

EST-IL POSSIBLE D'ÉVALUER UN SYSTÈME JURIDIQUE ?

L'évaluation scientifique présuppose d'isoler un objet d'analyse. Or le droit peut-il constituer un objet d'analyse, alors que le principe même d'un système juridique est de constituer un "écosystème" (le cadre politique, économique, social,...) dans lequel nous vivons, et dont ne saurait s'abstraire le chercheur (juriste ou économiste) lui-même. Ainsi, si l'évaluation de l'efficacité économique de telle norme particulière est bien évidemment possible, quelles sont les conditions permettant d'évaluer l'intégralité d'un système ?

Chronologiquement, comment se pose la question de l'évaluation des normes ? A l'instar du mythe du « bon sauvage », fondement de l'analyse des sciences politiques, un mythe de la « bonne loi » éclairerait l'émergence de l'analyse critique portée sur la norme.

Déclin du dogmatisme, prévalence du doute.

L'exercice de la souveraineté nationale, depuis la création des Etats modernes dans la période suivant la Renaissance, se traduit, dans le domaine juridique, par la notion de pouvoir constituant (originaire et dérivé, et ainsi par extension, le pouvoir législatif), c'est à dire le pouvoir d'énonciation des normes, y compris de la norme suprême : la Constitution. Depuis l'apparition et la définition du concept de **souveraineté** avec J. Bodin, l'Etat moderne, ou « **Westphalien** », pour répondre à l'égalité et à l'indépendance postulées, fonde et définit à la fois cette souveraineté. Pour reprendre la définition de Le Fur, « **la souveraineté est la qualité de l'Etat de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté, dans les limites du principe supérieur du droit, et conformément au but collectif qu'il est appelé à réaliser** » (Louis Le Fur, **État fédéral et confédération d'états**, 1896). Si l'on considère la souveraineté nationale telle que définie par Sieyès, et en se plaçant dans la France post-Révolutionnaire et sous régime représentatif, la volonté souveraine de la Nation, directement ou à travers ses représentants, était traduite dans la loi ; ainsi, (et pour paraphraser la formule sur l'irresponsabilité politique du monarque), on peut dire que « la loi ne peut mal faire ». En effet, la loi est la traduction juridique de la volonté du peuple, constitué en nation : la loi **est** donc la volonté de la nation. Elle trouve là sa légitimité, et se place au-dessus du champ d'action de la critique, du doute, ou du scepticisme : aller contre la loi est aller contre le peuple souverain : c'est conceptuellement un non-sens. Par voie de conséquence, l'évaluation normative, selon des critères ou des disciplines propres, n'est pas envisageable, puisque ces critères et ces disciplines ne sauraient se situer hiérarchiquement (que ce soit symboliquement, politiquement, juridiquement, etc.) au-dessus de la volonté de la nation.

Tel était le dogme, c'est à dire le « **lieu de la vérité légale, postulé et socialement mis en scène comme tel** » (P. Legendre, **Sur la question dogmatique en Occident**) : en d'autres termes, on trouvait là matière à consensus. Puis, le doute, qui caractérise les moments de crise propres au passage d'un dogme à un autre, a été jeté sur cette « bonne-loi-qui-ne-pouvait-mal-faire ». Il s'agit, on le comprend, d'un traumatisme sociétal considérable : il s'agit non seulement d'une transition quant à la nature des souverainetés (souveraineté de droit divin, souveraineté royale, souveraineté populaire / nationale), mais aussi quant à la nature du droit (droit divin, droit naturel, droits de l'Homme). Ces transitions sont autant de passages d'un consensus (ou, ici, d'une

croyance) à un autre, avec une intense période de doute critique, visant à reconstruire un dogme nouveau (sociologiquement vital pour souder la société humaine).

L'exercice de critique et d'évaluation de la loi procède par une mise en doute radicale du dogme (typiquement, l'expression de la volonté nationale), au travers de lois relevant d'une autre légitimité : la légitimité naturelle, ou la légitimité scientifique. Telle norme, expression de la volonté nationale, peut ainsi être mise en doute, c'est à dire confrontée aux lois de l'évolution, de l'Histoire, de l'économie, etc. Il en découlera une validité extrinsèque examinée à l'aune d'autant de critères exogènes.

Dans le cas de l'action de l'Etat, la loi en apparence intangible, et généralement le système juridique dans son ensemble, ont été considérés comme des produits des forces politiques et économiques : la critique matérialiste, fondant la pensée marxiste, a sans doute constitué le dogme concurrent le plus puissant. La position qui en découle, à savoir que les normes doivent désormais dériver des lois de la science, et non de la souveraineté nationale (dont les lois ne transcrivent qu'un rapport de forces politiques et économiques), a conduit à une reconsidération du rôle du droit (Pasukanis écrit en 1924 la *Théorie générale du droit et le marxisme*). On parvient ainsi à réduire le droit à la fonction d'un outil, alors qu'il est originellement la traduction normée du consensus national, visage tangible d'un système de valeurs sous-jacentes. Cela revient à le priver même de son efficacité : l'efficacité d'une loi dépend de sa bonne exécution, cette dernière étant permise par l'acceptation de la norme, ce qui revient à dire qu'elle s'insère convenablement dans le système de valeurs du corps social auquel elle s'applique. Aussi, quelle que soit la légitimité dont se prévaut une norme (y compris, par exemple, un principe scientifique des mieux établis), elle n'a de sens que dans le cadre de l'émergence et de l'expression d'un consensus sociétal, c'est à dire un *corpus* de valeurs, au premier rang desquelles on placera la justice :

« *[La justice] est réelle au fond du cœur des hommes. La structure du cœur humain est une réalité parmi les réalités de cet univers, au même titre que la trajectoire d'un astre. Il n'est pas au pouvoir d'un homme d'exclure absolument toute espèce de justice des fins qu'il assigne à ses actions. [...] Si la justice est ineffaçable au cœur de l'homme, elle a une réalité en ce monde. C'est la science alors qui a tort* »

(S. Weil, *L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain* [1943], in Oeuvres, Gallimard, 1999, pp. 1179-1180).

Dans ces conditions, alors que la communauté des juristes et des économistes cherche à optimiser l'action de l'Etat, notamment par le biais de l'évaluation de l'efficacité (d'abord économique) des normes, quelles sont les conditions pour que l'évaluation d'un système juridique puisse être menée ? En effet, si la science passe en second, après la quête de justice, comment concevoir des critères permettant l'évaluation des normes et plus globalement d'un système de droit ?

Le mouvement de la *Law and Economics* est au premier rang concerné : la question de la hiérarchie des principes président à l'évaluation d'une norme y est fondamentale. Pourtant, qu'il s'agisse de Posner, de MacKaay, et des autres représentants de ce mouvement, peu s'interrogent sur la possibilité même de l'évaluation, pour se concentrer presque exclusivement sur ses

modalités. Concernant ces dernières, il est posé en principe que l'individu est un agent économique rationnel, visant, dans une transaction, à l'optimisation de son bien-être. De ce fait, la valeur économique qu'est le calcul d'utilité devient la règle d'évaluation de la norme. Dans ce mouvement, l'analyse économique elle-même est intégrée dans le processus d'élaboration normative, et jusqu'au niveau de son interprétation par la cour suprême : « **Il faut que les juges de cassation soient capables d'intégrer l'analyse économique dans le raisonnement juridique** » soutient G. Canivet, Président de la Cour de cassation, en 2004, dans « **La Cour de cassation doit parvenir à une analyse économique pertinente** ». Ce propos peut surprendre, s'agissant, en France, d'une juridiction qui a pour fonction non d'imposer un choix de société, non de poser ses propres règles d'interprétation de la norme (quelque soit la pertinence de la méthode d'interprétation issue de l'analyse économique), mais de décider en dernier ressort de l'interprétation du Droit objectif, émanation normée de la volonté nationale. Dans un contexte mondialisé, la divergence entre la conception civiliste du Droit subjectif et la conception des droit subjectifs selon la tradition de *common law* a des conséquences fondamentales sur l'analyse économique du droit : alors que la première considèrera d'abord l'efficacité économique d'une norme élaborée par les représentants du peuple souverain, la seconde tend davantage à prendre en compte l'équilibre économique entre les agents, tel que posé par la répartition des droit subjectifs entre eux. Ainsi que le souligne A. Supiot dans *Homo Juridicus*, l'incompatibilité des conceptions est même sémantique : Les pays anglophones de *common law* n'ont pas de mot pour désigner le Droit objectif : « **On le traduit par Law, perdant ainsi en chemin [...] la distinction de la loi (legge, Gesetz, ley, etc.) et du Droit (Diritto, Recht, Derecho) qui est commune à tous les pays d'Europe continentale. L'origine de cette distinction se trouve en droit romain, où la lex désigne le lieu du fondement d'un ordre juridique [...] et ius les règles de fonctionnement de cet ordre. Cette distinction a pris son sens moderne dans la tradition romano-canonique, qui a conçu l'Etat à l'image du pouvoir pontifical, c'est-à-dire comme Etat législateur, à la fois source du Droit (i.e., du système des règles) et source des droits (i.e., des prérogatives garanties aux individus). Du ius, l'anglais n'a gardé que la figure du judge et de la Justice, c'est à dire de la reconnaissance contentieuse des droits individuels (rights). Dans la culture de common law, c'est le juge et non la Couronne (l'Etat) qui incarne la source ultime de légitimité, donc la figure totémique de la loi (Law), et il n'y a pas de mot pour désigner l'unité normative d'où les droits individuels tirent leur sens et leur portée** ».

En conséquence, l'évaluation d'un système juridique à l'aune de critères économiques peut plus facilement prospérer dans un système dans lequel le Droit ne procède pas aussi indissolublement de la nation souveraine : si, hiérarchiquement, il est conceptuellement difficile de poser un critère d'évaluation supérieur à la souveraineté nationale, il devient concevable de porter la règle issue de la science économique comme règle de conflit « **de la reconnaissance contentieuse des droit individuels** ». Plus précisément, ces règles de la sciences économiques se sont muées de règles portant sur un objet (l'économie) en une méthode d'analyse susceptible de s'appliquer non plus seulement à l'économie, mais à un ensemble d'autres domaines des sciences humaines, à commencer par le domaine juridique (G. Becker, *The Economic Approach to Human*

Behavior, 1976). La science économique devenant totalisante, il devient possible d'extrapoler les axiomes de la science économique en vue d'une évaluation des systèmes juridiques.

C'est toutefois faire peu de cas de la dimension sociologique et anthropologique du droit : comme on l'a vu, la formalisation du Droit par le langage, la consécration de l'expression du peuple souverain, l'écosystème institutionnel dans lequel les individus se trouvent forment une limite à l'analyse objective du système de droit dans lequel on se trouve. L'analyse économique du droit se heurte alors à deux écueils, rarement soulignés par les tenants de la *Law and Economics* : le premier est naturellement un ethnocentrisme juridique et économique (qui conduit à considérer un modèle unique optimal pour tous les groupes sociaux et politiques, nonobstant leur culture politique, juridique, et économique), le second est une inversion dans la hiérarchie des valeurs visant à évaluer une norme. Sur ce dernier point, il faut rappeler que s'il est bien sûr important d'évaluer la validité d'une norme selon des critères d'efficacité économique, il est plus fondamental encore de respecter le consensus social dont la norme est la traduction. Plus précisément, par exemple, l'Etat peut prendre des dispositions normatives en vue de corriger un secteur économique, un marché, qui paraît déséquilibré, ou imparfait ; ces dispositions seront la traduction de la volonté nationale de voir tel marché fonctionner de telle manière, avant même de considérer une règle économique énonçant sa vision optimale de ce marché. Dans une hiérarchie des normes incluant plusieurs disciplines (droits fondamentaux, droit subjectifs, économie, etc.), l'analyse économique du droit et l'évaluation des normes particulières ou des systèmes juridiques dans leur ensemble sont soumis aux valeurs sociales décidées souverainement. En d'autres termes, l'outil qu'est l'analyse économique du droit ne saurait en aucun cas devenir la finalité à laquelle une valeur sociale doit se plier (on pense ici à l'un des fondateurs de la *Law and Economics*, R. Posner, affirmant que « *si les enjeux son assez élevés, la torture est admissible* », *The New Republic*, 2 septembre 2002 : il s'agit là d'un calcul d'utilité valide sur un plan économique, mais il s'agit d'abord d'une valeur sociale –l'intégrité de toute personne humaine– qui est en débat).

Les conditions de l'évaluation des systèmes juridiques sont donc très limitées : certes, il y a une nécessité évidente de recourir à la science économique afin d'optimiser les décisions politiques ; toutefois, il y a un danger immédiat à ce que des décisions découlant de la science économique (ou de quelque autre science en général) s'imposent au politique, en ce qu'il est la traduction de la volonté souveraine.

Ce texte reprend, dans ses lignes principales, le contenu de propos tenus lors de la VIème Ecole internationale d'études pratiques des jeunes juristes-chercheurs et des professionnels du droit, au sein de l'Institut de législation et de droit comparé auprès du gouvernement de la Fédération de Russie, et méritant par ailleurs d'être approfondis, nuancés, ou renforcés. A cet égard, la Fondation du droit continental et l'université Paris-Dauphine n'entendent leur donner ni approbation ni improbation.

Jean-Romain FAYARD,

Avocat au barreau de Paris ; Université Paris-Dauphine