

L'approche économique du droit, l'éthique et le statut de la norme d'efficacité

Emmanuel Picavet¹
(Université de Franche-Comté)

I. Introduction

L'approche économique du droit, des décisions fondées sur le droit et des mécanismes régissant le fonctionnement des institutions judiciaires – en bref, des relations de droit entre les hommes – ne vise pas seulement à expliquer ou à prédire l'émergence des normes et des institutions, mais comprend aussi un versant normatif, en ce qui concerne le choix des règles ou la détermination des manières de rendre la justice². Par là, l'économie du droit rejoint des préoccupations traditionnelles de la philosophie morale et politiques, et de cette branche interdisciplinaire formalisée qu'est la théorie des choix collectifs. Ne développe-t-elle donc pas, à sa manière, une certaine perspective sur l'analyse éthique du droit ?

J'examinerai dans cet article les rapports entre l'approche économique et l'analyse morale des relations de droit, mais d'une manière restreinte. Je proposerai de sonder surtout la portée normative de la mobilisation du principe de Pareto, qui joue au demeurant un rôle fondamental : se limite-t-elle, à propos des relations de droit, à imposer la référence à une rationalité de type étroitement économique, ou bien ouvre-t-elle la voie à une certaine forme d'analyse éthique ?

Pour aborder cette question, il sera d'abord nécessaire d'évoquer certaines caractéristiques méthodologiques générales de l'approche

¹ Université de Franche-Comté (équipe « Logiques de l'agir » [E.A. 2274] et section de philosophie, Faculté des Lettres et Sciences humaines [UFR SLHS]), Besançon, France. L'auteur remercie les deux rapporteurs anonymes pour de très utiles remarques qui ont permis d'améliorer substantiellement une première version du texte. Dans le cadre du projet CONREP (Région Franche-Comté et université de Franche-Comté, convention 42LP), j'ai bénéficié d'échanges approfondis avec Caroline Guibet Lafaye et Dawidson Razafimahatolotra. J'ai également bénéficié de mes travaux communs avec Alain Leplège. Les insuffisances éventuelles qui pourraient subsister dans la dernière version sont exclusivement le fait de l'auteur.

² Voir notamment, sur ce point et pour une perspective historique : Benoît Frydman, "Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice: l'école de l'analyse économique du droit", in T. Andréani et M. Rosen, *Structure, système, champ et théorie du sujet*, Paris, L'Harmattan, 1997.

économique des relations de droit, qui ne sont pas sans conséquence du point de vue de ses rapports avec l'analyse éthique des mêmes objets. Puis j'examinerai les conditions dans lesquelles l'approche économique s'appuie sur le principe de Pareto, pour déterminer si la mobilisation de ce principe se borne à appeler des compléments venant de l'éthique, ou bien véhicule une certaine forme d'éthique.

Les règles et les institutions sont toujours susceptibles d'être réformées, en sorte que l'étude rationnelle de leurs propriétés doit permettre de clarifier les enjeux du changement et d'identifier les modifications souhaitables en fonction des valeurs que l'on entend promouvoir³. Dans cette perspective, il est important d'examiner le statut éthique des normes d'efficacité mobilisées dans l'approche économique du droit. D'autre part, il y a lieu de s'intéresser à la manière d'aborder le problème des sanctions, à cause de la centralité de la référence aux sanctions dans la définition même de ce que sont des rapports de droit en général : de Hobbes et Kant à Kelsen et au-delà, les théoriciens majeurs du droit ont jugé qu'il était essentiel aux relations de droit qu'elles prissent place dans un édifice fondé, en dernier ressort, sur des sanctions rattachées à des actes⁴.

II. L'approche économique du droit et les relations entre droit et éthique : aspects généraux

a. L'ambition d'une approche économique du droit

Sous l'expression "approche économique" du droit (ou des relations de droit), je viserai le champ de recherche et d'enseignement qui a pour objet l'application des concepts et des méthodes de la science économique majoritairement acceptée (telle que représentée par la micro-économie telle qu'elle est habituellement enseignée) à l'étude des phénomènes sociaux liés aux règles de droit. Cette entreprise a pris son envol principalement aux Etats-Unis dans les années 1960 et elle a connu, jusqu'à nos jours, un puissant développement (principalement à partir des années 1980 pour ce qui concerne l'Europe). On peut estimer qu'elle est représentative du mouvement souvent remarqué par lequel des générations successives d'économistes, après la seconde guerre mondiale, ont méthodiquement

³ De ce point de vue, l'accusation de conformisme, éventuellement justifiée en ce qui concerne les pratiques fondées sur l'économie du droit, ne saurait faire oublier la portée critique des entreprises de ce genre. Sur ce point, je m'éloigne des conclusions de B. Frydman (art. cité), qui sont d'ailleurs très englobantes puisqu'elles visent aussi, à travers Rawls, la théorie morale et politique individualiste.

⁴ Je renvoie sur ce point à un autre essai : « De Kant à Kelsen: le versant formel de la théorie du droit », *Humanistyka i Przyrodoznawstwo*, 2009, p. 69-101

appliqué leurs concepts et leurs méthodes d'analyse à des champs constituant des objets privilégiées pour des disciplines autres que la science économique. Dans le cas de l'économie du droit, toutefois, on doit remarquer que l'extériorité du champ juridique par rapport à la science économique n'a jamais été totale. Plusieurs économistes majeurs, tels Marx et Commons, ont donné une très grande importance aux structures juridiques dans leurs travaux économiques.

Sous l'impulsion d'auteurs novateurs tels que Ronald Coase, Guido Calabresi et Richard Posner, cette approche a démontré son aptitude à fournir des argumentaires systématiques pour défendre certaines solutions ou règles juridiques plutôt que d'autres. Par exemple, dans l'étude des arbitrages civils, elle mène à des prédictions concernant les comportements ou stratégies des parties ainsi qu'à des recommandations concernant les dispositifs incitatifs corrects à prévoir pour les avocats, la forme et l'étagement dans le temps des arrangements, le déroulement souhaitable des phases de négociation, l'intérêt des actions de groupe, la configuration souhaitable des enjeux financiers, etc.⁵ Au total, l'approche économique du droit s'intègre aujourd'hui, tout comme la philosophie politique ou la logique, dans le répertoire des doctrines qui servent à motiver, à justifier ou à critiquer les décisions de justice.

L'approche économique du droit a pu, de fait, être décrite comme une philosophie du droit particulière (concurrente, par exemple, des approches kantienne ou des "études juridiques critiques")⁶. Donnant des normes pour l'évaluation des règles correctes et se fondant sur une certaine caractérisation de ce qui est rationnel, elle prend position sur le terrain qu'ont longtemps occupé (et occupent encore quelquefois aujourd'hui) les théories du droit naturel. Prenant naissance dans le contexte des transactions commerciales et des questions patrimoniales, ce type d'approche s'étend de proche en proche à tous les problèmes pouvant être résolus par le recours au droit et à l'arbitrage judiciaire.

En toute généralité, c'est dans la perspective de la rationalité des choix sociaux qu'il convient de discuter des fondements normatifs des approches économiques du droit. La disponibilité d'une théorie générale, dans ce champ, est indéniable : c'est le dispositif d'analyse développé principalement sous l'impulsion de Kenneth Arrow et d'Amartya Sen. Le « paradoxe libéral » d'A. Sen, que nous évoquerons brièvement, est un

⁵ Voir, pour une synthèse récente : R. Macey-Dare, « Litigation Cost Strategies from Economics », ch. 7 in A. Masson et M. J. Shariff (eds.), *Legal Strategies*, Berlin et Heidelberg, Springer, 2010, pp. 117-181.

⁶ Voir en ce sens G. P. Fletcher, "Why Kant?", *Columbia Law Review*, 87/ 3, 1987, pp. 421-32.

exemple de la fécondité analytique de ce dispositif. Mais c'est un cadre d'analyse qui est sollicité dans plusieurs directions, selon les interprétations qui prévalent : l'économie, la politique, la morale. Cette configuration est problématique ; elle n'a pourtant rien d'accidentel, il faut en convenir, puisque l'élaboration du cadre d'analyse des « choix collectifs » a visé l'unification théorique partielle de ces trois domaines.

Comme toutes les approches conséquentialistes, les contributions à l'analyse économique du droit se fondent sur les intérêts individuels. Elles en offrent une vision certainement réductrice: n'est-il pas courant de voir l'intérêt individuel abordé à travers la valeur d'un patrimoine, plutôt qu'en termes d'utilités personnelles comme dans la théorie économique générale? L'approche patrimoniale est nécessairement très partielle, et ne permet pas de faire justice aux autres sources des évaluations personnelles (les critères éthiques par exemple). Quoi qu'il en soit, il s'agit bien d'évaluer les règles et les décisions collectives à partir du point de vue des individus concernés. On échappe ainsi au « fétichisme de la règle » que les théoriciens craignent tant, et que l'on pourrait résumer en une formule: les hommes pour la loi, et non la loi pour les hommes.

Enfin, l'approche économique du droit et de la justice peut avoir recours à des critères normatifs précis: essentiellement le principe de Pareto et sa variante plus controversée, le principe de compensation de Kaldor-Hicks⁷. Le statut éthique du principe de Pareto reste cependant assez mal défini, même si l'on s'accorde à penser que la thématique parétienne de l'efficacité peut difficilement être réputée complètement étrangère au champ éthique - ne fût-ce qu'en raison des conséquences éventuellement discutables d'un point de vue éthique des jugements de valeur fondés sur le principe de Pareto. Je proposerai plus bas un nouvel examen de cette question.

b. L'interdépendance sociale, au cœur de l'approche économique du droit

À cause de son enracinement individualiste, l'approche économique des phénomènes juridiques et judiciaires dans le comportement humain peut sembler associée à un subjectivisme de principe, qui pourrait mener aisément, selon toute apparence, à une forme de relativisme: chacun a ses valeurs, et le droit, loin d'être la transcription institutionnelle de la justice envisagée *sub specie aeternitatis*, n'est qu'un mécanisme facilitant les

⁷ Le critère de Kaldor-Hicks ne sera pas étudié ici. Sur la comparaison de ces critères, mes arguments sont développés dans un autre article: « De l'efficacité à la normativité », *Revue économique*, 50/4, 1999, pp. 833-858.

transactions humaines qui reflètent ces valeurs - dans le meilleur des cas tout au moins (et si l'on n'était pas dans le meilleur des cas à cet égard, ce serait un motif de réforme).

L'approche économique du droit retient l'attention en tant que théorie normative, en particulier parce que la recherche de l'efficacité dans l'usage des ressources est habituellement considérée comme une finalité légitime pour les hommes, sans que cela puisse cautionner pour autant les confusions fréquemment enregistrées entre les registres normatif et positif en la matière⁸. En effet, cette approche s'intéresse d'une manière essentielle à l'évitement des coûts inutiles et à l'obtention de solutions avantageuses pour tous. Comme toutes les approches rattachées à la théorie de la décision (fût-ce par des liens assez lâches), l'approche économique du droit a le mérite d'obliger à raisonner en termes de relations entre actions et conséquences, d'une manière qui dépasse inévitablement le schéma simplement instrumental (moyen-fin). Ainsi, l'étude économique des indemnisations efficaces a comme point de départ l'évidence d'une interdépendance des niveaux de bien-être des uns et des autres, pour des individus qui interagissent en société. Ce qui est produit par les actions n'est pas seulement, dès lors, le résultat voulu par l'acteur; parfois cet objectif est manqué, et en toute hypothèse on doit prendre en considération les effets croisés (pas toujours intentionnels) des actions individuelles sur la satisfaction des uns et des autres.

C'est là, indiscutablement, un avantage par rapport aux théories qui se fondent, par exemple, sur la liberté personnelle dans une sphère de décisions supposée purement individuelle (abstraction faite de l'effet sur autrui des décisions de cette sorte). Supposons par exemple que l'on défende la liberté de choix individuelle dans un certain domaine d'après l'idée que c'est le moyen de garantir aux individus la satisfaction de leurs préférences. Il est clair qu'on laisse alors de côté des enjeux essentiels. Rien n'est plus courant, à coup sûr, qu'une perspective normative sur le droit traitant des actions individuelles à titre de moyens de produire les résultats visés par l'individu. A l'évidence, pourtant, c'est oublier que les choix des uns affectent les autres, en provoquant éventuellement leur insatisfaction. Contre les simplifications libérales résultant de l'isolement prématuré de sphères de décisions réputées purement privées ou individuelles, et de

⁸ Kenneth Arrow avait très judicieusement attiré l'attention sur ce que comporte d'arbitraire l'hypothèse selon laquelle les agents parviendraient spontanément à des résultats efficaces (ce qui ferait de la norme d'efficacité non seulement un repère normatif, mais aussi un outil d'explication et de prévision). Voir K. J. Arrow, "The Property Rights Doctrine and Demand Revelation under Incomplete Information", in M. Boskin, dir., *Economics and Human Welfare*, New York, Academic Press, 1979; repr. dans les *Collected Papers* de K. J. Arrow, vol. 4.

l'adoption tacite d'un schéma moyen-fin (de préférence aux relations entre actions et conséquences) les approches économiques du droit contribuent à restaurer la perspective plus adéquate d'une interdépendance généralisée⁹.

Les approches économiques du droit procèdent d'un pari que l'on pourrait dire interactionniste: l'évaluation des règles doit s'appuyer sur la compréhension de la structure des relations entre les agents (leurs objectifs ou intérêts, leurs actions et capacités d'action, les modalités de leur interdépendance). Ce point de vue est particulièrement précieux si l'on veut identifier des repères normatifs dans un contexte nettement pluraliste, dans lequel il est fort difficile de postuler un accord moral substantiel entre les personnes, à propos de questions juridiques qui suscitent, précisément, des manifestations d'approbation ou de réprobation dans un registre moral.

En matière de compréhension des interactions, il est à remarquer que certaines approches économiques des règles juridiques, notamment dans le courant néo-institutionnaliste contemporain, relativisent à un degré considérable l'opposition entre les normes et les actions encadrées par les normes. C'est le cas dans l'étude des droits de propriété¹⁰. Selon une approche traditionnelle, les normes viennent limiter le champ des actions possibles. Or, les approches économiques s'intéressent à des agents dont on ne peut pas dire *a priori* qu'ils limitent le champ de leurs actions possibles par les possibilités physiques et les barrières juridiques. Peut-être les barrières juridiques ne sont-elles prises en compte, dans certains contextes, qu'à proportion des risques de sanction ou des avantages associés, respectivement, à la violation et au respect de la loi (conformément au modèle austinien du "méchant homme", critiqué notamment par Hart dans *Le concept de droit*)¹¹. L'approche économique est tout à fait à même d'aborder en ces termes le rapport individuel aux normes, sur la base des désirs et des croyances des agents qui font des choix. Cela peut s'avérer

⁹ Sur la comparaison de différentes approches de l'acceptation des normes, je renvoie à d'autres essais : « La rationalité de l'adoption du 'principe de Pareto' » in *Pareto aujourd'hui*, dir. A. Bouvier, Paris, Presses Universitaires de France, 1999 ; « L'adoption individuelle des valeurs et des normes », in P. Horak, J. Krob et F. Rivenc (dir.), *Après le postmodernisme, quelle philosophie ?*, Brno, Masarykova univerzita et Paris, Université Paris I, 2003 (d'abord publié à Brno, en tchèque, en 2001) « Sur les enjeux méthodologiques des modèles du choix constitutionnel », in Myriam Bienenstock et André Tosel (dir.), *La Raison pratique au XXe siècle. Trajets et figures*. Paris, L'Harmattan, 2004 ; « Conséquentialisme et description des issues sociales », *Archives de philosophie du droit*, t. 48, 2004, pp. 291-304.

¹⁰ Voir notamment Y. Barzel, *Economic Analysis of Property Rights* (2ème éd.), Cambridge, Cambridge University Press, 1997 (1ère éd. 1989); S. Pejovich, *Economic Analysis of Institutions and Systems*, Dordrecht, 1998 (1ère éd. 1995).

¹¹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 1994. Tr. fr. de la 1^{ère} éd. par M. van de Kerchove, *Le Concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976. J'ai évoqué plus longuement la critique de Hart dans *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

utile dans certains cas, en particulier lorsque le respect pour les normes n'est pas tel que l'on puisse raisonnablement faire l'hypothèse d'une conformité quasi automatique des comportements aux prescriptions juridiques.

Bien plus, les droits des individus ne sont pas toujours à concevoir à la manière d'un cadre légal acquis une fois pour toutes, et donnant aux individus une protection d'un type défini par avance. En réalité, la protection garantie par les droits connaît des degrés, qui reflètent les incitations des agents chargés de les faire respecter. L'acquisition des droits étant coûteuse en général (plus ou moins selon le type de droit visé), celle-ci doit être vue comme le résultat d'un investissement des bénéficiaires dans des démarches et des transactions sociales qui mettent notamment en jeu des questions de légitimité et d'interprétation¹². Pour ces différentes raisons, le droit n'est plus tant un cadre figé dans lequel se déroulerait l'interaction qu'un ensemble de caractéristiques de cette interaction même. Ici encore, l'approche économique possède un avantage décisif puisqu'elle est capable de théoriser systématiquement les déterminantes des choix individuels concernés (sous la réserve évidente de l'adéquation de ses modèles et hypothèses, qui peut toujours être mise en doute).

c. L'antagonisme avec l'éthique de la culpabilité: avantages et inconvénients

Usant de modèles économiques souvent simplifiés, l'approche économique du droit et de la justice est la cible de critiques. Je ne développerai pas ici les critiques d'arrière-plan qui visent, de manière non spécifique le développement d'approches normatives dans les termes de la théorie économique dite « néo-classique » ou « dominante », privilégiant la référence aux intérêts individuels sous la forme de la promotion de la satisfaction de préférences subjectives. Cependant, il est utile à notre propos de remarquer qu'un aspect important commun à toutes les critiques de ce

¹² Certains aspects des débats en cours sur ce point sont discutés dans B. Bolaños-Guerra, G. Dupont et E. Picavet, « Alternative Conceptions of Legal Strategy and Strategic Legal Interpretations », chap. 5, in A. Masson et M. J. Shariff (eds.), *op. cit.*, pp. 89-100. On trouve un exemple d'approche économique explicite de l'investissement dans les processus menant à des changements interprétatifs dans J. Backhaus, « Economic Principles of Constitutions. An Economic Analysis of Constitutional Law », The Independent Institute (USA), *Working Paper Series*, No. 40, 2001. L'investissement dans les transactions sociales modifiant les rapports de droit peut, dans certains cas, entrer en concurrence avec d'autres formes d'investissement, moins pacifiques : v. en ce sens : L. J. Alston, G. D. Libecap et R. Schneider, « Violence and the assignment of property rights on two Brazilian frontiers », chap. 7, in M. R. Garfinkel et S. Skaperdas (eds.), *The Political Economy of Conflict and Appropriation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 157-177.

genre est le rejet de l'idée qu'une approche normative puisse, de manière suffisante, s'appuyer sur les préférences individuelles. Dans le cas des relations de droit, ce rejet s'explique aisément : l'un des attraits de la mise en ordre des rapports humains par des règles n'est-il pas la promesse d'une prévalence des raisons de principe reflétées dans les règles, par rapport au simple règne des préférences ?

L'une des sources majeures des réticences que rencontrent les approches économiques des normes et des institutions du droit est en effet l'attachement très fort, aujourd'hui encore, à une liaison de principe entre sanction et faute, ou encore entre responsabilité et culpabilité. Les approches économiques, comme d'ailleurs les approches positivistes en droit, tendent à disjoindre ces éléments. Pour cette raison, ces approches se voient régulièrement reprocher un relativisme inacceptable (qui peut éventuellement masquer aussi des présupposés idéologiques inavoués). Par exemple, une analyse économique pourra privilégier des sanctions qui frappent les agents qui sont le mieux à même de réduire, par leurs actions, les risques de dommage futur à un tiers; de préférence, éventuellement, aux sanctions qui pourraient frapper les vrais "coupables" du dommage en question. Une telle perspective rebute encore. A la sanction, nous voulons souvent voir associées la faute, la responsabilité et la culpabilité. Aux "innocents", l'absence de peine; aux "coupables", la peine. Il est encore fréquent aujourd'hui de constater que l'on raisonne en ces matières en évoquant la culpabilité et l'innocence de manière absolue, sans les rattacher immédiatement au système normatif de référence. Et rien ne fait davantage horreur que l'idée d'une sanction décidée simplement en vertu de la situation d'un agent dans l'interaction sociale, abstraction faite de la responsabilité exacte de cet agent ou du caractère moralement contestable de ses actes.

La compréhension ordinaire du droit pénal réserve en effet une place de choix à la peine conçue comme une obligation liée par essence au délit, en vertu de laquelle un délinquant devrait recevoir un châtement visant sa disposition intérieure: il s'est montré méchant homme (ou : il a lésé la société), il est normal qu'il soit puni. En vertu d'une telle approche, la sanction ne se confond ni avec un dispositif d'incitation ou de prévention, ni avec la réparation due à des victimes. Mais dans une approche de type économique, il est en vérité bien difficile d'attribuer une place au délit et à la sanction ainsi conçus. Les fondements de la sanction semblent devoir être trouvés plutôt dans la réparation (ou l'accord acceptable par tous) et dans la dimension incitative. Ce fait n'est d'ailleurs pas isolé : la théorie économique est bien une théorie, autrement dit, elle ne reprend pas

systématiquement les manières courantes de parler et de penser (par exemple, elle n'a aucune place pour l'idée d'un « prix juste » alors même que de nombreuses manières d'agir et de parler, dans les sociétés concrètes, sont suspendues à la croyance en un juste prix des choses).

Est-ce là une limite de l'approche économique du droit ? Oui et non. Il n'est pas évident qu'une approche normative ait à rendre compte des intuitions largement répandues dans la population ; il faudrait montrer, à tout le moins, que celles-ci ne sont pas erronées (et d'autres considérations pourraient intervenir : la fécondité théorique, la contribution à l'unité ou à la systématité du savoir, ou encore à la profondeur des explications...). Or, précisément, il existe de bonnes raisons d'en douter. Tout d'abord, la liaison entre la peine et la sanction n'est pas analytique; elle résulte d'un ensemble de normes qui est accepté et en vertu duquel on affirme que le délinquant doit subir une peine. En effet, un acte, en lui-même, n'appelle aucune sanction. Certains théoriciens du droit naturel ont pu laisser penser le contraire, mais on doit se demander si leurs théories ne sont pas mieux comprises en considérant qu'ils adoptent tout d'abord un certain nombre de normes de rationalité dans les rapports entre les êtres – la sanction étant alors la conséquence de l'application de ces normes au cas d'espèce, et non pas une composante du délit lui-même.

De plus, dans un contexte pluraliste (tel que celui qui caractérise les démocraties occidentales), une interprétation de la sanction comme corrélat d'une obligation liée à la nature du délit est très peu plausible à cause du défaut de référence morale englobante commune. Bien que l'on puisse citer des références morales offrant des repères très largement partagés dans certaines sociétés à un niveau de généralité très élevé (les droits de l'homme, par exemple), il n'y a pas de système moral précis et commun qui constituerait un point de référence obligé pour aborder en détail les questions morales (un système tel que le catholicisme dans le Moyen-âge européen, par exemple). Certains actes, qui sont odieux pour une partie de la population, sont parfaitement légaux. D'autres actes, qui semblent absolument inoffensifs à une partie de la population et qui peuvent même être considérés avec faveur, sont sévèrement punis. Dans ces conditions, et faute d'allégeance commune à des fondements théologiques ou moraux englobants et précis, il est difficile d'assigner un sens défini à l'idée d'après laquelle la sanction du délinquant correspondrait à la réalisation d'une obligation pesant sur celui-ci à cause de la nature de son délit. On peut toujours faire observer que le châtement infligé à certaines personnes (en raison de leurs actes) est un objet de satisfaction des préférences pour une large partie de la population ; mais il n'est pas évident que la satisfaction

des préférences constitue, en elle-même, un repère normatif valable ; on peut même affirmer que le prétendre serait confondre le droit- le traitement qu'*il faut* réserver aux personnes- et les questions de fait- la satisfaction des préférences qui est consécutive, dans les faits, à l'exécution de certaines sanctions¹³.

Un autre reproche adressé à l'analyse économique du droit tient au fait que celle-ci admet une sorte de comparabilité universelle: tout dommage peut être comparé avec différents bénéfices, afin d'examiner ce qui pourrait constituer une indemnisation. Rien n'est plus contraire, semble-t-il, à l'exigence de respect inconditionnel pour certains principes, notamment lorsqu'ils sont concrétisés dans des normes juridiques. Par exemple, il y aurait quelque chose d'inacceptable dans le fait d'envisager un marchandage consécutif à la violation de certains droits d'une personne: ceux-ci doivent simplement être respectés, et s'ils ne le sont pas, la sanction ne doit pas être confondue avec une éventuelle indemnisation; elle doit frapper le délinquant simplement à cause de son délit, et non pas en vue de l'intérêt de certaines personnes (fussent-elles les victimes).

L'attrait des critiques de ce genre tient au fait que l'on ne renonce qu'à regret à l'idée que le droit pourrait refléter une déontologie que l'on estime correcte. Mais si l'on prête attention au fait que les individus défendent des systèmes éthiques distincts et parfois opposés, il est évident que la réponse à l'objection précédente vaut ici encore. Si l'on ne parvient pas à attribuer un sens clair à l'idée d'une sanction intrinsèquement liée au délit – et comment le pourrait-on aujourd'hui? – la sanction n'est défendable que si elle est orientée vers la production de quelque chose qui constitue un bien pour certains individus au moins. Ainsi, par sa valeur préventive, la sanction peut être associée à un bien futur, tel que l'absence de délit causant un tort à certains ou bien constituant un mal absolument parlant d'après l'échelle de valeurs retenue par le législateur. De même, la punition du délinquant est souvent interprétée comme la confirmation de la jouissance d'un certain statut, de certains droits ou d'une forme d'inviolabilité. Pour les victimes comme pour ceux qui pourraient être un jour des victimes d'actes délictueux, la sanction peut alors être vue comme la cause d'un sentiment agréable: elle est, en elle-même, considérée comme un bien par une partie de la population.

¹³ À propos des rapports entre normativité et questions de fait, j'ai examiné ailleurs certains aspects du débat contemporain : « Politics, Economics and the Putnam-Sen dialogue on facts and values », in M. Cherkaoui et P. Hamilton (eds.), *Essays in Honor of Raymond Boudon*, Oxford, The Bardwell Press, 2009.

d. L'acceptation des normes et l'obéissance au droit

Du point de vue de l'acceptation individuelle des normes et des sanctions, la théorie économique rencontre inévitablement les limites qui tiennent au fait que l'on en reste habituellement aux utilités, sans remonter jusqu'aux principes ou critères éthiques qui permettent aux individus de formuler des jugements de valeur et de considérer les normes juridiques en vigueur et les institutions avec faveur ou défaveur. Bien sûr, les utilités personnelles incorporent normalement ces éléments, mais pas de manière explicite. Or, c'est parfois dans cette direction qu'il faut chercher les motifs de l'adoption individuelle des normes et l'explication des transactions sur les valeurs morales. Alors qu'une approche économique du droit peut sembler naturellement associée à une perspective simplement subjectiviste sur les jugements de valeur individuels (les jugements moraux n'étant que le reflet de goûts ou de préférences au sujet des états du monde), on peut penser qu'elle gagnerait à donner un rôle explicite aux normes sous-jacentes.

En ce qui concerne la description et l'explication, on doit souligner l'utilité d'un relativisme moral du type de celui que développe complètement Kelsen dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit*¹⁴. Un tel relativisme donne une place prépondérante aux normes. Les jugements de valeur ne diffèrent pas d'un individu à l'autre seulement parce qu'ils sont liés à la subjectivité, mais d'abord parce que tous les individus ne retiennent pas les mêmes systèmes normatifs de référence. Or, cela permet d'isoler certaines déterminantes des conduites.

D'abord, cela permet de relier entre eux et d'expliquer les coûts associés à certaines conduites chez différentes personnes qui ont en commun d'adopter certaines valeurs ou certaines normes. En particulier, on peut faire intervenir le coût interne associé à la violation de ces normes (ou au non-respect de ces valeurs)¹⁵. De plus, il est essentiel de se référer aux normes ou valeurs adoptées par les membres de la société pour comprendre les pressions normatives auxquelles s'expose un individu qui agit en violation de telle norme juridique, qui se trouve adossée à un principe moral largement répandu dans la société (par exemple, l'interdiction de l'usage des stupéfiants dans une société caractérisée par l'importance morale accordée à

¹⁴ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Vienne, Franz Deuticke, 1960 (1re éd. 1934); tr. fr. Ch. Eisenmann, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, rééd. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999.

¹⁵ Cette piste a été explorée en particulier par James S. Coleman dans: *Foundations of Social Theory*, Cambridge (Mass.) et Londres, Harvard University Press (The Belknap Press), 1990.

la promotion de la santé). Cela permet aussi d'expliquer les transactions sur les valeurs par lesquelles des agents dont les perspectives morales ne sont pas identiques cherchent à s'entendre¹⁶, ce qui est potentiellement éclairant, notamment, dans l'étude des processus de revendication et de concrétisation des droits individuels.

Enfin, si l'on adopte une perspective naturaliste et si l'on considère que l'adoption des normes morales ou des valeurs de référence individuelles s'explique en partie d'après les conditions biologiques de la coopération entre représentants de l'espèce humaine¹⁷, la référence aux normes adoptées peut présenter un intérêt explicatif certain. En effet, les lois peuvent dans certains cas refléter des normes de coordination ou de coopération dont on parvient par ailleurs à expliquer la prégnance dans la vie humaine organisée. On peut alors s'appuyer sur ces explications non seulement pour rendre compte du respect habituel envers la loi (au-delà des motifs liés à la sanction prévisibles en cas de conduite contraire à la loi), mais aussi pour étudier des phénomènes observés de revendication ou de contestation des dispositions juridiques¹⁸, et aussi pour l'explication des jugements rendus dans un cadre judiciaire, lorsque ceux-ci comportent l'interprétation de textes ou de précédents ambigus (interprétation qui peut être guidée par des convictions éthiques).

Selon une vision simpliste des choses, la peine serait en quelque sorte extérieure au droit qui l'organise et la prévoit. Le droit pourrait être vu simplement comme un mécanisme prévoyant des sanctions, celles-ci existant indépendamment de lui. Mais en réalité, le fait de subir une

¹⁶ En voici un exemple. Il peut sembler bizarre que des chercheurs désireux d'expérimenter sur l'embryon humain se préoccupent de la réduction du nombre d'embryons surnuméraires issus des fécondations *in vitro*, compte tenu des caractéristiques des normes morales que l'on peut prêter à ces chercheurs (à partir de l'hypothèse selon laquelle ces normes doivent au moins les autoriser à faire ce qu'ils veulent faire). Mais le fait que ce soit là un thème majeur des pressions exercées sur les pouvoirs publics pour obtenir une modification des règles en vigueur en France peut s'expliquer, si l'on considère qu'il s'agit d'un effort pour marchander, sur leur propre terrain, avec les tenants du respect de l'embryon (qui s'opposent à la fois à l'expérimentation et à la création d'embryons surnuméraires lors des fécondations *in vitro*). Voir, à titre d'illustration: Catherine Chadelat, "Les enjeux d'une révision législative", in Feuillet-Le Mintier (B.), éd., *Les lois "Bioéthique" à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999.

¹⁷ Voir, pour un exemple de théorie naturaliste sophistiquée: Allan Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1990; tr. fr. S. Laugier, *Sagesse des choix, justesse des sentiments*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996. Voir aussi: Sandra Laugier, "Vers la naturalisation des normes", in R. Pouivet et J.-P. Delville (éds.), *Penser la norme. Approches juridiques et philosophiques*, Université de Rennes 1, Publications du Centre de Recherche sur la Logique et son Histoire, 1994.

¹⁸ Sur ce point, les analyses sont développées plus avant dans mon essai : *La revendication des droits*, Paris, Classiques Garnier, 2011.

sanction par suite de la décision d'un juge est *constitutif* de la sanction elle-même en tant que "mal" globalement subi par la personne condamnée¹⁹.

Ainsi, une approche économique de la sanction doit tenir compte de certains désavantages liés à la spécificité de la peine: elle stigmatise les personnes condamnées (parce qu'il est habituellement jugé "bon" de respecter la loi et "mauvais" de la violer) et peut leur causer des désagréments ultérieurs dans une société où le casier judiciaire vierge est parfois requis; dans le cas de personnalités connues, la sanction judiciaire peut désigner quelqu'un à la vindicte populaire ou donner une publicité non voulue à certains aspects de sa vie. Le fait d'envoyer quelqu'un en prison à l'issue d'un procès détermine un état de la personne (être en prison après avoir été condamné et y purger une peine) qui ne se réduit certes pas à la condition physique associée, et qui peut comporter des désagréments qui ne se limitent pas - il s'en faut de beaucoup - à ceux de cette dernière.

Au point de vue méthodologique, l'aptitude à prendre en compte ces aspects de la sanction est un grand avantage. Cela rend certaines choses pensables: par exemple, la complémentarité éventuelle entre les aspects "médiatiques" d'un procès et la peine elle-même (au sens étroit: la peine qui est purgée); également, le rôle dissuasif que peut jouer l'interdiction sous la menace de sanctions à cause de la crainte d'"avoir des ennuis avec la justice" (au-delà même de la crainte qu'inspirent les sanctions prévisibles) ; ou bien encore la disproportion, dans certains cas, entre la durée d'une peine de prison et le mal qu'elle constitue pour l'individu qui la subit (à cause de la stigmatisation des séjours en prison, des problèmes corrélés du point de vue de l'estime de soi et à cause des problèmes sociaux associés, pour les individus, au fait de devoir produire un extrait de casier judiciaire).

III. La question de l'éthique de l'efficacité et la mobilisation du principe de Pareto

a. Le principe de Pareto et le libéralisme politique

¹⁹ Je me réfère ici à la caractérisation des aspects constitutifs des normes que l'on trouve, par exemple, chez John Searle. Ainsi, évoquant les institutions qui assurent la "création de faits institutionnels à partir de faits sociaux et de faits bruts", J. Searle écrit: "De telles institutions consistent toujours en règles constitutives (pratiques, procédures) qui ont la forme X est compté comme un Y dans un contexte C" (*The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, 1995; tr. fr. C. Tiercelin, *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998, p. 149). Pour un exemple d'application de la notion de rôle constitutif des normes à l'analyse des actions inamicales dans un contexte stratégique: Christopher Gelpi, "Crime and punishment: The role of norms in crisis bargaining", *American Political Science Review*, 91/2, 1997, pp. 339-360.

On a pu défendre la thèse selon laquelle l'approche économique de l'efficacité constituerait en elle-même une éthique²⁰. En dépit des critiques diverses que nous venons d'examiner (et d'essayer de surmonter), qui mettent en doute la possibilité de se fonder sur une approche économique du droit en préservant une perspective morale sur le droit, il y aurait donc de l'éthique au cœur même de l'approche économique du droit, dans la mesure même où celle-ci se fonde sur la recherche de l'efficacité. Cela reviendrait à rompre avec la conception traditionnelle (que l'on trouve souvent exposée dans les manuels de micro-économie ou d'économie générale) d'après laquelle l'approche économique privilégie le recours à une norme d'efficacité de manière à appuyer des jugements de valeur raisonnés sans entrer pour autant sur le terrain éthique. Au demeurant, il semble clair que l'application des normes d'efficacité a des conséquences qui peuvent être discutées d'un point de vue éthique ; cela crée au moins un certain rapport avec l'éthique. De plus, les normes d'efficacité et les normes morales apparaissent conjointement dans l'analyse des choix collectifs ou du bien-être social, qui a favorisé l'étude conjointe des différentes normes pertinentes pour l'évaluation des états de la société ou des transitions d'un état à un autre²¹. Enfin, les normes d'efficacité que privilégie l'économie ont un air de famille – pour ne pas dire plus – avec la méthodologie « conséquentialiste » qui est régulièrement appliquée et examinée en philosophie morale ; l'application de ces normes semble bien être l'application d'une méthodologie conséquentialiste qui a ses partisans en morale.

Il est fréquent de rapporter la plausibilité de la norme d'efficacité qui est centrale en économie – le principe de Pareto – à une simple exigence d'efficacité. Selon cette norme, la transition d'un état possible de la société vers un autre est recommandable (on parle d'« amélioration » au sens de Pareto) si elle améliore le bien-être de tout un chacun (version « faible » du principe) ou bien si elle améliore le bien-être de certains sans affecter négativement celui de personne (version « forte » du principe). C'est une norme partielle pour l'évaluation : de nombreux états possibles de la société ne sont pas comparables entre eux de cette manière, en sorte que l'on ne

²⁰ Alain Wolfelsperger, « Sur l'existence d'une solution kantienne du problème des biens collectifs », *Revue économique* 50/4, 1999, n°4, pp. 879-902. Au « kantisme ordinaire » invoqué en économie publique, l'auteur oppose le modèle - plus crédible à ses yeux - d'un « parétianisme de règle » envisagé comme une doctrine morale à part entière. La discussion ci-après confirme le caractère éthique du « parétianisme » mais atténue le contraste avec le kantisme.

²¹ Amartya K. Sen, *Collective Choice and Social Welfare*, Edimbourg, Oliver & Boyd et Amsterdam, North Holland, 1970; Serge-Christophe Kolm, *Justice et équité*, Paris, Editions du CNRS, 1972.

peut rien dire à propos de la paire qu'ils forment. Lorsqu'on est dans un état à partir duquel nulle amélioration parétienne n'est possible, on dit que l'on a atteint un « optimum » de Pareto.

S'il est possible de comparer deux états par ce critère, on admet habituellement que l'on peut au moins se prononcer « du point de vue de l'efficacité » d'une manière évaluative ou prescriptive. On peut former, de ce point de vue, un jugement de valeur rationnellement fondé. Plusieurs problèmes se posent alors. En premier lieu, se peut-il que ce jugement doive être renversé par d'autres considérations ? Se peut-il qu'un « optimum » validé par le principe de Pareto ne soit pas véritablement « optimal » tout bien pesé ? En second lieu, quelles sont les normes de légitimité qui permettent de valider la recherche de la satisfaction et donc le caractère « rationnel » (ou simplement défendable) des évaluations qui se fondent sur l'usage du principe de Pareto ? En troisième lieu, si l'on admet que le principe de Pareto est en concurrence avec d'autres principes (et non pas simplement susceptible d'être *complété* par eux), quel poids relatif doit-il se voir attribuer ? Et ce poids, qui reflète certainement la force de conviction qui s'attache au principe, doit-il être le reflet de son importance morale (comme cela paraît naturel si l'on admet que ce sont les jugements moralement corrects qui constituent véritablement les jugements défendables en dernier ressort, et non pas des jugements spécialisés relatifs à telle ou telle dimension particulière de l'existence – par exemple, les jugements écologiques, économiques, géostratégiques, etc.) ?

La norme parétienne se prête aussi à une interprétation en termes d'accord et d'approbation, véhiculée notamment par un usage possible de la théorie des choix collectifs et bien à même de favoriser le rapprochement entre l'approche économique, l'approche politique et l'approche contractualiste de la morale. Le principe est le suivant : si l'on pousse à son terme la logique de l'assimilation du « bien-être » à la satisfaction des préférences subjectives, alors il est normal d'appliquer le principe de Pareto à la manière dont les individus classent les états possibles de la société dans laquelle ils évoluent, puisque ce sont là les supports ultimes de leur satisfaction ou insatisfaction ; c'est seulement en adoptant une vision étriquée, auto-centrée ou égoïste du bien-être que l'on pourrait prétendre le contraire. Dans ces conditions, il faudrait admettre qu'il existe une véritable identité entre la contribution d'un état social au bien-être et l'approbation qu'il suscite chez un individu. On devrait, en conséquence, identifier l'amélioration parétienne à l'approbation unanime ; se priver de parvenir à un nouvel état du monde à la faveur d'un accord unanime serait, d'une

certaine façon, s'organiser collectivement d'une manière *inefficace* et, de ce fait, peu défendable.

En suivant cette interprétation du principe de Pareto comme norme de respect de l'unanimité (lorsque celle-ci peut émerger), on dira que ce qui fait l'objet d'une approbation unanime ou à tout le moins, de l'approbation de quelques-uns et de l'absence de réprobation des autres, peut être considéré favorablement à l'échelon collectif, parce que cela peut être mis en œuvre sans contraindre personne. Présenté ainsi, c'est-à-dire sans aucune précision relative aux circonstances de l'approbation, le principe de Pareto a exactement la plausibilité qui s'attache au principe libéral d'après lequel les choix ou les évolutions qui intéressent une collectivité doivent être jugés satisfaisants à partir du moment où ils peuvent intervenir d'une manière utile (à quelques-uns au moins), par comparaison avec une situation initiale donnée, sans constituer une contrainte ou un tort pour personne.

L'absence de dommage subi à cause d'autrui constituerait, abstraction faite de la qualité morale de la modification visée, un élément décisif pour l'accepter, l'autre élément décisif étant le fait qu'au moins une personne ait motif de la vouloir. Si l'on considère que ce deuxième élément décisif ne fait en réalité que délimiter la classe des problèmes auxquels on s'intéresse (la classe des problèmes du genre : faut-il permettre telle modification *qui correspond au souhait de quelqu'un?*), on peut dire que le principe de Pareto sous sa forme forte exprime simplement une préoccupation libérale et individualiste: il n'y a pas de raison que la vie sociale empêche un individu de voir son souhait se réaliser, à partir du moment où personne ne s'en trouve affecté négativement. Bien sûr, la nature de l'empêchement fait problème : doit-on compter comme tel seulement une obstruction délibérée voulue par autrui ou bien, beaucoup plus largement, toute configuration de la vie sociale qui ne permet pas la réalisation du souhait considéré (par exemple, parce que l'on n'a pas suffisamment réformé la société) ?

Un principe plus exigeant consisterait à retenir le principe fort de Pareto *et* à interdire tout recours à un principe d'évaluation permettant dans certains cas de déclarer un état socialement supérieur à un autre en l'absence de consensus à ce sujet. Ainsi, on aurait l'assurance de ne voir aucun individu « contraint » par les choix collectifs. Un tel critère interdirait en particulier d'attribuer des droits strictement individuels pouvant être exercés quelles que soient les préférences des uns et des autres; en effet, il est toujours possible que l'exercice d'un droit individuel déplaise à un autre individu. Il est apparent, ici, qu'il existe une tension puissante, d'ailleurs discutée depuis longtemps en philosophie (avec une grande clarté chez

Godwin puis chez Sidgwick) entre deux aspirations que l'on peut dire « libérales » : celle qui pousse à respecter absolument certains droits individuels et celle qui conduit à se préoccuper, pour chacun, de l'absence de tort subi du fait de la satisfaction des préférences des autres. Ce conflit séculaire hante, d'une certaine manière, la théorie économique du droit à cause de son attention simultanée aux problèmes de la délimitation des droits individuels (en particulier, les droits de propriété) et de la recherche collective de l'efficacité dans la satisfaction des intérêts ou des préférences (avec une tendance marquée, il est vrai, à simplifier les enjeux en considérant des intérêts limités et bien tangibles plutôt que les « préférences » comme dans la théorie économique générale).

Etabli par A. Sen en 1970, le problème du Parétien libéral systématisait ce conflit en le réduisant à une épure autorisant la démonstration mathématique. Il est souvent considéré comme l'illustration d'un conflit entre deux exigences éthiques dans les choix sociaux : l'exigence d'efficacité (le principe de Pareto) et l'exigence libérale d'après laquelle chaque individu doit pouvoir déterminer le choix social au moins pour une paire d'états (par exemple, pour des états qui ne diffèrent que par des aspects qui concernent seulement la vie privée de cet individu). En d'autres termes, il y aurait conflit entre un principe d'efficacité et une version minimaliste du libéralisme des droits. D'après les observations précédentes, on peut aussi interpréter ce paradoxe comme la démonstration d'une incompatibilité entre deux exigences libérales. Ce paradoxe bien connu constitue un exemple privilégié de la portée de l'application d'un principe d'inspiration économique (le principe de Pareto) dans le champ éthique, pour le bénéfice supposé de l'analyse éthique. Dans la mesure où le paradoxe a été formulé dans le cadre formalisé de la théorie générale des choix collectifs, il s'agit ici d'analyse éthique exacte (reposant sur des définitions, des postulats et des démonstrations).

b. Unanimité, préférences et moralité

D'un point de vue moral, il importe en fait de savoir dans quelles conditions sont opérés les choix collectifs qui rallient la totalité des suffrages ou qui permettent de conjuguer la promotion du bien-être des uns et celle du bien-être des autres. Si l'on applique le principe de Pareto à une situation dans laquelle les chances des différentes personnes sont

extrêmement inégales, celui-ci peut sembler peu convaincant²². Disons qu'il exprime simplement un accord facile, ce qui est davantage une vertu politique qu'une vertu morale. Dans certains cas, une amélioration ratifiable par tous ne sera qu'un changement superficiel ou dérisoire, masquant le fait que l'on néglige les voies d'une amélioration possible et beaucoup plus substantielle. Dans d'autres cas, il s'agira de changements qui accroissent des inégalités que l'on peut avoir des raisons indépendantes de juger sévèrement.

Par ailleurs, si l'on applique le principe de Pareto à l'accroissement des niveaux de bien-être en un sens restrictif (plutôt qu'à l'approbation ou aux jugements de valeur en général à propos de l'état du monde), comme peut y inviter la tradition de l'économie du bien-être, la question se pose de la légitimité, pour les individus, de la formation d'un jugement de valeur collectif à partir d'une information sur eux-mêmes à ce point limitée. Les jugements de valeur qui sont codés dans les utilités personnelles refléteront vraisemblablement des intérêts individuels au sens étroit de l'expression; l'accord réalisé résultera de la rencontre fortuite des intérêts, mais n'exprimera certainement pas une identité de vues sur ce qui est convenable d'après des valeurs morales partagées. Pour cette raison, l'accord réalisé pourra sembler fragile ou «seulement politique», et il est difficile de faire d'un tel accord une caution morale, particulièrement dans le champ judiciaire lorsqu'il est attendu que les décisions judiciaires reflètent à un certain degré et avec une certaine plausibilité aux yeux des uns et des autres (malgré les inévitables variations dans le jugement) des valeurs telles que l'équité, la justice, le respect de droits moraux, etc.²³.

Il est vrai que l'exigence d'unanimité joue un grand rôle en théorie morale, par exemple dans les doctrines contractualistes²⁴. Mais l'accord envisagé intervient alors dans des conditions idéales, souvent égalitaires, ce qui permet de défendre leur portée morale. Le problème est alors que la référence spécifiquement libérale à l'absence de contrainte n'a plus un sens

²² C'est l'argument exploité par B. Frydman (art. cité) dans sa critique, qui vise simultanément l'approche économique du droit et le conformisme idéologique des intellectuels dans les sociétés économiquement libérales.

²³ À propos des accords superficiels, A. K. Sen rappelle qu'il est important non seulement de savoir qui préfère quoi, mais aussi de connaître le pourquoi de cette préférence (*Collective Choice and Social Welfare*, §6. 5, p. 83).

²⁴ Issue des doctrines contractualistes classiques, cette problématique a été substantiellement influencée par le développement de la théorie moderne des fondements philosophiques de ces approches du choix rationnel, comme je l'ai souligné dans mon essai *Choix rationnel et vie publique*, Paris, Presses universitaires de France, 1994. On peut également consulter à ce propos la thèse de doctorat de David Duhamel : *Les nouvelles théories du contrat social et la théorie du choix rationnel*, Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne, 2006.

défini, puisqu'on se trouve dans une situation fictive, sans lien avec le monde réel. L'absence de contrainte qui importe est celle qui est éventuellement respectée dans ce monde, et non pas dans un monde imaginaire. Quel peut être alors le fondement d'une valeur éthique de l'unanimité ?

Il peut s'agir de donner consistance à une éthique du respect de chacun comme fin en soi, comme dans le recours à la position originelle dans la *Théorie de la justice* de J. Rawls : c'est le motif de l'« interprétation kantienne » proposée par l'auteur. La valeur libérale de l'absence de contrainte se trouve alors transposée sur un plan abstrait: l'unanimité garantit que les principes choisis sont ceux que chacun pourrait décider d'adopter par lui-même dans des conditions de choix capables, en vertu de leurs propriétés bien choisies par la théorie, de rendre les choix moralement significatifs. On sait alors que les principes d'évaluation qui font l'objet d'un accord dans des conditions idéales ne sont pas fondés sur le sacrifice des uns au bénéfice des autres et la valorisation libérale de l'absence de contrainte prend effectivement une signification morale. Cette leçon a été assez largement retenue dans les approches économiques du droit, spécialement dans les domaines qui communiquent directement avec la philosophie politique, comme l'économie constitutionnelle. Il est en effet fréquent que l'on cherche à caractériser l'adéquation des règles en appliquant des principes de choix économique à des situations de référence fictives dont la structure ne retient que les caractéristiques propres à donner sens à la sélection opérée parmi différents possibles. Ce type de démarche a permis un véritable renouvellement méthodologique du contractualisme classique (notamment sous l'impulsion d'auteurs majeurs comme Gordon Tullock et James Buchanan, dans leurs travaux conjoints ou personnels²⁵).

Mais le principe de Pareto sous sa forme classique est une application du critère de l'unanimité au monde tel qu'il est et aux utilités telles qu'elles sont. Examinons de quelle manière on pourrait le justifier, dans sa version dite « faible » au moins, sans faire appel aux valeurs libérales spécifiques de l'absence de contrainte. Cette discussion ne s'inscrit pas seulement dans la perspective d'un examen des fondements normatifs des approches individualistes (notamment économiques) du droit; elle est également motivée par l'étude des motivations et raisonnements individuels qui peuvent expliquer la conformité de la conduite à des normes qui

²⁵ J'ai développé dans un autre article un examen spécifique des fondements philosophiques de ces approches : « Contrat social néo-libéral, théorie de l'impôt et pensée du déclin », in T. Berns, J.-Cl. Dupont et M. Xifaras (dir.), *Philosophie de l'impôt*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p.169-197.

paraissent bien justifiées, ou dont on comprend qu'elles sont bien justifiées aux yeux des autres.

La démarche que j'adopterai dans la section suivante procède de la reconnaissance d'une particularité importante du principe de Pareto appliqué aux jugements d'ensemble sur les états du monde, qui est d'intervenir simultanément sur les deux versants de l'approche économique du droit : le versant positif (l'étude de l'émergence des normes et des solutions juridiques à des problèmes qui se posent à des individus ou à des groupes) et le versant normatif (l'étude des raisons qui font apparaître certaines normes ou certaines solutions juridiques comme recommandables). En outre, la conjonction des préoccupations économiques et morales dans l'usage du principe de Pareto permet d'apercevoir nettement que la contribution de l'approche économique des règles et du droit à l'analyse éthique ne représente pas un apport purement extérieur ou latéral, mais reflète l'insertion, dans la méthodologie économique, de préoccupations relatives aux jugements de valeur – préoccupations qui communiquent très directement, qu'on le veuille ou non, avec l'analyse éthique (malgré l'existence d'une certaine rhétorique visant, dans le champ économique, à circonscrire les problèmes éthiques ou à les tenir à l'écart de manière à préserver - sans grand succès, semble-t-il - la « pureté » de problèmes économiques qui n'auraient rien à voir avec l'éthique).

c. Le respect de l'unanimité : essai d'une justification éthique

Motivation

En ce qui concerne la version faible du principe de Pareto, on a souvent remarqué qu'elle donne, dans des cas importants, les mêmes conclusions qu'un argument de généralisation relevant de ce que l'on appelle quelquefois le « kantisme ordinaire ». Si l'on dit par exemple qu'il est avantageux pour tous que chacun paye son ticket de bus, on se réfère tacitement à une comparaison parétienne entre un état du monde dans lequel personne ne paye rien (en l'absence de système de transport en commun) et une situation dans laquelle chacun paye son ticket et il existe un système de transport qui fonctionne bien ; on ratifie alors une comparaison qui penche en faveur de la seconde situation, parce que l'on estime qu'elle est meilleure que l'autre pour tout le monde. Mais cela n'est pas très éloigné d'un autre raisonnement, qui relève du « kantisme ordinaire » : si je n'ai pas de raison valable de prévoir une exception pour les uns ou les autres (pour moi, par exemple), je dois ne comparer entre eux que des états du monde qui

reflètent la sélection, par les uns et les autres, de la même ligne de conduite ; or, je ne puis raisonnablement désirer qu’il n’y ait pas de système de transport en commun et je ne puis donc souhaiter que chacun se fasse une loi de ne pas payer son ticket de bus (si l’on admet qu’une telle abstention serait incompatible avec l’existence du système en question).

Cette rencontre sur l’essentiel suggère assez fortement - comme d’ailleurs l’identité avec les conclusions de l’ancienne philosophie utilitariste dans les cas où celle-ci s’appliquait de la manière la moins contestable - que le principe de Pareto appliqué aux jugements « tout bien considérés » possède bien un enracinement éthique. Je voudrais apporter une confirmation de cette estimation en ayant recours à une ligne d’argumentation légèrement différente de celle que l’on associe habituellement au kantisme ordinaire, mais fondée elle aussi sur une forme d’universalisation. A cause de cette proximité, l’argument montrera latéralement ce que l’on peut répondre à la critique adressée au kantisme ordinaire²⁶ selon laquelle ce type de justification des actions revient à privilégier une interprétation instrumentale de la moralité et repose donc sur un “semi-kantisme” peu cohérent.

Les problèmes à propos desquels on mobilise le principe de Pareto interviennent dans des contextes dans lesquels les utilités (ou les structures de préférences) sont définies. On ne retient pas ici une interprétation fondée sur le bien-être en un sens restrictif mais une approche plus générale dans laquelle les jugements individuels considérés (préférences ou utilités) portent sur l’ensemble des caractéristiques des états du monde, en sorte qu’on peut les considérer comme des jugements de valeur ou des jugements d’approbation. On dispose ainsi d’un certain nombre de *critères* d’évaluation (un par individu) des changements éventuels par rapport à un état initial. Dans ce contexte, on peut mobiliser des critères formels généraux de l’argumentation et du jugement éthiques. En particulier, chacun peut alors appliquer les principes largement acceptés qui suivent.

Principe d’universalité

Les individus de la société considérée participent à une seule et même interaction. Leur point de vue sur cette interaction n’est pas absolument singulier, au sens où chacun d’entre eux peut se prononcer sur “ce qui arrive” (et non pas seulement sur “ce qui lui arrive” dans un vécu qui serait préalablement délimité comme strictement personnel). On suppose

²⁶ Notamment dans le contexte des discussions sur l’application du kantisme ordinaire à la résolution du problème économique des biens publics. Voir ainsi A. Wolfesperger (art. cité).

que chacun des individus forme effectivement un jugement sur ce qui arrive, autrement dit, un jugement d'éthique sociale. Un tel jugement s'appuie sur un critère (ou ensemble de critères) disponible, applicable à l'interaction.

Le principe d'universalité demande qu'à propos de cas semblables on forme des jugements semblables. Pour une certaine description minimale de la situation, on peut supposer que les uns et les autres estiment qu'ils se trouvent dans des situations semblables : chacun peut se trouver plus ou moins bien du fait de son interaction avec les autres. S'il y a n individus, on considère ainsi n situations: chacune met en scène tel individu dans son interaction avec les autres. Cette similitude des situations n'est pas une donnée brute inscrite dans les faits, la plupart des situations sociales étant marquées par des inégalités bien réelles.

Si l'on dit par exemple que chacun doit payer son ticket de bus comme les autres parce que tous profitent en commun du bien commun que constitue le système de transport, on oublie ou l'on feint d'oublier la diversité des revenus des uns et des autres ; pour autant, la description que l'on propose repose bien sur une similitude identifiée ou construite à dessein ; bien plus, cette similitude n'existe que parce que l'on a délibérément laissé de côté des aspects de la situation que l'on juge non pertinents, d'une manière explicable, pour le type de question que l'on entend poser. C'est le cas, dans notre exemple, si le prix du ticket de bus peut être supposé modique même au regard des revenus les plus faibles, en sorte que l'on puisse bien supposer que l'obligation de payer son ticket n'entre en conflit avec aucune obligation morale concurrente.

Les situations considérées étant semblables, elles appellent (d'après le principe d'universalité) des jugements semblables - i.e. identiques au point de vue près - de la part des uns et des autres. On peut donc supposer que chaque individu forme un jugement semblable (au point de vue près) à celui de tout autre. L'individu i approuve la situation de l'individu i dans l'interaction si, et seulement si, l'individu j approuve la situation de l'individu j dans l'interaction (pour tous i et j) et de même pour la réprobation.

On admet que les individus se prononcent sur l'état du monde et non pas seulement sur "ce qui leur arrive" individuellement (ou sur ce qui arrive à tel ou tel individu); le point de vue d'un individu et celui d'un autre individu ne diffèrent pas vraiment en l'occurrence, puisque ce qui est approuvé par l'un des individus est approuvé par tous. Les agents sont les individus du modèle. S'ils sont destinés à figurer des individus réels, ils tiennent ce rôle dans une certaine représentation du monde, autrement dit, dans un modèle de l'interaction. Si les positions des uns et des autres dans

l'interaction sont effectivement semblables dans le modèle, il n'y a aucune raison de supposer que les uns et les autres parviennent à des jugements distincts, et si l'on suppose qu'il y a lieu de former un jugement en effet, seule l'hypothèse d'un jugement semblable des uns et des autres est acceptable.

Principe d'impartialité

Le jugement d'un individu sur ce qui arrive, s'il doit s'agir d'un jugement éthique, ne doit pas privilégier le point de vue de tel ou tel²⁷. Ici, les critères disponibles sont personnalisés: ce sont les utilités individuelles. Retenir l'un de ces critères d'une manière qui manifeste une préférence pour ce critère par rapport aux autres serait une rupture avec l'impartialité. On ne peut donc se prononcer que lorsqu'il y a accord entre les différents critères disponibles (si du moins l'on admet que les individus ont recours aux critères existants et n'en fabriquent pas de nouveaux).

D'après le principe d'universalité, on l'a vu, tous les individus parviennent à un jugement identique sur ce qui arrive: ils approuvent ou désapprouvent *ensemble* un certain changement de la société. Chacun des individus approuve donc, au titre de la modification de l'état de la société, ce qui constitue une amélioration au regard de chacun des critères disponibles, et personne ne se prononce en cas de désaccord entre ces critères. Ainsi, chacun applique le principe faible de Pareto dans son jugement sur la société. On parvient à la conclusion qu'un agent rationnel se conforme à l'exigence d'impartialité si l'on considère que l'agent n'a aucune raison de penser que l'un des critères disponibles est le plus pertinent ou le plus juste parmi ceux qui sont disponibles, et ne veut pas se prononcer dans le doute.

Remarques méthodologiques

Il est à remarquer que les arguments relatifs à la rationalité de l'universalité et de l'impartialité reposent implicitement sur le fait qu'aucune information spéciale sur les valeurs personnelles des agents n'a été incorporée dans le modèle. On a implicitement supposé que les seules différences de jugement qui peuvent intervenir proviennent d'éventuelles différences dans la compréhension de l'interaction sociale ou d'éventuelles

²⁷ Ne donner à aucun point de vue (pas même le sien) un statut privilégié: cette exigence est parfois appréhendée comme un aspect de la constitution d'un point de vue objectif sur le monde, dégagé du soi particulier. Voir par exemple Thomas Nagel, *The View from Nowhere* (New York et Oxford, Oxford University Press, 1986), p. 62. Ici, la constitution d'un point de vue objectif est associée à l'universalité. Mais le recours à l'exigence d'impartialité permet de corroborer la thèse de Nagel (*op. cit.*, p. 63) sur le lien étroit entre objectivité et intersubjectivité.

différences dans l'objet même du jugement (le sort de tel ou tel dans l'interaction sociale par exemple). L'argument, pour cette raison, reflète une méthodologie que l'on peut dire interactionniste.

À l'arrière-plan de l'argument présenté, on trouve aussi l'exigence de pleine reconnaissance des faits pertinents (pour un niveau de description de l'interaction certes peu raffiné). Il s'agit là d'une autre exigence formelle très classique du jugement moral. L'analyse de la situation par des agents rationnels conscients de la structure de leur interaction peut pallier le défaut d'une institution de référence à laquelle seraient associés des devoirs ou des conduites "correctes"²⁸. Cela importe en particulier dans des contextes où certaines normes sont respectées en l'absence d'organisation institutionnelle fondée sur une surveillance, des sanctions, etc. Mais dans le cas même où des institutions existent, et sont organisées en vue de produire un résultat efficace, la compréhension individuelle de l'interaction sociale et les raisonnements moraux associés peuvent intervenir dans l'explication des conduites conformes aux normes posées par les institutions. Cela peut transiter par deux canaux distincts: ou bien le respect pour des normes dont on a compris le bien-fondé, ou bien l'inclusion de pressions normatives (manifestations de réprobation, reproches) dans les conséquences associées par les institutions aux conduites qui violent les normes.

Le recours au principe de raison insuffisante montre que l'éthique parétienne est une manière de concrétiser l'exigence d'impartialité dans un contexte où rien ne permet de supposer que les agents peuvent procéder à la construction de nouveaux critères à partir de ceux qui sont disponibles. Sans réduire la moralité à des dimensions instrumentales, il peut être intéressant de se préoccuper de l'unité qui peut exister entre ce type de description de la rationalité en valeur et le modèle de la rationalité individuelle optimisatrice habituellement utilisé en économie et en théorie de la décision. Il y a en fait *compatibilité* entre la représentation "kantienne" du comportement axiologiquement rationnel et l'optimisation de l'objectif individuel dans une

²⁸ Cela peut constituer un élément de réponse à la critique d'A. Wolfelsperger (art. cité, p. 894) visant le recours au kantisme ordinaire (l'application d'un critère de généralisation d'après le modèle du "si chacun faisait..." ou "si personne ne faisait...") dans un contexte où aucune institution de référence ne propose une conduite à laquelle on peut être tenté de ne pas se conformer - point de départ de l'interrogation morale. Voir ainsi la critique de la solution kantienne du problème des biens collectifs: dans ces modèles, "Pour des raisons non précisées, chacun est seulement supposé savoir qu'il existe des possibilités de gains mutuels à l'occasion de la fourniture potentielle d'un bien collectif. Chacun choisit alors, sans communication avec autrui, le comportement que la morale requiert. Pourquoi le résultat devrait-il être optimal? Cela signifierait que l'on pourrait se passer d'entrepreneurs aptes à mettre en place une institution marchande ou d'un mécanisme d'émergence spontanée d'une institution non marchande" (art. cité, p. 894). Pour répondre à cette critique, on peut souligner que le discernement individuel au sujet de la structure de l'interaction sociale représente une occasion de coordination tacite.

situation vérifiant des propriétés de symétrie dans les positions des uns et des autres.

De ce point de vue, on peut souligner qu'une présentation en termes de maximisation de l'objectif individuel sous contrainte de similitude des actions choisies par les uns et les autres présente un avantage, en termes d'unité théorique, pour ce qui est de la description des choix rationnels individuels. C'est seulement une certaine *interprétation* de ce modèle de choix, en termes de recherche exclusivement auto-centrée des moyens permettant d'obtenir les meilleurs résultats (d'après les critères personnels), qui peut donner l'impression que l'on réduit la moralité à une dimension instrumentale. En réalité, l'essentiel est dans l'impersonnalité, et le critère personnel n'intervient que comme le représentant d'une classe de critères indiscernables quant aux conclusions qu'ils livrent. Il n'est choisi de préférence aux autres que pour des raisons épistémologiques d'unité dans la modélisation théorique des décisions (spécifiquement, la défense du modèle général de l'individu optimisateur). Ainsi, on voit que le recours à une modélisation fondée sur l'optimisation personnelle sous une contrainte de similitude des actions choisies par les uns et les autres²⁹ n'implique pas l'assimilation de la moralité à une recherche instrumentale de l'intérêt personnel³⁰.

IV. Conclusion

Les reproches formulés à l'encontre des analyses économiques et la manière dont on peut y répondre sont instructifs, m'a-t-il semblé, du point de vue des exigences méthodologiques de toute approche du droit fondée sur la compréhension de l'interaction des agents. Très souvent, les approches économiques du droit procèdent à partir d'hypothèses simplificatrices que l'on peut contester. Il n'en demeure pas moins que les approches de ce type résistent à certaines des critiques qui mettent en cause le sens même de la démarche.

²⁹ Comme dans le "kantisme des économistes" depuis la parution de l'article de Jean-Jacques Laffont ("Macroeconomic Constraints, Economic Efficiency and Ethics: an Introduction to Kantian Economics", *Economica*, 42 (nov.), 1975, pp. 430-437), et encore dans: N. Gravel et E. Picavet, "Une théorie cognitive de la rationalité axiologique", *L'Année sociologique*, 50/1, 2000, pp. 85-118.

³⁰ C'est un élément de réponse à la critique d'A. Wolfelsperger contre le "kantisme ordinaire" des économistes: du point de vue kantien authentique, "L'action humaine ne prend une valeur morale que lorsqu'elle n'est pas guidée par l'intérêt mais par le devoir, c'est-à-dire par un pur respect pour la loi morale en tant que telle. Or, en l'occurrence, ce qui est supposé devoir inciter les individus à suivre cette loi c'est justement que, grâce à elle, ils atteindront l'état Pareto-optimal qu'ils souhaitent. Mais, d'un point de vue kantien, il est contradictoire de faire de la morale un moyen en vue d'une fin" (art. cité, p. 883).

La limite essentielle des approches économiques du droit semble être le manque d'explicitation des raisons et des normes qui se trouvent derrière les préférences ou les jugements individuels, et qui se trouvent les expliquer en partie. L'interprétation des utilités personnelles s'avère particulièrement importante dans un domaine où les conduites à expliquer ne reflètent pas seulement les goûts ou les simples préférences (au sens courant du mot) mais aussi l'attachement à des principes ou à des normes que les dispositions juridiques en vigueur peuvent refléter ou bafouer. De plus, l'élucidation des règles morales de la conduite apparaît importante pour comprendre les effets de redoublement des sanctions juridiques par diverses formes de pressions ou d'attentes normatives explicables d'après des préoccupations morales (qu'elles soient personnelles ou liées aux valeurs des autres). Si même on s'en tient aux utilités personnelles, le recours au principe de Pareto peut être rattaché à une argumentation de type éthique, en sorte qu'il ne faut pas se hâter de reprocher aux approches économiques du droit, qui font grand usage de ce principe et qui en font le cœur d'une approche normative centrée sur l'« efficacité », le défaut d'un fondement éthique.