur les caractéristiques, en termes d'équité, de droits de propriété *évolutifs*, alors l'école des *property rights* s'attache aux caractéristiques, en termes d'efficacité, d'un équilibre final qui survient après que les droits ont été fixés » (Dugger 1980, p. 212).

Cette conception s'éclaire lorsqu'on comprend la différence entre « *liberty* » qui a émergé avec le capitalisme et l'avènement de la propriété privée contre les anciennes oppressions, et « *freedom* » qui se construit avec l'évolution du capitalisme et la protection de la liberté par le développement des droits de propriété. L'approche institutionnaliste de Commons est une théorie de la création pragmatique des règles et des *property rights* par l'action collective évolutive. Dugger écrit d'ailleurs à juste titre que :

« Commons avait clairement compris que l'action collective en mouvement non seulement contrôle, mais aussi élargit et libère l'action individuelle. C'est à travers ce processus évolutionniste que les individus détenteurs d'une propriété acquièrent des droits de propriété et que les *working rules* acquièrent une nature juridique dans le processus de recherche de la justice. Si l'on veut comprendre les droits de propriété et le droit, il nous faut comprendre le processus évolutionniste par lequel ils émergent » (*op. cit.* p. 216).

On ne saurait mieux souligner l'indissociabilité, dans cette tradition, de l'étude des règles et de celle de l'évolution.

III. — SÉLECTION DES RÈGLES, *COMMON LAW* ET ÉVOLUTION

Il semble dès lors clair que les deux traditions confrontées ici aboutissent à des visions fort distinctes du problème de l'évolution des règles juridiques. Si l'une est clairement évolutionniste, en discute les principes et replace la dynamique des règles juridiques dans la question de l'évolution économique, l'autre ne défend rien de plus qu'une métaphore biologique et traite du problème de l'évolution des règles juridiques dans une perspective qui reste fondamentalement statique et n'aborde pas l'interaction des dynamiques économique et institutionnelle. Si leur comparaison justifiera cette opposition, elle montrera aussi que ces deux façons d'aborder l'évolution s'expriment dans le

tions entre les processus judiciaires, le droit légiféré et le droit constitutionnel américains. Samuels (1971) fournit une présentation détaillée et, surtout, une analyse des enjeux de ce cas pour l'étude des interrelations entre processus juridiques et processus économiques. Notons que cette sensibilité à l'analyse positive de la jurisprudence fédérale américaine se retrouve de manière très marquée dans les travaux d'Édouard Lambert et de l'Institut de droit comparé de Lyon (cf. Lambert, 1921).

statut donné à la *common law* et dans l'appréhension de la nature des processus de sélection des règles.

A. — *Sélection artificielle et main visible des tribunaux*

On peut considérer avec Y. Ramstad (1994) que l'économie institutionnaliste de Commons est toute entière dirigée contre la croyance que l'ordre spontané est la tendance naturelle dans le domaine social¹⁸, donc que les institutions de l'économie de marché ont été naturellement sélectionnées pour faciliter l'efficacité allocative. C'est notamment dans cette perspective qu'il discute de l'analogie biologique dont peut s'accommoder assez facilement ce type d'explication par la « main invisible ». Selon lui, la métaphore de la sélection naturelle, qui décrit un processus d'adaptation à un environnement donné – c'est-à-dire en dehors du contrôle des organismes – est inadaptée car elle ne permet pas de prendre en compte la spécificité des sciences sociales où joue la volonté humaine. En effet, par son action volontaire (*purposeful*), l'homme agit sur son environnement, c'est-à-dire les ressources et les règles du jeu, pour le transformer selon ses propres buts. C'est pourquoi Commons défend que la conception darwinienne de la sélection artificielle (« qui convertit les loups en chiens ») est la métaphore adaptée à l'économie politique¹⁹.

Cette métaphore répond à trois principes essentiels : 1. Commons veut élaborer ce qu'il appelle une théorie « volitionnelle », *i.e.* qui rompt avec les conceptions naturalistes et mécanistes des phénomènes économiques pour mettre l'accent sur cette spécificité des sciences sociales, les volontés humaines changeantes qui se révèlent dans les règles de conduite ; 2. cette approche est incompatible avec la prétention d'établir les principes universels de l'économie ; au contraire, comprendre un système économique suppose un point de vue historique qui repose sur la mise à jour des fondements institutionnels et juridiques évolutifs de l'activité économique ; 3. si la force centrale dans le domaine social n'est pas la pression aveugle mais l'action concertée tournée vers le futur, alors la sélection ne peut être gouvernée par une force brute.

Dans cette perspective, l'évolution (le changement dans le temps historique des règles) est le produit d'une sélection artificielle (et non pas de la concurrence comme mécanisme aveugle), c'est-à-dire d'un processus continu de résolution des conflits marqué par les buts humains conflictuels et les choix des « *authoritative figures* ». Mais, comprenons bien Commons, cela ne signifie pas, si l'on reprend les catégories de Hayek, que le processus est conçu (*design*) et que ses résultats sont intentionnels. L'adoption d'une posture évolutionniste marque justement une rupture avec la pré-

¹⁸ Car, comme on l'a vu, dans un monde d'incertitude et de conflits, l'ordre est le résultat de l'action collective qui produit une structure coercitive de règles encadrant l'action intéressée qui, sans elle, ne pourrait se déployer.

¹⁹ Cette conviction, Commons l'a dérivée de son étude historique de l'émergence et de l'évolution du capitalisme dans *Legal Foundations of Capitalism*, qui lui a appris que le mécanisme concurrentiel était un phénomène socialement construit (une interaction structurée par des règles issues de l'action même des agents sur leur environnement), et il l'a développée dans *Institutional Economics* comme base d'une théorie générale de l'évolution économique. [p. 257-283] L. BAZZOLI - T. KIRAT *Arch. phil. droit* 42 (1997)

conception que l'évolution est naturellement dirigée vers une fin ²⁰ : il s'agit au contraire d'étudier les processus historiques, sans début ni fin, d'étudier les « complexités changeantes de ce processus » (Commons, 1934, p. 677), séquence d'actions humaines et de réactions dont le conflit, et non l'ordre naturel ou le *design*, est la force motrice. Mais si l'histoire est indéterminée, le processus permanent d'ajustement institutionnel est lié aux volontés individuelles et collectives insérées dans des rapports de pouvoir. Dans ce processus, les règles ne sont pas volontairement créées, elles sont sélectionnées par ceux qui dans l'histoire d'une société ont acquis la position de décider (pouvoir économique, pouvoir politique, pouvoir judiciaire) et ont assumé la tâche de résoudre les conflits sur les règles sociales. La dynamique des règles met en jeu un processus de choix, à la fois privé et public, individuel et collectif, sans que ce processus n'aboutisse *a priori* à un résultat efficace, mais dont la fonction est celle de la résolution de problèmes et de la formulation de droits et de devoirs légitimes (*lawful*). Précisons cette conception.

Commons distingue les deux sources de règles juridiques, la *statute law* et la *common law* (Rutherford, 1994). Par la première, il étudie le changement de règles lié aux choix des pouvoirs législatif et exécutif, *i.e.* qui sont créées comme expression de la souveraineté politique. Qu'il s'agisse d'une création *ex nihilo* ou d'une sélection, est ici en jeu un processus délibéré de construction institutionnelle fondé sur un processus collectif de prise de décision ²¹. Pour Commons, l'évolution du capitalisme se manifeste de ce point de vue dans l'évolution des compromis historiques entre classes sociales sur le contrôle du pouvoir de l'État produisant l'évolution graduelle des institutions démocratiques. Mais c'est par l'étude de la *common law* qu'on peut comprendre, selon lui, le processus par lequel les conflits socio-économiques courants sont résolus, donc par lequel les règles sont sélectionnées et transformées ; c'est en effet par ce processus que la légalité et la légitimité des transactions (*authorized transactions*) sont définies. Les règles juridiques dérivent ici des coutumes et des règles des organisations à travers la « *common law method of making law* », c'est-à-dire à travers les décisions des juges à partir des précédents dans les processus jurisprudentiels. Il reprend la conception de Blackstone selon laquelle les règles juridiques sont le résultat d'un processus évolutionniste (*i.e.* d'une adaptation au présent qui conserve les traces du passé) et souligne le fait que ce processus manifeste une sélection artificielle, ce que Blackstone désignait par l'idée d'élaboration interstitielle du droit par les juges (Strowel, 1992). Pour Commons, les juges de la *common law* ne font pas que découvrir des règles existantes, comme chez Hayek, mais doivent prendre des décisions pour choisir entre des règles en conflit (les règles émergentes ne sont ni forcément efficaces ni homogènes) et pour en créer lorsque des lacunes existent (Leathers, 1989, Rutherford, 1994). Cette « *judge-made law* » conduit, par ce qui apparaît à Commons comme une méthode expérimentale de régulation ²², à donner une précision aux pratiques coutumières et à ajouter des sanctions légales aux règles qui ont sa faveur.

²⁰ Notons que c'est là que se fait l'unité des auteurs institutionnalistes.

²¹ Mais ce n'est pas pour autant un pur processus conçu puisque le législateur est contraint par les règles existantes et ne maîtrise pas toutes les conséquences de ses choix.

²² Au sens où elle prend en considération les précédents et les différents points de vue ; cf. Bazzoli 1994.

Ainsi, par une formule consciemment provocatrice, Commons défend que c'est « la main visible » des tribunaux qui permet qu'une pratique devienne une règle sociale et que les coutumes soient renforcées par des sanctions organisées. C'est donc essentiellement par le processus de la *common law* que l'action collective contrôle l'action individuelle, en la favorisant ou la restreignant. Or ce processus relève de la sélection artificielle car les tribunaux font continuellement des choix qui sont des choix entre coutumes donc entre groupes sociaux, entre intérêts, des choix guidés par leur idée de l'intérêt public et des droits privés. À la différence des « *impersonal judges* » de Hayek, les juges sont, chez Commons, guidés par des valeurs (leurs jugements propres et leurs jugements liés à leur rôle social) et l'évolution n'est ainsi gouvernée par aucun impératif naturel (Leathers, 1989). Son étude des décisions de la Cour suprême (notamment) lui a montré que celles-ci tournent ultimement autour du principe des « valeurs raisonnables » comme critère du bien guidant la sélection. Si l'efficacité n'est pas une tendance naturelle mais un idéal adopté par les tribunaux, cela n'a jamais été le seul idéal de but public ; l'histoire juridique de la construction du marché et des droits de propriété montre au contraire qu'un but aussi important a été celui d'équité (*fairness*) (Ramstad, 1994) ; la recherche, par la *common law*, de règles raisonnables, c'est la recherche d'un degré raisonnable d'efficacité et d'équité permettant de

« réduire l'écart entre les intérêts conflictuels qui séparent les transactions pour que leurs intérêts mutuels soient servis et que l'activité puisse se poursuivre » (Dugger, 1996).

C'est là pour Commons la raison profonde du rôle positif des processus judiciaires de la *common law* dans l'évolution économique et l'adaptation des règles sociales aux changements des conditions de la vie en société²³. Il voit là la trame de la dynamique du capitalisme.

B. — *Sélection naturelle des règles juridiques et main invisible des tribunaux*

Rutherford (1994) souligne très justement qu'à la différence de la tradition institutionnaliste (notamment de Commons), la NIE a développé des littératures séparées sur les conventions sociales, les institutions politiques, le droit et les organisations. Ainsi, si pour une partie de cette littérature (*public choice*), il est nécessaire d'élaborer une théorie positive de l'État pour comprendre son rôle dans la définition des règles de l'échange, l'analyse économique du droit dans ses différentes composantes est assez remarquablement homogène pour considérer que seule la *common law* est porteuse d'une allocation efficiente des ressources. Le juge Posner estime que les précédents établis en droit de la

²³ Le sens de la métaphore évolutionniste utilisée par Commons est parfaitement résumée par W.C. Mitchell dans son compte-rendu de *Legal Foundations of Capitalism* dans l'*American Economics Review* : « Commons considère l'évolution économique comme un processus dans lequel de nouvelles formes de comportement se développent, en réponse à de nouveaux besoins ou à de nouvelles opportunités ; la question centrale est la sélection entre ces candidats à la survivance sociale. (...) On pourrait dire que le rôle joué par la sélection naturelle dans la biologie de Darwin est rempli par la sélection judiciaire dans le schéma d'évolution économique de Commons » (1924, p. 243).

propriété, en droit des contrats, en droit de la responsabilité, etc., reflètent un standard d'efficacité économique, ce qui ne serait pas le cas dans les domaines du droit légiféré ou de l'intervention réglementaire de l'administration. Cette unanimité à considérer l'efficacité de la *common law* dissimule pourtant des désaccords quant aux processus en jeu. Deux classes d'explication peuvent être distinguées.

La première classe, selon laquelle les règles de la *common law* sont efficaces, repose sur un argument développé par Posner, qui pose que les motivations des juges ne sont pas biaisées *ex-ante* pour des solutions inefficaces, c'est-à-dire sont telles que les juges tendent à préférer l'efficacité dans leurs décisions. La seconde classe, selon laquelle les règles de la *common law* tendent à être efficaces, comprend toutes les explications qui ont voulu dégager l'efficacité des règles produites par la *common law* de l'attitude des juges (Goodman 1978) pour la justifier en supposant *ex-post* l'existence d'un processus évolutionniste de type « sélection naturelle ». Comme le souligne Ramstad (1994), cette attitude consiste à s'inscrire dans la droite ligne de la conception de l'évolution proposée en général dans les différentes théories de la NIE qui associent une « conceptualisation en termes d'échange volontaire » à une conception « main invisible » de l'ordre économique, où l'analyse se centre sur les forces qui poussent à l'émergence de solutions efficaces²⁴ ; l'AED prétend reprendre dans ce cadre la conception de Blackstone mais, comme le souligne Strowel (1992), elle va beaucoup plus loin en supposant qu'il y a une loi d'évolution sous-jacente à la *common law* qui conduit à faire prédominer les règles efficaces. Bien que plusieurs explications aient été proposées (cf. Goodman 1978), l'idée générale est que si le jugement d'une affaire judiciaire, notamment quand elle implique la mise en œuvre du droit de la responsabilité, est réalisé sur la base de règles inefficaces, il impose aux parties en présence des coûts plus élevés que ceux qu'imposeraient des règles efficaces d'attribution de la responsabilité. Or, comme la probabilité de recourir à un règlement juridictionnel (à la place d'un arrangement négocié) est d'autant plus élevée que les enjeux du litige sont importants, les conflits jugés sur la base de règles inefficaces sont plus souvent rejugés (*relitigated*) que les conflits jugés sur la base de règles efficaces (cf. Priest 1977, Rubin, 1977). Priest démontre à cet effet que la tendance à l'efficacité portée par le processus de *common law* découle du fait que les règles juridiques sont créées à partir d'investissements dans les procédures judiciaires réalisés par les parties, ces investissements étant systématiquement déterminés par les effets allocatifs des règles antérieures. La conclusion de cet auteur est que :

« Les règles efficaces « survivent » dans ce processus d'évolution en raison du fait qu'elles sont moins susceptibles d'être révisées dans des procédures judiciaires nouvelles, et que par conséquent la probabilité

²⁴ Ce point de vue défend que les entreprises qui ont survécu avaient un avantage compétitif et que les institutions économiques ont spontanément émergé pour faciliter une plus grande efficacité allocative. Rutherford remarque très justement que l'usage de la métaphore de la sélection naturelle dans la NIE n'ajoute en fait aucun argument non intentionnaliste à l'explication de base en termes de main invisible, elle est essentiellement utilisée comme illustration de la validité de ce type d'explication. Ramstad remarque quant à lui que si on approfondit sérieusement l'analogie biologique, on aboutit à une impossibilité, ce qu'a bien vu Hayek en parlant d'évolution culturelle.

qu'elles soient changées est faible, quelle que soit par ailleurs la méthode décisionnelle des juges. Les règles inefficaces « périssent » parce qu'elles sont plus exposées à une révision, et leur révision augmente la possibilité qu'elles soient changées, quelle que soit la méthode de la décision judiciaire » (Priest 1977, p. 77).

Évaluant cette métaphore de la sélection naturelle d'une manière générale, Ramstad (1994) montre que l'analogie ne contient guère rien de plus que l'idée que l'évolution s'effectue naturellement sous la gouvernance d'un processus brut, conduit par la poursuite de l'intérêt individuel, qui s'exprime dans l'efficacité allocative comme principe de sélection analogue à la « *fitness* » biologique ²⁵. L'enjeu est d'évacuer les intentions individuelles et collectives qui ne jouent aucun rôle dans l'analyse du processus de sélection :

« Les juges individuels peuvent être irrationnels [...], mais les forces à l'œuvre, à l'instar de celles qui fonctionnent sur les marchés, peuvent présenter de solides caractéristiques de rationalité. Ce sont les variables économiques, et pas la psychologie des juges, qui interviennent dans le processus qui mène à la survie de règles efficaces ou inefficaces » (Priest 1977, p. 77-81).

Commons a précisément pensé l'institutionnalisme comme alternative à cette conception du principe de sélection sous-tendant l'évolution historique des institutions de l'économie du marché, conception qui évacue selon lui leur caractéristique essentielle (volitionnelle, collective et coercitive). De ce point de vue, les deux approches sont incompatibles.

C. — *Évolution, efficacité et valeur raisonnable*

Il est apparu que le critère pour évaluer tant les règles désirables que le processus qui y conduit et la nature de celui-ci est une ligne de fracture fondamentale des deux traditions. Celle-ci s'exprime dans leur conception du rapport entre le positif et le normatif et des « *policy issues* ».

Comme il a été souligné précédemment, l'analyse positive de l'impact efficace des règles juridiques est intimement mais implicitement normative parce qu'elle suppose que l'efficacité est souhaitable (cf. Burrows et Veljavnoski 1981). De ce point de vue, Samuels remarque que la métaphore de la sélection naturelle conduit surtout au raisonnement selon lequel ce qui s'est développé *avait* à et *devait* se développer eu égard à

²⁵ Si la pensée néo-classique a tenté d'échapper à la conception téléologique de l'évolution portée par la pensée classique tout en gardant sa croyance que le marché est un phénomène naturel et spontané, ce « changement sans changement » pour Ramstad, est justement fondé par cette idée que l'efficacité est le mécanisme darwinien de sélection aveugle. Dans ce cadre général d'analyse, l'économie du droit consiste à étendre l'analogie biologique associée au processus marchand (*survival of the fittest*) aux processus non marchands de la *common law* (mais pas à l'intervention du gouvernement). Le problème de l'application du critère parétien à ces processus reste cependant posé (Rutherford, 1994).

l'efficience. Si la quête de l'optimalité fondée sur des hypothèses quant à la rationalité des agents se transforme en prescription pour la minimisation des coûts de transaction dont la garantie passe par l'extension de processus de type marchand, cette analyse récuse en même temps l'articulation du positif et du normatif en ignorant le lien entre l'efficience et la répartition des revenus ; or, l'efficience comme but, nous disent Burrows et Veljavnoski, suppose un jugement de valeur sur la répartition des revenus et des droits de propriétés afférents et ne suffit pas pour départager entre différents équilibres ; ainsi, une théorie de l'efficience des règles qui ne prenne pas en compte les jugements de valeur présidant à leur sélection, c'est-à-dire les bases et les implications éthiques des décisions juridiques ne peut fournir une analyse compréhensive du droit (*ibid.*).

Dans l'optique de Commons, ce critère a un sens positif et normatif ²⁶. Du point de vue positif, soulignons que cette notion, qui part des pratiques existantes, n'a pas de sens absolu mais est relative au contexte historique : il n'y a pas de normes absolues sur la base desquelles les autorités pourraient faire des choix déterminés ; de ce fait, comme le souligne Dawson (1994) le processus de choix sur l'attribution des droits est fondamentalement créatif. Par ailleurs, elle récuse l'hypothèse d'un dilemme entre efficacité et équité qui n'est qu'une erreur d'une pensée réductionniste et statique (Dugger, 1980) ; si la théorie standard n'a pas de théorie de la valeur raisonnable c'est parce qu'elle ne traite pas des conflits sur la structure de pouvoir (Dawson, 1994) et suppose que le bénéfice privé est le seul critère pertinent. D'un point de vue normatif, l'éthique de Commons s'exprime dans la recherche des conditions sociales permettant l'égalité des opportunités, l'extension de la participation de l'homme commun, c'est-à-dire les conditions démocratiques de la liberté, de la sécurité et de l'égalité (Gonce, 1976) ²⁷. Si la *common law* a une position cruciale dans la définition des pratiques raisonnables, il n'en reste par moins pour Commons que le droit est ancré dans les rapports de pouvoir entre groupes sociaux et que les juges tendent à choisir en faveur de la coutume de la part dominante des personnes à une époque donnée (ils font un choix entre des conceptions conflictuelles de la raisonnable). Dans cette perspective, son concept normatif de valeur raisonnable dérive du constat que les règles du jeu gouvernant le capitalisme ne protègent pas les groupes dont les ressources reposent sur le seul travail et qui sont soumis à l'insécurité et à la coercition économique, d'où naissent pour lui les paradoxes de ce système économique et son problème central (le conflit entre capital et travail et le problème du chômage). C'est ce problème qu'il chercha à résoudre par ses propositions de réforme pour un « capitalisme raisonnable » fondé non plus seulement sur la sélection opérée par le pouvoir législatif et les tribunaux, mais sur une démocratie

²⁶ Commons, ce scientifique pragmatiste, pensait qu'il était nécessaire de reconnaître les implications normatives des sciences sociales et donc d'élaborer une science sociale positive sur la base de laquelle on pourrait résoudre les problèmes concrets, fonder des réformes institutionnelles (cf. Bazzoli, 1994).

²⁷ Ces trois termes sont indissociables si on comprend que la liberté a pour équivalent économique le pouvoir de propriété, donc la coercition économique, et que la liberté économique (*freedom from unemployment and poverty*) n'est pas résolue en elle-même par la liberté contractuelle ; cette position s'oppose à une vision purement individualiste de la liberté ce qui conduit Commons à défendre le rôle de l'action collective dans sa protection et son extension (cf. Leathers, 1989).

collective ancrée dans le processus de négociation collective entre groupes sociaux qui permette de défendre une nouvelle équité protégeant l'emploi (*equal lawfulness*), comme l'ancienne, nous dit-il, protégeait la propriété (*privileged lawfulness*). On ne peut être plus loin des implications normatives de l'analyse économique du droit.

CONCLUSION

Si on s'accorde avec Samuels *et al.* (1994) pour penser que la complexité des processus évolutionnistes autorise une multiplicité d'approches possibles ou pertinentes, on peut envisager une certaine complémentarité des deux traditions évoquées. Principalement, il s'agit de souligner que l'étude des processus complexes peut enrichir l'étude technique de l'impact des règles (qui pose un sérieux problème de pertinence juridique) et en retour qu'une vision analytique peut aider à dénouer, dans une représentation de la société comme mosaïque complexe, les conséquences d'un type particulier de règle. Mais cette complémentarité est certainement plus envisageable avec les franges diverses et critiques de la *Law and Economics* moderne (Hovenkamp, 1995) qui s'éloignent d'une approche unilinéaire, normative et statique. Par ailleurs, il apparaît de plus en plus clair que la pensée de Coase lui-même, en se détachant de ses épigones, est beaucoup plus proche de celle de Commons (Medema, 1996) ; ils partagent une même conception du système juridique comme contrôlant le système économique et un même projet d'ingénierie sociale pragmatique, c'est-à-dire de conception et de mise en œuvre de règles opératoires (Goldberg, 1976) ; et de l'avis de Medema, si la grande vertu de l'institutionnalisme est d'avoir au premier plan les questions institutionnelles, il ne faudrait pas que cette tradition « fasse l'erreur de jeter le bébé (*positive Coase*) avec l'eau du bain (*normative Coase*) » (Medema, 1996, p. 577).

Laure Bazzoli
12 chemin des Mouilles 69130 Ecully
bazzoli@gate.cnrs.fr

Thierry Kirat
13 quai Claude Bernard 69007 Lyon

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Alchian A.A., 1965, « Some Economics of Property Rights », reprinted in S.G. Medema (Ed.), 1995, *The Legacy of Ronald Coase to Economic Analysis*, vol. 2, Edward Elgar, 193-206.
- Bazzoli L., 1994, *Action collective, travail, dynamique du capitalisme : fondements et actualité de l'économie institutionnaliste de J. R. Commons*, thèse de doctorat, Université Lumière-Lyon 2, à paraître.
- Biddle J.E., 1990, « Purpose and Evolution in Commons'Institutionalism », *History of Political Economy*, vol. 22, n°1, 1947.
- Buchanan J.M., 1984, « Rights, Efficiency, and Exchange : The Irrelevance of Transactions Cost », reprinted in S.G. Medema (Ed.), 1995, *The Legacy of Ronald Coase to Economic Analysis*, vol. 2, Edward Elgar, 175-190.

- Burrows P., Veljanovski C. G7 1981, « Introduction : the economic approach to law », reprinted in S.G. Medema (Ed.), 1995, *The Legacy of Ronald Coase to Economic Analysis*, vol. 2, Edward Elgar, 343-376.
- Calabresi G., 1991, « The Pointlessness of Pareto : Carrying Coase Further », reprinted in S.G. Medema (Ed.), 1995, *The Legacy of Ronald Coase to Economic Analysis*, vol. 2, Edward Elgar, 461-491.
- Calabresi G., Melamed A.D., 1972, « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability : One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, vol 85, n° 6, April, 1089-1128.
- Carter M.R., 1985, « A Wisconsin Institutional Perspective On Microeconomic Theory of Institutions : The Insufficiency of Pareto Efficiency », reprinted in M.R. Tool, W. J. Samuels (Eds), 1989, *The Methodology of Economic Thought*, 2nd edition, Transaction Publishers, 389-405.
- Coase R.H., 1960, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, vol III, October, 1-44.
- Coase R.H., 1991, « The Institutional Structure of Production », *Journal des économistes et des études humaines*, vol 2, n°4, décembre, 431-439.
- Coase R.H., 1993, « Law and Economics at Chicago », *Journal of Law and Economics*, vol XXXVI, April, 239-254.
- Commons J.R., 1924, *Legal Foundations of Capitalism*, New York, MacMillan Publ.
- Commons J.R., 1925, « Law and Economics », *Yale Law Journal*, 34, February.
- Commons J.R., 1934, *Institutional Economics. Its Place in Political Economy*, New York, The MacMillan Company, reprint Transaction Publishers, New Brunswick, 1990.
- Cooter R.D., 1991, « Economic Theories of Legal Liability », *Journal of Economic Perspectives*, vol 5, n° 3, Summer, 11-30.
- Danet D., 1995, « Le droit économique doit-il être hayekien ? », *Revue internationale de droit économique*, t. 9, n° 3, 407-424.
- Dawson R.M., 1994, « The Shacklean Nature of Commons's Reasonable Value », *Journal of PostKeynesian Economics*, Fall, vol 17, n°1, 33-44.
- Deakin S., 1996, « Law and Economics », in P.A. Thomas (ed.) *Legal Frontiers*, Dartmouth, Adelshot, p. 66-105.
- Demsetz H., 1967, « Toward a Theory of Property Rights », reprinted in S.G. Medema (Ed.), 1995, *The Legacy of Ronald Coase to Economic Analysis*, vol. 2, Edward Elgar, 207-219.
- Dugger W.M., 1980, « Property Rights, Law, and John R. Commons », reprinted in W. J. Samuels (Ed.), 1989, *Institutional Economics*, vol 2 (Schools of Thought in Economics vol 5), Edward Elgar, 209-221.
- Dugger W.M., 1996, « Sovereignty in Transaction Cost Economics : John R. Commons and Oliver E. Williamson », *Journal of Economic Issues*, vol XXX n° 2, June, 427-432.
- Farjat G., 1992, « La notion de droit économique », *Archives de philosophie du droit*, tome 37, Sirey, 27-62.
- Fluet A., 1990, « L'analyse économique du droit », *Économie Appliquée*, tome XLIII, n° 3, 53-66.
- Frison-Roche M.-A., 1995, « Le modèle du marché », *Archives de philosophie du droit*, t. 40, 286- 313.
- Garrouste P., 1994, « Carl Menger et Friedrich A. Hayek à propos des institutions : continuité et ruptures », *Revue d'économie politique*, vol. 104, n° 6, nov-déc., 851-872.
- [p. 257-283] L. BAZZOLI - T. KIRAT Arch. phil. droit 42 (1997)

- Goldberg V.P., 1974, « Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand », *Journal of Law and Economics*, vol 17, october, 461-492.
- Goldberg V.P., 1976, « Commons, Clark, and the Emerging Post-Coasian Law and Economics », *Journal of Economic Issues*, Dec., vol X n° 4, 877-893.
- Gonce R.A., 1971, « John R. Commons's Legal Economic Theory », *Journal of Economic Issues*, September, 80-95.
- Gonce R.A., 1976, « The New Property Rights Approach and Commons's Legal Foundations of Capitalism », *Journal of Economic Issues*, Dec., vol X n° 4, 765-797.
- Goodman J.-C., 1978, « An Economic Theory of the Evolution of Common Law », *Journal of Legal Studies*, vol 7, 393-406.
- Hayek, F.A., 1973, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I : Rules and Order. Traduction française par R. Audouin, 1980, *Droit, législation et liberté*, vol. 1 : Règles et ordre, PUF, « Libre échange », 3e édition, 1992.
- Hirshleifer J., 1982, « Evolutionary Models in Economics and Law : Cooperation versus Conflict Strategies », *Research in Law and Economics*, vol 4, 1-60.
- Hodgson G.M., 1993, *Economics and Evolution. Bringing Life Back to Economics*, Polity Press.
- Hovenkamp H., 1995, « Law and Economics in the United-States : a Brief Historical Survey », *Cambridge Journal of Economics*, n° 19, 331-352.
- Katz A., 1995, « Positivism and the Separation of Law and Economics », *Working Paper*, Georgetown University Law Center, August.
- Kirat Th., 1997, *Économie du droit*, La Découverte (à paraître).
- Kirat Th., 1998, « Économie et droit : de l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue économique*, à paraître.
- Lambert E., 1921, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard et Brière.
- Leathers C.G., 1989, « New and Old Institutionalists on Legal Rules : Hayek and Commons », *Review of Political Economy*, vol 1, n° 3, 361-380.
- Liebhafsky H.H., 1976, « Commons and Clark on Law and Economics », *Journal of Economic Issues*, Dec., vol X n° 4, 751-764.
- Liebhafsky H.H., 1988, « Law and Economics from Different Perspectives », in Toll M.R. (ed), *Evolutionary Economics*, vol II, New York, Sharpe, 391-420.
- Medema S. G. 1996, « Coase, Costs, and Coordination », *Journal of Economic Issues*, vol. XXX n° 2, June, 571-578.
- Ostrom V., 1976, « J.R.Commons'Foundation for Policy Analysis », *Journal of Economic Issues*, vol X n° 4, 839-857.
- Posner R.A., 1975, « The Economic Approach to Law », reprinted in S.G. Medema (Ed.), 1995, *The Legacy of Ronald Coase to Economic Analysis*, vol. 2, Edward Elgar, 317-342.
- Posner R.A., 1993, « The New Institutional Economics Meets Law and Economics », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol 149, n°1, March, 73-87.
- Posner R.A., 1987, « The Law and Economics Movement », *American Economic Review*, vol 77, n° 2, May, 1-13.
- Priest G.L., 1977, « The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules », *Journal of Legal Studies*, vol 6, 65-82.

- Ramstad Y., 1990, « The Institutionalism of J. R. Commons : Theoretical Foundations of a Volitional Economics », *Research in the History of Economic Thought and Methodology*, vol. 8, 53-104.
- Ramstad Y., 1994, « On the Nature of Economic Evolution : John R. Commons and the Metaphor of Artificial Selection », in L. Magnusson (Ed.), *Evolutionary and Neo-Schumpeterian Approaches to Economics*, Boston, Kluwer, 65-121.
- Rubin P.H., 1977, « Why is the Common Law Efficient », *Journal of Legal Studies*, vol 6, n° 51.
- Rutherford M., 1994, *Institutions in Economics. The Old and New Institutionalism*, Cambridge University Press.
- Saglio J., 1990, *La construction sociale des marchés*, Rapport de Recherche Glysi, n° 3.
- Samuels W.J., 1971, « Interrelations between Legal and Economic Processes », reprinted in W. J. Samuels (Ed.), 1989, *Institutional Economics*, vol 2 (Schools of Thought in Economics vol 5), Edward Elgar, 253-268.
- Samuels W.J., Schmid A.A., Shaffer J.D., 1994, « An Evolutionary Approach to Law and Economics », in R.W. England (Ed.), *Evolutionary Concepts in Contemporary Economics*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 93-110.
- Schäfer H. B., 1996, « The relevance of law and economics for the development of judge-made law : Examples from German case-law », *European Economic Review*, 40, 989-998.
- Stigler G.J., 1992, « Law or Economics ? », *Journal of Law and Economics*, vol. XXXV, October, 455-468.
- Strowel A., 1992, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », *Archives de philosophie du droit*, tome 37, 143-171.
- Toboso F., 1995, « Explaining the Process of Change Taking Place in Legal Rules and Social Norms : The Cases of Institutional Economics and New Institutional Economics », *European Journal of Law and Economics*, n° 2, 63-84.
- Van den Bergh R., 1988, « Le droit civil face à l'analyse économique du droit », *Revue internationale de droit économique*, n° 2, 229-254.
- Van den Bergh R., 1996, « The Growth of Law and Economics in Europe », *European Economic Review*, 40, 969-977.
- Vanberg V., 1989, « Carl Menger's Evolutions of John R. Commons' Collective Action. Approach to Institutions : a Comparison », *Review of Political Economy*, vol. 1, n° 3, 334-358.
- Zerbe R.O. Jr., 1980, « The Problem of Social Cost in Retrospect », reprinted in S.G. Medema (Ed.), 1995, *The Legacy of Ronald Coase to Economic Analysis*, vol. 2, Edward Elgar, 76-95.