

Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes¹

Benoît FRYDMAN

Directeur du Centre de Philosophie du Droit
de l' Université Libre de Bruxelles

Nul doute que la perception des rapports qu'entretiennent ou devraient entretenir le droit et l'économie ne soient actuellement soumise à de substantielles révisions. Parmi les facteurs qui contribuent à la prise de conscience d'un changement, on peut citer trois phénomènes convergents, sinon cumulatifs. D'abord, le constat, déjà ancien, mais confirmé avec une intensité croissante, de la prééminence de la sphère et donc de la logique économiques dans nos sociétés contemporaines. Ensuite, l'observation plus récente, mais de moins en moins contestable, d'une perte d'influence de l'autorité politique, ou du moins d'une incapacité relative des institutions étatiques à peser, de manière durable et efficace, sur le cours de la production, des échanges et de la répartition des biens et des richesses. Enfin, l'idée de "mondialisation", désormais largement diffusée dans le public, qui a contribué, malgré le flou conceptuel qui l'entoure, à mettre en évidence, de manière spectaculaire, l'étonnant *hiatus* entre des activités économiques qui se développent sur une échelle régionale, voire mondiale, et des réglementations juridiques, qui demeurent rattachées, pour une large part, à l'empire et au territoire de l'Etat-nation.

¹ Cet article reproduit le texte publié par l'auteur, sous le même titre, dans l'ouvrage collectif *Le droit dans l'action économique*, publié sous la direction de Thierry Kirat et de Evelyne Serverin (Paris, CNRS éditions, 2000).

Parallèlement, des efforts théoriques importants sont consentis pour expliquer, évaluer, légitimer ou critiquer, en tout cas repenser les relations entre l'économique, le politique et le juridique, telles qu'elles avaient été plus ou moins stabilisées dans le paradigme de l'Etat-providence. On est frappé par le caractère transdisciplinaire de ces développements qui touchent à l'analyse économique, à la sociologie, à la théorie politique et à la philosophie du droit. Plusieurs versions différentes de *théories globales* de la société voient ainsi le jour, qui se livrent concurrence sur le marché des idées. Ces débats sont importants dans la mesure où ils problématisent l'image que les sociétés contemporaines cherchent à se donner d'elles-mêmes. Il s'agit sans doute aussi d'une entreprise de légitimation, qu'il n'est pas interdit de qualifier d'idéologique, mais qui a son importance, en particulier dans la sphère juridique, pour les institutions qui édictent et mettent en œuvre la règle de droit.

Je présenterai, de manière synthétique, trois approches théoriques distinctes : l'analyse économique du droit ; la théorie des systèmes autopoïétiques de Niklas Luhmann et la philosophie du droit de Jürgen Habermas. Ces théories, aux prémisses souvent fort éloignées, et dont les partisans s'affrontent en polémiques souvent intenses, nous paraissent cependant, de manière quelque peu étonnante, livrer des éclairages plus complémentaires que contradictoires sur le thème qui nous occupe des nouveaux rapports entre économie et droit.

I. - L'analyse économique du droit

Dans la mesure où ce colloque leur a été presque intégralement consacré et où elles nous sont donc le mieux connues, nous pouvons réserver aux thèses de l'analyse économique du droit, un traitement succinct. Encore faut-il rappeler, une fois encore, que, sous le nom générique de *Law & Economics*, se côtoient en réalité plusieurs courants très divers dont les opinions sur la fonction économique du droit varient considérablement. On connaît, par exemple, les controverses qui opposent la théorie néoclassique de l'équilibre général et les partisans de Hayek et de la théorie de l'ordre (Garelli, 1995) ou encore, les interprétations contradictoires persistantes du théorème fondamental de Coase (Kratz, 1998).

Quoiqu'il en soit, les travaux d'analyse économique du droit ont en commun d'appliquer des concepts issus de la science économique, ou développés par elle, à des phénomènes juridiques. *La règle de droit est ainsi observée à travers le prisme de l'économie*. Cette perspective est souvent riche d'enseignements. On apprend pourquoi et comment la Common Law sélectionne des décisions économiquement efficaces ; on mesure l'efficacité économique relative des diverses règles du droit des contrats ou de la

responsabilité ; on anticipe, en recourant à la théorie des jeux, les modalités de négociation et de règlement transactionnel des litiges.

Ces analyses, descriptives et prédictives, glissent souvent insensiblement vers une approche normative qui tend à orienter l'élaboration et l'interprétation des règles générales, la solution des litiges particuliers, voire les actes individuels, vers une efficacité optimale. Ce glissement expose l'analyse économique à l'accusation, sérieuse dans le monde anglophone, de *naturalistic fallacy*, c'est-à-dire de violation de la loi de Hume aux termes de laquelle d'un "est", on ne peut déduire un "doit"². Cette tendance paraît cependant peu évitable, dès lors que "ceux qui prétendent que l'efficacité économique fournit la meilleure explication d'un ordre juridique sont contraints d'y voir un idéal moral attirant, suffisamment attirant du moins pour que sa mise en œuvre justifie le recours à l'autorité politique"³ (Coleman et Lange, 1992, II : xxi).

Les analyses économiques de phénomènes juridiques, qu'elles soient descriptives ou prescriptives, ne concernent pas forcément ni directement, remarquons-le, les rapports entre le droit et l'économie. Toutefois, en traitant la norme juridique, au moyen d'une grille de lecture économique, le plus souvent sous l'angle de *l'efficacité*⁴, on prépare utilement le terrain à une étude transdisciplinaire évaluant l'incidence des règles juridiques sur l'organisation et les performances de l'économie.

La perspective épistémologique propre à l'analyse économique du droit a dès lors pu conduire certains de ses partisans les plus convaincus à *réduire* l'ensemble des phénomènes juridiques à des facteurs économiques. Ces auteurs sont ainsi amenés à nier, ou du moins à occulter, toute forme *d'autonomie* du droit et, au delà encore, toute autonomie du politique. Dans cette perspective, la dimension spécifiquement normative de la règle de droit est perdue et remplacée par une approche purement factuelle, en termes d'incidence. La norme juridique n'est plus alors envisagée que de manière *instrumentale*, comme un outil qui doit être mobilisé au service d'objectifs définis en termes économiques, tels la maximisation des

² "No 'ought' form an 'is' " (Hume, 1739 : III, 1,i).

³ Notre traduction. - voir aussi, sur cette question, Frydman (1997).

⁴ Sur cette notion, voir en détail Coleman (1980), Centi (1987), Posner (1992) et Kirat (1998 - 2).

richesses ou l'allocation optimale des ressources⁵. L'ordre juridique dans son ensemble est placé sous la *dépendance fonctionnelle* du système économique. La réglementation juridique apparaît désormais comme un sous-ensemble inclus dans l'ensemble plus large des mécanismes de régulation du système économique.

Cette présentation assez radicale des relations entre économie et droit, sur le mode du principal et de l'accessoire, n'a pas, l'on s'en doute, la faveur des juristes, en particulier continentaux, qui ne manquent jamais l'occasion de la stigmatiser. Il n'en demeure pas moins, *qu'en pratique*, cette approche a conquis d'importantes positions, notamment au sein des organisations économiques internationales et supranationales. A la faveur du mouvement de dérégulation qui accompagne le phénomène et le discours de la mondialisation, la légitimité des règles de droit, spécialement étatiques et infraétatiques, se trouve de plus en plus souvent et de plus en plus ouvertement, mesurée à l'aune de ses performances économiques. En d'autres termes, des règles juridiques internes sont contestées, invalidées ou démantelées, au motif qu'elles exercent un effet jugé néfaste sur le développement des échanges transnationaux.

On citera, par exemple, la déréglementation des marchés financiers imposée en Europe, en 1990, dans le mouvement plus général de la mondialisation financière ou encore, la dérégulation imposée plus récemment, au 1^{er} janvier 1998, par l'Union Européenne en matière de télécommunications, accompagnant ici encore un mouvement planétaire. On peut évoquer aussi la procédure complexe mais contraignante mise en place au sein de l'O.M.C. pour lever les obstacles notamment réglementaires au commerce international⁶. On notera encore les programmes du F.M.I. qui conditionnent les aides financières aux pays en développement ou "en transition" (c'est-à-dire ex-communistes) à la suppression de certaines législations entravant le libre-échange. On peut mentionner enfin le projet d'accord multilatéral sur l'investissement (A.M.I.), qui vise à protéger les investisseurs étrangers contre les conséquences des modifications de la législation interne, en soustrayant en outre les litiges relatifs aux contrats d'Etat aux juridictions étatiques, pour les confier exclusivement à l'arbitrage international.

⁵ L'analyse économique partage cette conception instrumentale avec l'utilitarisme (Strowel, 1992) ainsi qu'avec la *Sociological Jurisprudence* (Frydman, 1997-2, pp.105-109).

⁶ Voyez notamment les affaires en cours du bœuf aux hormones américain et du soja transgénique.

Les effets de cette politique convergente des organisations internationales, économiques et financières sont en outre amplifiés par la *dérégulation compétitive* à laquelle échappent de plus en plus difficilement les Etats soucieux d'attirer les investissements et les capitaux, afin de stimuler la croissance et l'emploi, et réduits pour ce faire à alléger le poids des contraintes juridiques de tous ordres qui pèsent sur les agents économiques.

Nous avons qualifié ailleurs de *droit naturel économique* la conception des rapports entre droit et économie qui prévaut dans ce nouvel environnement mondialisé (Frydman et Haarscher, 1998). Le marché y est perçu comme l'état naturel d'organisation de la société. Il représente à la fois un fait, une norme et une valeur. Un fait, parce que sa réalité s'impose de manière aussi universelle qu'inéluctable (surtout depuis la chute des régimes communistes) ; une norme, car le bon fonctionnement des marchés requiert certaines règles et institutions fondamentales (le droit de propriété, *pacta sunt servanda*, l'autonomie de la volonté, la libre concurrence, etc.) qui constituent précisément le droit naturel économique ; une valeur, enfin, car le marché est censé conduire, selon la théorie de l'équilibre général du moins, à une situation d'équilibre qui correspond à un *optimum* de Pareto.

Une telle vision du monde n'est pas sans rappeler l'Ecole du droit naturel moderne et les physiocrates, qui en sont issus, par sa description d'un ordre tout à la fois fondé sur la nature des choses et chargé d'une normativité intrinsèque universelle et nécessaire⁷. Les vues de Hayek sur le Droit s'inscrivent bien dans la ligne du courant jusnaturaliste. Il s'y ajoute, chez les partisans de l'équilibre général, une dimension utilitariste, que préfigure " le meilleur des mondes possibles " de Leibniz.

La légitimité des règles juridiques positives est subordonnée à leur conformité aux principes du droit naturel économique. Ces principes sont fondés dans la nature des choses puisqu'ils expriment les conditions nécessaires et souvent suffisantes au fonctionnement du marché, fondement de l'ordre social et moteur de l'accroissement des richesses et du bien-être. Le droit trouve donc dans l'économie de marché, tout à la fois, son fondement, sa raison d'être et son but. Sa fonction consiste principalement à conforter les règles de l'échange marchand et, exceptionnellement, à en corriger les dysfonctionnements.

⁷ Sur les rapports étroits entre les physiocrates, spécialement Quesnay, et l'Ecole du droit naturel moderne : v. Larrère, 1992.

II. - Les systèmes autopoïétiques de Luhmann ⁸

La démarche théorique de Luhmann se situe, en apparence, à l'opposé de la *fusion des horizons* à laquelle aboutit l'analyse économique du droit ⁹. Luhmann se fonde en effet sur le constat de la *différenciation fonctionnelle* des sociétés modernes (Guibetif, 1993, p.17). A l'intérieur du système social global émergent plusieurs sous-systèmes spécialisés dans l'accomplissement de tâches spécifiques. Le système social a pour fonction générale la *réduction de la complexité* (Amado, 1989). Face aux combinaisons incertaines et multiples des interactions possibles, dont le nombre croît au fur et à mesure de la croissance de la société elle-même, l'ordre social structure des attentes de comportement, en particulier en canalisant les communications dans des schèmes formels en nombre limité.

Au sein du système social, le sous-système juridique a pour fonction spécifique de renforcer et de stabiliser les *attentes normatives* de comportement. Les attentes *normatives* se distinguent des *attentes cognitives* par la réaction qu'elles provoquent en cas de déception (Luhmann, 1986, pp.172-3). Un scientifique qui observe un fait aberrant, décevant donc son attente, s'emploiera normalement à modifier sa théorie et donc à réviser cette attente. De même, un chef d'entreprise, qui voit sa stratégie commerciale échouer, sera en principe conduit à faire évoluer celle-ci. Bref, les attentes cognitives sont révisées en cas de déception par l'expérience. Par contre, les attentes normatives se maintiennent en cas de déception. Paradoxalement, leur violation dans les faits renforcent l'attente. Par exemple, un cocontractant lésé, qui constate une violation de la convention par sa contrepartie, s'attend à ce que celle-ci corrige son comportement et, à défaut, peut tenter d'obtenir sa condamnation en justice.

⁸ L'œuvre de Luhmann compte plusieurs centaines de références, articles et ouvrages de synthèse. Dans le cadre de cette présentation introductive, nous nous sommes limités essentiellement aux sources (peu nombreuses) disponibles en français, soit essentiellement l'article sur "L'unité du système juridique", publié aux *Archives de philosophie du droit* (1986) et le numéro spécial de la *Revue Droit et société* (n°11-12, 1989), dont une version enrichie a été publiée aux P.U.F. sous le titre *Niklas Luhmann, observateur du droit* en 1993. Il ne sera pas fait référence ici aux travaux de G. Teubner, qui se rattache à la fois à l'autopoïèse et à certains travaux d'Habermas. Ce choix s'est imposé afin d'éviter la confusion que ne manquerait pas d'occasionner la juxtaposition de trop de paradigmes différents dans le cadre forcément limité de la présente étude.

⁹ Luhmann n'ignore pas l'analyse économique du droit qu'il considère comme la seule théorie américaine : "C'est d'ailleurs la première fois que les Américains vivent la théorie, avec ou sans frissons... dans le domaine juridique, dans les *Law Schools*" (Luhmann 1989, p.214).

Les attentes normatives manifestent donc une capacité de résistance peu commune (Luhmann, 1989, p.56). On a ainsi pu dire que le système juridique protège ceux qui se refusent à apprendre et à adapter leur comportement aux évolutions des faits.

Dans le cadre de nos sociétés complexes coexistent donc plusieurs systèmes : l'économie, le droit, l'appareil politico-administratif, mais aussi la science, l'éducation, la religion, etc. Ces sous-systèmes se caractérisent par leur *clôture* et leur *autoréférentialité*. Selon la théorie des systèmes, le système se repère par la distinction entre un dedans et un dehors, un intérieur et un extérieur, le système et son environnement. A la limite, le système est la différence avec son environnement (Guibentif, 1993, pp.18 et 24).

La clôture entre les différents sous-systèmes s'opère de manière *sémantique*. Pour Luhmann, le système social global, comme les sous-systèmes qui se forment en son sein, se compose exclusivement de communications. Chaque système met au point un *code binaire* qu'empruntent nécessairement toutes les communications du système (Luhmann, 1986, p.179 ¹⁰). L'économie référerait ainsi toutes ses opérations au code du *payé/non payé*, ou encore *avoir/n'avoir pas*. Le système juridique comprend, quant à lui, toutes les communications qui utilisent le code *licite/illicite (Recht/Unrecht)* ¹¹. L'usage du code permet de distinguer clairement les communications du système de celles qui lui sont étrangères.

Ainsi, le système juridique ne comprend (au double sens du terme) que les propositions qui se réfèrent à la licéité. Il s'ensuit que toutes ces communications sont nécessairement autoréférentielles puisqu'au bien elles se réfèrent au système juridique, c'est-à-dire à l'ensemble des communications juridiques qui déterminent le licite et l'illicite. De même, le système juridique est clos dans la mesure où il regarde comme extérieures toutes les communications qui n'empruntent pas le code du droit. Ces communications relèvent non du système mais de son environnement. En théorie des systèmes, cette communication extérieure s'appelle un *bruit*.

Soit par exemple la phrase : " X a payé 10 à Y ". Cette proposition n'a pas de portée juridique car elle ne réfère pas encore au code du droit.

¹⁰ Adde, Guibentif, 1993, p. 43 et Luhmann, 1989, p.56.

¹¹ La traduction française n'est pas fixée. Certains proposent juste/injuste, qui nous paraît trop large ; d'autres, légal/illégal, qui nous paraît cette fois trop strict.

Elle peut cependant être traduite, par une qualification adéquate, dans le code propre à ce système. Elle deviendra alors par exemple : “ X a exécuté licitement ou non le contrat conclu avec Y ”. On voit ici qu’une communication procédant d’un système peut être *traduite* dans un autre code et donc intégrée à un autre système. Toutefois, la traduction ne laisse jamais intacte la communication mais l’oblige au contraire à s’inscrire dans la logique propre au système intégré.

Chaque système social a les autres systèmes pour environnement. Par exemple, l’économie participe de l’environnement du droit et lui est donc extérieure. Pareillement, le droit participe de l’environnement de l’économie. Chacun des deux systèmes communique en vase clos, de manière suiréférencielle ¹². Cela ne signifie pourtant pas que le système reste sourd à son environnement. Il peut être à la fois clos et ouvert. En fait, *le système est ouvert parce qu’il est clos* (Luhmann, 1989, p.56).

La référence au concept de l’*autopoïèse*, développé par Mataruna et Varela, dans le domaine des sciences du vivant, permet de mieux expliquer cette thèse intuitivement difficile. Les systèmes vivants sont des systèmes clos qui ne communiquent pas avec leur environnement et que guide le souci exclusif de leur conservation et de leur reproduction. Cette clôture établie par rapport à leur environnement, qui est une condition de leur identité, ne fait pas obstacle mais au contraire permet à ces systèmes de développer un haut degré d’*adaptation* à leur environnement. Bien que le système s’autoprogramme, il s’adapte continuellement. Le système ne se conserve que par les opérations qui le reproduisent. Ces opérations sont sensibles aux *informations* en provenance de l’environnement. Si bien que la reproduction du système donne lieu à un changement continu, d’ailleurs contingent, mais toujours lié à la perpétuation du système lui-même ¹³.

Transposant ce concept au droit, Luhmann caractérise le système juridique autopoïétique à la fois par une *clôture normative* et une *ouverture cognitive*. Le système juridique est normativement clos “ par le fait que seul ce système peut conférer un caractère juridiquement normatif à ses éléments et par là les constituer comme éléments ” (Luhmann, 1986, p.173). Le système juridique détermine, spécialement par le moyen de règles de *procédure*, les propositions qui en font partie, par exemple, les énoncés qui font loi ou les décisions qui font autorité. Il transfère ainsi la normativité

¹² Le positivisme juridique est l’expression formelle parfaite de l’autoréférencialité du système juridique, puisqu’explicitement la règle entend se poser elle-même. Sur la différence avec le jusnaturalisme, v. Luhmann, 1986, p.176.

¹³ Voyez, plus en détail, Amado, 1989, pp.22-28 et Guibentif, 1993, p. 43.

vers de nouvelles propositions qui de ce fait l'intègrent. Le contenu du droit est ainsi continuellement modifié ou enrichi, cependant que le système lui-même est conservé et reproduit.

Dans le même temps, *le système juridique est cognitivement ouvert car il se programme lui-même pour être dépendant des faits*. La plupart des normes juridiques, observe Luhmann, sont formulées de manière conditionnelle. *Si tel et tel faits sont établis, alors telle norme s'applique* (Luhmann, 1986, p.173). En outre, le droit recourt à un certain nombre de mécanismes d'information lui permettant de modifier son programme sous la pression des faits. C'est ainsi que, tout en se différenciant de l'environnement social par son caractère normatif, il tente de rester en prise sur cet environnement par ces procédés cognitifs. Contrairement donc à ce qui avait été avancé plus haut, la mise en œuvre du droit n'exclut donc nullement le développement de processus d'apprentissage.

Venons en à présent spécifiquement aux *relations entre le droit et l'économie, considérés comme systèmes autopoïétiques*. Notons d'abord qu'il semble difficile d'étudier de manière dynamique les relations entre ces deux systèmes sans y associer un troisième : le système politique et administratif. Observant nos sociétés contemporaines, Luhmann reconnaît une prééminence au système économique¹⁴. Le droit, par contre n'a pas été immédiatement reconnu comme système autonome. Dans les premiers travaux de Luhmann, il est présenté comme une simple structure relevant du système politique (Guibentif, 1993, p.37). Il n'acquiert le statut de système à part entière qu'à partir de 1983 (Guibentif, 1993, p.31). Bien que Luhmann lui-même n'ait guère mis en évidence cette évolution, ce glissement dans les relations entre droit et politique induit des conséquences considérables. Le droit n'est plus désormais perçu comme un instrument d'action du politique. Il poursuit, de manière autonome, sa fonction spécifique de stabilisation des attentes normatives. Luhmann en vient à juger sévèrement le politique lorsqu'il asservit le droit à sa propre fonction de légitimation, par exemple, en promulguant des lois ou des règlements à effet d'annonce, des déclarations grandioses mais creuses car dénuées de toute effectivité. De tels discours n'ont d'autre effet que de perturber l'équilibre du système juridique, qui est amené dès lors à se défendre contre elles.

Ainsi dissocié du politique, le droit se trouve, par un effet naturel de balancier, rapproché de l'économie. Plus exactement, le droit entretient

¹⁴ Luhmann a traité d'économie dans de nombreux travaux. C'est à ce système qu'il a consacré son premier ouvrage de synthèse *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp, 1990.

désormais avec le politique et l'économie, comme avec d'autres systèmes d'ailleurs, des rapports homologues. De par sa mission de stabilisation des attentes de comportement, le droit a vocation à *consolider* les mécanismes nécessaires au fonctionnement des autres systèmes (Guibentif, 1993, p.41). Pour mener à bien cette mission, le droit doit rester en prise sur son environnement et donc pouvoir *s'adapter* rapidement aux évolutions des autres systèmes.

Toutefois, si le droit change trop rapidement, les normes juridiques perdent leur crédibilité et n'assurent plus leur fonction de stabilisation. Dans une société à transformation accélérée, le système juridique est donc confronté à un *dilemme* : soit s'adapter en temps réel au risque de perdre sa crédibilité, soit se stabiliser au risque de perdre le contact avec l'environnement mouvant. Une solution de compromis, mise au point par le système juridique lui-même pour se sortir de ce dilemme, consiste à développer des *mécanismes de couplage structurel* (Guibentif, 1993, pp. 36 et 47). Le terme de "couplage" recouvre des institutions juridiques de formes très diverses, qui auraient pour fonction spécifique de faciliter l'impact des autres systèmes sur le droit. Par exemple, la Constitution et la procédure judiciaire de contrôle de la constitutionnalité des lois assureraient le couplage entre droit et politique.

Le *couplage du droit et de l'économie* est quant à lui assuré par plusieurs outils différents, mais équivalents d'un point de vue fonctionnel. Une première voie peut consister à subordonner l'application des normes juridiques à une *conditionnalité forte*. Le droit peut, dans cette option, décider de lier l'application de certaines règles à des paramètres purement économiques. Dans cette perspective, le droit peut également limiter volontairement son domaine d'action et choisir de n'intervenir que subsidiairement aux mécanismes d'autorégulation de l'économie. L'évolution de la jurisprudence des tribunaux américains en matière de droit de la concurrence s'inscrit décidément dans cette première option (Kirat, 1998).

Une autre option, souvent relevée par Luhmann et ses commentateurs ¹⁵, consiste à transformer la composante conditionnelle des normes juridiques en une composante *téléologique*. En d'autres termes, il s'agit de lier explicitement l'application de certaines règles à l'accomplissement d'un but déterminé, à la mesure des *intérêts* en présence, pour faire prévaloir le plus important ou imposer une certaine balance. Nous assistons, depuis quelques temps, à la montée en force de cette *jurisprudence des intérêts*, dont le principe, élaboré par l'Ecole

¹⁵ Luhmann, 1993, p.60 ; Guibentif, 1993, p.47 ; Amado, 1989, p.38.

sociologique au début de ce siècle, a été corrigé dans ses modalités et précisé dans ses critères de mesure par l'analyse économique du droit. Il n'est que de constater l'ascension, apparemment irrésistible, du *principe de proportionnalité*, spécialement au sein des cours suprêmes et des hautes juridictions européennes. Si ce mécanisme de couplage accroît indéniablement, de manière sensible, *l'élasticité* du droit notamment par rapport à l'économie, il n'obtient toutefois ce résultat qu'au prix d'une *relativisation généralisée* des droits, dont le poids spécifique se trouve à chaque fois réduit à l'intérêt variable de celui qui s'en prétend titulaire ¹⁶.

Il ne faut cependant pas se limiter, dans la perspective de Luhmann, à envisager, de manière *unilatérale*, l'adaptation du droit aux évolutions de l'économie. Il faut également considérer les mécanismes par lesquels l'économie s'adapte aux évolutions du système juridique, qui participe également de son environnement. A cet égard, il n'est pas absurde de ranger les travaux d'analyse économique du droit parmi ces mécanismes, puisqu'en effet de telles études contribuent à traduire dans le code économique le "bruit" des communications juridiques, notamment en calculant l'incidence économique de l'application des règles de droit.

Au total, la théorie des systèmes de Luhmann offre une description plus complexe mais aussi plus subtile des relations entre droit, économie et politique. Si elle montre que le droit est et *doit être* étroitement et structurellement relié aux systèmes qu'il contribue à consolider, elle indique aussi que les relations établies entre les systèmes ne peuvent en aucun cas emporter la *réduction d'un système à un autre*. Si les changements observés dans un système provoquent des changements en chaîne dans les autres systèmes environnants, de telles influences s'analysent plus adéquatement en termes de *résonance* que de rapport de cause à effet (Amado, 1989, pp.29-30). Si chaque système s'observe lui-même en même temps qu'il observe son environnement et donc les autres systèmes, *aucun ne peut prétendre développer une perspective privilégiée sur les autres systèmes*. Il n'existe pas de *bonne lecture* de la société dans son ensemble, qu'elle soit économique, juridique ou politique. Dans la société polysystémique où nous vivons, il n'y a ni sommet ni centre mais une pluralité d'approches qui se répondent et s'interpénètrent. Voilà pourquoi Luhmann condamne fermement toute visée hégémonique d'un système sur les autres. Dans cet esprit, il a critiqué la volonté affichée par l'Etat-providence de réguler tous les autres systèmes, en particulier l'économie, tout en annexant le droit à sa disposition exclusive (Amado,

¹⁶ Cette question est au centre du débat qui a opposé Dworkin au tenant de *Law & Economics*. Dworkin défend, depuis *Taking Rights Seriously*, une conception absolutiste des droits-atouts, détachée de l'intérêt en cause.

1989, p.44). La même démarche le conduit à rejeter l'entreprise théorique des partisans les plus radicaux de *Law & Economics* lorsqu'ils prétendent réduire purement et simplement le droit à des facteurs ou à des objectifs définis en termes économiques. En définitive, la théorie des systèmes autopoïétiques, en se refusant à toute entreprise réductionniste, illustre bien comment chaque système, tout en restant centré sur sa thématique propre, subit nécessairement l'influence de son environnement, ce qui déclenche des changements au demeurant largement imprévisibles.

III. - Habermas : la médiation ambivalente du droit ¹⁷

Habermas, d'accord avec Luhmann, diagnostique l'émergence, au sein des sociétés modernes, de sous-systèmes autonomes. Pour lui, ces systèmes sont essentiellement l'économie et l'administration (cette dernière incluant le gouvernement et la participation). Chacun de ces "systèmes d'intégration" obéit également à un code spécifique, qu'Habermas nomme *médium*. La sphère économique a pour médium *l'argent*. Le *pouvoir* est le médium propre au système administratif.

Les deux systèmes permettent, et même imposent, aux acteurs qui s'y engagent, à savoir les *agents économiques* pour l'un, les *gouvernants/és* pour l'autre, le recours à une *rationalité stratégique*. Ainsi, les agents économiques sont-ils délestés du poids des considérations relatives au bien fondé de leur comportement, aux fins dernières de leurs actions, au bien commun à atteindre, et même, en dernière instance, de tout souci d'autrui. Les acteurs économiques sont autorisés, et même encouragés, à envisager leurs actes sous le seul angle du *succès* escompté, le critère du succès étant lui-même assigné par le système. C'est aussi le système lui-même qui, assurant la régulation des opérations qui s'y déroulent, est sensé prendre en charge, de manière globale, l'objectif du bien commun ou de l'intérêt général. Cette formule ne fait que traduire la maxime libérale selon laquelle l'égoïsme rationnel doit finalement conduire à l'allocation optimale des ressources, par les soins de la "main invisible".

Il revient au droit, dans sa dimension *institutionnelle*, de créer les structures et les règles nécessaires au fonctionnement des systèmes autonomes du marché et de l'appareil d'Etat. Cependant, outre qu'il ne réduit pas le rôle du droit à cette fonction instituante, Habermas se distingue de Luhmann en tant qu'il ne fait pas du droit un système autopoïétique mais au contraire un médiateur, une sorte de *courroie de transmission*.

¹⁷ Les développements qui suivent se fondent essentiellement sur le dernier ouvrage majeur en date de Jürgen Habermas, consacré à la philosophie du droit : *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

C'est que, selon Habermas, la société ne se réduit pas à la juxtaposition de systèmes autoréférentiels. Il existe, ce que Luhmann a fortement contesté dans le débat opposant les deux philosophes, un *à côté* ou un *en dehors* des systèmes. Habermas nomme *monde vécu* (*Lebenswelt*¹⁸) ce flux de communications qui résiste et échappe à toute systématisation. Le monde vécu, précisément parce qu'il est rebelle au système, se laisse difficilement définir. C'est un "tissu composé d'actions communicationnelles" (Habermas, 1997, p.381). Il forme à la fois le texte et le contexte des échanges culturels. Il représente donc à la fois le contenu et le support des conversations courantes, du mouvement des discours et des idées.

Le monde vécu, s'il ne forme pas un système, utilise cependant un médium, qui correspond à sa nature non spécialisée : *le langage ordinaire*. Le prototype des communications qui le composent est tout simplement la conversation courante. Pour Habermas, ces échanges quotidiens se distinguent fondamentalement des communications qui empruntent les canaux spécialisés de l'argent et du pouvoir en tant qu'ils obéissent non à une rationalité stratégique, instrumentale, orientée vers le succès, mais bien à une *rationalité communicationnelle* orientée vers *l'entente*. Deux personnes qui dialoguent dans le cadre de la vie courante ne sont pas, du moins la plupart du temps, exclusivement ni même principalement mues par la poursuite de quelque intérêt. Ils échangent des idées ou des expériences, dans le but de se convaincre ou de construire une sorte de monde commun. Comme l'a dit Michel Serres, la conversation, l'échange de savoir est un *jeu où tout le monde gagne*. Celui qui donne l'information ne s'en trouve pas pour autant dépourvu (mais bien privé de la possibilité d'exploiter celle-ci à son profit exclusif). La logique de la communication ne saurait donc sans déformation être réduite, comme c'est pourtant souvent le cas¹⁹, à un échange commercial d'informations.

La rationalité communicationnelle joue un rôle clé dans la philosophie d'Habermas dans la mesure où elle est à la fois nécessaire à *l'intégration sociale* et à la source de la *légitimité normative*. Les membres d'une société ne peuvent coexister qu'à la condition de se mettre d'accord sur des normes de conduite communes, permettant de stabiliser certaines

¹⁸ La traduction de ce terme, qui appartient à la tradition philosophique allemande depuis au moins Hegel et Marx, est malaisée. Les traducteurs hésitent entre "monde de la vie" et "monde vécu". Nous nous rallions à cette dernière option.

¹⁹ Notamment dans les considérations à portée juridique ou régulatrice relatives aux réseaux et aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (Frydman 1997-3, pp. 298 s.).

attentes de comportement. Or, dans les sociétés post-métaphysiques, où coexistent plusieurs ordres de valeurs, la raison ne peut prétendre déterminer *directement* le contenu des normes justes. Son rôle, limité mais néanmoins fondamental, consiste à établir des *procédures* de nature à garantir que les normes en vigueur auront été adoptées à l'issue d'une *discussion libre et transparente, menée selon la loi du meilleur argument, tendant idéalement à l'accord de tous les participants*. Habermas replace ici le *principe démocratique* au fondement de la légitimation de l'ordre juridique.

Bien entendu, il est impossible de soumettre l'ensemble des règles à la discussion publique de tous les citoyens. Un système juridique reposant sur une communication totalement libérée serait immédiatement *engorgé* et par là même inefficace. L'efficacité commande dès lors *l'institutionnalisation* des discussions relatives, tant à l'élaboration des normes (institution parlementaire), qu'à leur application à des cas litigieux (institution judiciaire). La validité des normes et des décisions prises par ces institutions demeure pourtant conditionnée au respect des règles de *l'éthique de la discussion*.

Dans ce schéma, on le voit, l'ordre juridique, dans sa dimension institutionnelle, est distingué du système administratif, comme d'ailleurs du système économique. Il ne forme cependant pas un système autonome dans la mesure où il puise ses racines et ses ressources directement dans le monde vécu avec lequel il demeure d'ailleurs en contact étroit.

En effet, les institutions de la démocratie représentative *ne dessaisissent en rien* les simples citoyens de leurs compétences délibératives. Ceux-ci n'ont pas troqué sans reste la souveraineté que leur confère le contrat social contre un bulletin de vote. Dans son projet de *démocratie radicale*, Habermas reconnaît à *la participation citoyenne* une place et une valeur irremplaçable. Il entend combattre *le déficit démocratique* imputable à l'Etat libéral et aggravé encore par l'Etat social, en remettant à l'honneur les principes fondateurs du contrat social moderne.

Concrètement, la *société civile* intervient dans le processus d'élaboration et même d'application des lois. Par société civile, on entend, conformément à l'usage courant, les acteurs sociaux considérés non comme des agents économiques ou comme des administrés mais en tant que membres de la société et citoyens. La *publicité* des débats parlementaires est destinée à permettre aux citoyens de prendre connaissance, via les médias, des délibérations parlementaires et de vérifier, à cette occasion, si leur point de vue est représenté, si tous les arguments pertinents sont exposés et si la décision finalement prise correspond bien à l'argument le plus convaincant.

La publicité déclenche ou, à tout le moins, peut déclencher, une participation effective des citoyens à travers les *espaces publics autonomes*. L'espace public est une partie du monde vécu, qui s'appuie sur la société civile. Habermas le définit " comme un réseau permettant de communiquer des contenus et des prises de position, et donc des *opinions* " (Habermas, 1997, p.387). L'espace public n'est ni une institution, ni une organisation, ni une structure, pas davantage un système. Il peut être représenté comme une *construction par étage* (Habermas, 1997, pp.392 et s.). Les niveaux inférieurs s'installent au cœur de la *sphère privée* : la famille, le voisinage, voire le bistrot de quartier sont les espaces de discussion élémentaires où se forment et s'échangent les premières opinions (Habermas, 1997, p.396). Aux strates plus élevées, correspondent les associations, comités d'action et autres, les divers organes de presse, qui sélectionnent les thèmes de discussion, clarifient les prises de position et canalisent les revendications vers les structures institutionnelles.

De manière globale, l'espace public n'est finalement rien d'autre que la société civile en tant qu'elle se structure, de manière souple, en espace de discussion. Il forme un vaste réseau de capteurs qui réagissent à la pression des problèmes internes à la société dans son ensemble (Habermas, 1997, p.325). Il présente la caractéristique d'être largement ouvert, illimité quant aux thèmes dont il peut se saisir ²⁰, accessible à tous car opérant sur le médium du langage ordinaire, rebelle à tout jargon spécialisé ²¹. Habermas le décrit encore comme " sauvage ", " anarchique " ²² mais aussi " mobile ", " méfiant ", " vigilant ", " bien informé " ²³. Il est enfin " poreux " et alimente de manière substantielle le système politique, qui doit impérativement demeurer ouvert sur le monde vécu et y puiser les ressources de sens qui nourrissent et justifient mesures et réformes ²⁴.

L'élaboration du droit en démocratie n'est donc pas, comme on l'a trop souvent décrit, le fruit exclusif des délibérations institutionnelles mais résulte du " jeu combiné " de ces délibérations et des opinions publiques informelles (Habermas, 1997, pp.323 et 398). A la faveur des débats et prises de position, des pétitions, des manifestations, voire, à l'extrême,

²⁰ Habermas, 1997, p. 340.

²¹ Habermas, 1997, p.387.

²² Habermas, 1997, p.333.

²³ Habermas, 1997, p.471.

²⁴ Habermas, 1997, p.379.

d'appels à la désobéissance civile, l'opinion publique pèse à la fois sur l'agenda, les discours et les décisions parlementaires. Si ce phénomène est bien connu et observé, le modèle habermassien présente l'originalité de l'intégrer au cycle officiel et légitime d'élaboration et de mise en œuvre du droit.

Le philosophe note au passage que la “ texture ouverte ”²⁵ des normes juridiques, due à leur formulation en langage ordinaire, souvent stigmatisée comme flou, équivoque, incertitude indépassable des règles, constitue en réalité une *qualité* importante, qui préserve le lien entre le droit et le monde vécu et permet, le cas échéant, la transmission des revendications de l'espace public via le canal juridique, tout en garantissant leur transformation en une forme obligatoire et effective. En d'autres termes, dans nos sociétés modernes, *le droit, et lui seul, se montre capable de relayer les aspirations de la société sous une forme à la fois compréhensible et contraignante auprès des systèmes spécialisés de l'économie et du pouvoir*. Le droit peut donc être une courroie de transmission entre le monde vécu, d'un côté, et le marché ou l'administration, de l'autre. Il n'y en a d'ailleurs pas d'autre. La société civile a besoin du *code juridique* pour imposer efficacement ses exigences aux systèmes économique et politique. Ceux-ci demeurent forcément sourds aux communications informelles du monde vécu, par exemple les appels, aussi répétés qu'inutiles, à “ l'entreprise citoyenne ” ou à “ une administration à visage humain ”. Le marché ne parle et ne comprend que le langage de l'argent ; l'administration, celui du pouvoir. Le droit, parce qu'il institue les règles nécessaires au fonctionnement de ces systèmes autonomes, a la capacité de *traduire* de tels appels en injonctions obligatoires, dont la violation peut être sanctionnée.

La question centrale est alors de savoir dans quelle mesure la société civile est susceptible et parvient réellement à transporter les conflits qui l'agitent de la périphérie vers le centre, à mettre en branle la machine politico-institutionnelle et finalement à modifier le cours du développement économique ou de l'action administrative ²⁶.

Le mérite d'Habermas consiste à ne pas se cantonner dans une utopie politique mais à tenter de mesurer, en sociologue, la capacité réelle d'intervention des espaces publics autonomes au sein de nos sociétés. Ce

²⁵ La notion de *open texture* a été développée par Hart (1961).

²⁶ Habermas, 1997, p.356.

changement de perspective ²⁷ conduit, au moins dans un premier temps, à des *conclusions pessimistes* qui soulignent le *rôle ambivalent* auquel se prête le droit. En effet, Habermas constate que, en temps normal, et dans la majorité des cas, le *cycle réel du pouvoir fonctionne en sens inverse du cycle officiel*, décrit dans nos constitutions. Concrètement, en ce qui concerne l'appareil politique, ce n'est généralement pas le parlement qui, se saisissant des aspirations populaires, impose sa loi aux administrations mais bien plus souvent, l'administration qui *s'autoprogramme*, fait relayer ses propres revendications par le gouvernement, qui impose au parlement une loi contraignante pour les usagers, tout en extorquant du public, par le biais des partis étatisés, une loyauté de masse (Habermas, 1997, p.361).

De même, et parallèlement, dans la logique du droit naturel économique décrite ci-dessus (*supra*, I.-), le système économique prétend non seulement s'autoréguler mais encore imposer ses propres réquisits, ses valeurs et ses règles de comportement à l'ensemble de la société, via le canal du droit. La philosophie habermassienne condamne ces manoeuvres, néanmoins souvent couronnées de succès, de *contamination* de la société civile par la logique économique, d'infiltration au delà de sa sphère de compétence à l'ensemble du monde vécu, et par voie de conséquence d'irruption de la rationalité stratégique et calculatrice dans le champ de l'activité communicationnelle.

En d'autres termes, le droit, qui constitue en principe le moyen privilégié d'expression et d'action de *l'autonomie politique* et donc *l'instrument de communication et de contrôle* dont la société est sensée pouvoir disposer afin de conserver une prise sur l'évolution des systèmes autonomes de l'économie et de l'administration, peut, en pratique, se transformer, comme il arrive souvent, en son contraire, c'est-à-dire en un *mode de colonisation et d'aliénation* de l'espace vécu par le marché ou le pouvoir administratif. On retrouve ici, transposé au droit, le thème de la *dialectique de la raison*, cher à Adorno et Horkheimer, la première génération de l'École de Francfort. Toutefois, dans l'optimisme réaliste d'Habermas, ce renversement d'un moyen d'émancipation en outil de domination et d'aliénation *n'est pas irréversible*. Plus précisément, la société civile peut regagner un poids prépondérant en cas de *crise*. Elle peut dans des situations exceptionnelles de mobilisation " inverser la direction

²⁷ Habermas s'explique longuement sur le parti pris épistémologique de combiner perspectives normative et descriptive dans le chapitre II de l'ouvrage : " Conceptions sociologiques du droit et conceptions philosophiques de la justice ", pp. 56-96.

des cycles de communication ²⁸” et “contraindre le pouvoir politique à mettre en œuvre le cycle officiel du pouvoir ²⁹”.

L’actualité récente nous offre plusieurs exemples de tels renversements, à des niveaux différents. En Belgique, la “marche blanche”, provoquée par l’affaire Dutroux et les dysfonctionnements de l’appareil policier et judiciaire, ainsi que, plus généralement, le mouvement de renouveau citoyen qui l’a suivie, ont imposé aux mondes politique et administratif de mettre en chantier des réformes structurelles, auxquelles ceux-ci répugnaient, même si les réformes finalement décidées ne vont pas toujours dans le sens préconisé par la majorité de l’opinion ³⁰. La vie politique française se caractérise par l’hypersensibilité et l’irritabilité de son espace public, qui fait régulièrement la preuve de sa capacité de mobilisation, que ce soit à l’occasion d’élections politiques majeures, de référendums, de grèves ou de manifestations spectaculaires, notamment récemment et à plusieurs reprises en faveur des “sans papiers”. Sur le plan européen, la crise de la vache folle, par exemple, a peut-être ouvert la voie à un renversement de la logique de décision de la Commission de Bruxelles, autrefois exclusivement inféodée aux impératifs fonctionnels économiques et administratifs.

Habermas note cependant que si un espace public mobilisé, vigilant et bien informé peut raisonnablement escompter servir de moteur à d’importantes réformes, il ne maîtrise que rarement sinon jamais le résultat de l’action qu’il a stimulée, ce qui expose la société civile à d’importantes déceptions face à l’action politique (Habermas, 1997, pp.407-8). D’un autre côté, lorsque le système politique s’émancipe par trop du monde vécu, ne se soucie plus de ses revendications, les normes juridiques qu’il édicte *perdent rapidement en légitimité et ne remplissent plus leur fonction d’intégration sociale*. Cette émancipation d’un pouvoir illégitime, autorisée par la faiblesse de la société civile, risque de faire sombrer le système politique, aspiré par des déficits de légitimité et de régulation qui se renforcent les uns les autres (Habermas, 1997, p.414).

²⁸ Habermas, 1997, p.408.

²⁹ Habermas, 1997, p.400.

³⁰ En particulier, en tant qu’elles visent à améliorer l’efficacité de l’action administrative par l’accroissement de ses pouvoirs plutôt que par le renforcement des procédures et des sanctions assurant le respect des lois au sein de l’administration. Suivant une lecture habermassienne, on constate, dans le chef du gouvernement, une erreur de diagnostic : il tente de résoudre en termes d’effectivité systémique un déficit de légitimité de l’action administrative, qui s’est émancipé des règles de l’Etat de droit pour se livrer à de pures querelles internes de pouvoirs.

Habermas insiste dès lors sur le *trésor* irremplaçable que recèle le monde vécu. Le sens est une ressource rare, facile à détruire, comme l'ont montré les totalitarismes au XXème siècle, mais longue à se régénérer et impossible à contrôler (Habermas, 1997, pp.386 et 392). Des espaces publics autonomes et forts représentent la garantie indispensable d'une bonne intégration sociale et sont, pour ce motif, indispensables au fonctionnement de la société en général et des systèmes économique et politique en particulier.

Dans la perspective du mouvement en cours vers la globalisation, Habermas plaide alors pour la reconnaissance, à côté du marché global, et en l'absence de réelles institutions de gouvernement supranationales, d'un *espace public global intégré*. Un tel espace, dont l'intégration est stimulée par le développement des nouvelles technologies de la communication, existe déjà, au moins en germe, et a commencé de faire sentir ses effets.

Ainsi, la publication récente, à l'initiative d'une association américaine, du projet d'accord multilatéral sur l'investissement (A.M.I.) a provoqué l'ajournement de négociations entre les représentants des gouvernements des pays de l'O.C.D.E., que l'on disait pourtant sur le point d'aboutir. De manière encore confuse, l'enchaînement des crises boursières auquel nous assistons semble conduire, en partie sous la pression des opinions publiques, en partie en fonction d'impératifs internes au système économique, les dirigeants politiques des grandes puissances et certaines institutions financières internationales, comme le F.M.I., à remettre en cause le dogme de la liberté absolue des mouvements de capitaux internationaux, indiscuté depuis la fin des années 80. L'issue de ces débats demeure fort incertaine et il est quasi impossible de mesurer la force réelle que représente aujourd'hui cet espace public universel. Il semble bien cependant qu'un tel espace fonctionne dès à présent et qu'il se pose, tantôt en auditoire attentif et critique, tantôt en espace de discussion alternatif, voire ouvertement contestataire, face aux cénacles d'experts économiques et politiques. Du dynamisme d'un tel espace public global et pluraliste dépendra, en tout cas, la possibilité d'infléchir les débats sur l'avenir de notre monde, de les soustraire à de pures logiques systémiques, pour leur donner une dimension plus citoyenne et une portée authentiquement politique.

IV. - Synthèse

Les trois schémas, dont nous avons esquissé les grandes lignes, se situent assurément dans des perspectives très différentes et souvent conflictuelles. Malgré les oppositions, ils s'accordent implicitement sur plusieurs points importants :

1. Ils reconnaissent tous trois au système économique un rôle prédominant dans nos sociétés.

2. Ils entérinent une distanciation de l'ordre juridique par rapport au système politico-administratif. Aucun n'accorde plus à l'Etat une place centrale. C'est là une grande innovation par rapport aux théories du droit du XIXème siècle et aux modèles liés au paradigme de l'Etat-providence.

3. L'ordre juridique est dès lors souvent situé à *égale distance* de l'économie et de l'administration. Les rapports qu'il entretient avec l'un et l'autre système sont en outre traités en parallèle et présentés comme plus ou moins homologues.

4. Enfin, l'accent est placé sur les relations entre les systèmes et, dans ce compartiment, le rôle éminent du droit est souligné.

Au delà de cette base commune, des divergences importantes apparaissent cependant dans la conception, descriptive et/ou normative des relations entre économie et droit :

1. Pour certains tenants radicaux de l'analyse économique du droit, l'ordre juridique a pour mission principale sinon exclusive de *diffuser* les impératifs économiques fonctionnels à travers la société toute entière.

2. Tout en insistant sur leur spécialisation fonctionnelle et thématique et la clôture des systèmes de l'économie et du droit, de même que sur l'inanité à vouloir réduire l'un à l'autre, Luhmann s'intéresse aux mécanismes de *couplage* par lesquels le droit se programme lui-même afin de s'adapter aux évolutions rapides des interactions économiques, tout en continuant à assurer sa fonction propre de stabilisation des attentes de comportement. Il montre que les effets de *résonance* que les changements économiques exercent sur l'ordre juridique, et *vice versa*, sont largement contingents et en tous cas non réductibles à un rapport de cause à effet.

3. Quant à Habermas, il souligne l'*ambivalence* de la *médiation* opérée par le droit entre le système économique et la société civile. Il montre, de façon nuancée, comment le droit, qui est officiellement sensé transformer les aspirations à l'autonomie politique notamment en réformes obligatoires pour le système économique, se renverse souvent en pratique, mais de manière contestable, en instrument de colonisation du monde vécu par la logique économique.

En définitive, les trois modèles mettent en avant le même problème central : celui de la *traduction* des données, des valeurs et des objectifs d'un système dans un autre, laquelle ne semble pouvoir s'opérer sans perte ni distorsions, mais qui demeure indispensable pour assurer la transmission des changements.

Références bibliographiques

- Amado, J.A. Garcia (1989), " Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann ", *Droit et société*, 1989, n° 11-12, pp. 15-51.
- Centi, J.P. (1987), " Quel critère d'efficacité pour l'analyse économique du droit ? ", *Droit prospectif - Revue de la recherche juridique*, pp. 455-473.
- Coase, R.H. (1960), " The Problem of Social Cost ", *The Journal of Law and Economics* III, pp. 1-44.
- Coleman, J. & Lange J., eds. (1992), *Law and Economics*, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth (2 vol.).
- Coleman, J. (1980), " Efficiency, Utility and Wealth Maximization ", *8 Hofstra Law Review*, pp. 509-551.
- Dworkin, R. (1980), " Is Wealth a Value ? ", *9 The Journal of Legal Studies*, pp. 191-226.
- Dworkin, R. (1994), *L'empire du droit*, Paris, P.U.F.
- Frydman, B. (1997), " Le calcul des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit ", *Structures, systèmes, champs et théories du sujet*, Paris, L'Harmattan, pp. 127-146.
- Frydman, B. (1997-2), " L'évolution des normes de scientificité en droit ", in *Normes de scientificité et objet des sciences sociales*, Paris, L'Harmattan, pp. 91-109.
- Frydman, B. (1997-3), " Quel droit pour l'internet ? ", in *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, pp.279-316.
- Frydman, B. et Haarscher, G. (1998), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz.
- Garello, P. (1995), " Présentation d'un débat fondamental en science économique et de ses implications pour les rapports entre droit et économie : théories de l'équilibre général ou théories de l'ordre ", *Droit Prospectif - Revue de la recherche juridique*, 1995, pp. 419-432.
- Guibentif, P. (1989), " Et Habermas ? Le droit dans l'œuvre de Jürgen Habermas. Eléments d'orientation ", *Droit et société*, 1989, n° 11-12, pp. 159-185.
- Guibentif, P. (1993), " Introduction ", in *Niklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, P.U.F., pp. 13-49.
- Habermas, J. (1997), *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard.
- Hart, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Hume, D. (1739), *A Treatise on Human Nature*.
- Kirat Th. (1998), " Economie et droit : de l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ", *Revue économique*, vol 49, n°4, pp.1057-1083.

- Kirat, Th. (1998-2), “ Le problème de l’efficacité du droit. Quelques notes pour introduire le débat ”, Document de travail, Séminaire Edouard Lambert de Droit et économie, Lyon, 23 janvier 1998.
- Larrère, C. (1992), “ Droit naturel et physioocratie ”, *Archives de philosophie du droit*, t. 37, pp. 69-88.
- Luhmann, N. (1986), “ L’unité du système juridique ”, *Archives de philosophie du droit*, t. 31, pp. 163-188.
- Luhmann, N. (1989), “ Le droit comme système social ”, *Droit et société*, 1989, n°11-12, pp. 53-66.
- Luhmann, N. (1993), Entretien avec P.Guibentif de 1991, in *Niklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, P.U.F., pp. 189-229.
- Luhmann, N. (1990), *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp.
- Posner, R. (1979), “ Utilitarianism, Economics and Legal Theory ”, 8 *The Journal of Legal Studies*, pp. 103-140.
- Posner, R. (1992), *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Little Brown.