

Les Cahiers de droit



EJAN MACKAAY, *L'analyse économique du droit. 1 : Fondements*, Montréal/Éditions Thémis et Bruxelles/Bruylant, 2000, 319 p., ISBN 2-89400-137-1 et 2-8027-1457-0.

Bjarne Melkevik

Volume 42, Number 2, 2001

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043641ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043641ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Melkevik, B. (2001). Review of [EJAN MACKAAY, *L'analyse économique du droit. 1 : Fondements*, Montréal/Éditions Thémis et Bruxelles/Bruylant, 2000, 319 p., ISBN 2-89400-137-1 et 2-8027-1457-0.] *Les Cahiers de droit*, 42(2), 339–340.
<https://doi.org/10.7202/043641ar>

EJAN MACKAAY, *L'analyse économique du droit. 1 : Fondements*, Montréal/Éditions Thémis et Bruxelles/Bruylant, 2000, 319 p., ISBN 2-89400-137-1 et 2-8027-1457-0.

L'École dite d'« analyse économique du droit » a fait des percées non négligeables dans les pays francophones durant la dernière décennie. Née aux États-Unis, dans les années 50, mais avec une histoire théorique plus ancienne, cette école a pris un essor fulgurant pour s'imposer en maître quant aux directions et au sens à attribuer aux législations publiques.

La responsabilité d'offrir un manuel destiné aux étudiants et surtout à ceux qui font des études de deuxième ou de troisième cycle s'imposait. Encore plus méritoire, le professeur Ejan Mackaay, de l'Université de Montréal, a entrepris de publier une introduction à ladite école d'analyse économique, d'abord avec l'ouvrage que nous présentons ici, qui traite des outils abstraits de travail pour faire l'analyse économique du droit, et ensuite dans un volume à venir, qui exposera l'analyse des institutions juridiques essentielles.

Lors de l'étude de l'École d'analyse économique du droit, il faut toujours garder en tête que celle-ci emploie le mot « droit » d'une façon symbolique ou métaphorique. Strictement parlant, au risque de passer pour rigoriste, nous pouvons bien souligner que cette école s'occupe d'une analyse des politiques législatives dans le domaine « juridique ». Autrement dit, il s'agit d'analyser comment les autorités politiques utilisent la législation pour programmer politiquement. La programmation politique, par l'entremise des lois, présuppose ainsi que le législateur ne fait pas des lois par pur plaisir, mais plutôt pour obtenir des effets aisément reconnaissables et quantifiables dans la société.

Nous voulons mettre en avant les deux positions privilégiées par l'École d'analyse économique du droit. La première consiste à se situer à côté du législateur (ou de n'importe quel concepteur de norme politique) pour vérifier théoriquement s'il peut obtenir

ou s'il a effectivement obtenu les effets désirés. En ce qui concerne la seconde position, il faut se placer en amont, ou temporellement en avance, du législateur et se demander quelle sera donc la bonne politique législative dans ce domaine ou à l'égard d'une problématique particulière. Dans les deux cas, c'est le modèle théorique qui fournit de façon abstraite les réponses dialectiques.

C'est ici qu'intervient le premier tome de l'ouvrage de Mackaay en exposant les outils intellectuels, ou plutôt les présupposées théories, qui doivent structurer de telles analyses. Précisons cependant qu'il n'existe aucune réflexion initiale ou critique chez Mackaay, car, en adoptant la position bien confortable de partisan, il n'a qu'à aller directement vers lesdits outils.

Mackaay conçoit quatre outils intellectuels, mais seul celui qui est décrit dans la première partie possède un statut fondamental. C'est en quelque sorte le paradigme fondateur de l'École de l'analyse économique du droit, soit le paradigme des « individus décideurs ». Bref, devant les normes politiques, ce sont finalement toujours les individus décideurs qui couronnent une législation politique par le succès ou par l'échec. Toute législation doit donc d'abord, d'une façon ou d'une autre, posséder la capacité de faire « bouger » les individus décideurs et, de ce fait, obtenir le « jugement » de fait des mêmes décideurs. C'est ici que l'auteur fait intervenir l'homme économique dans le rôle de l'individu décideur, à titre d'exemple parfait et observable, et surtout parce qu'il peut servir de modèle paradigmatique à l'individu décideur. Concrètement, Mackaay le fait en insistant sur la rareté (des ressources), le choix rationnel et l'incertitude accompagnant tout choix rationnel. Tout se résume en fin de compte dans la conception « économique » de la société humaine.

Les deuxième, troisième et quatrième parties, d'ailleurs très pédagogiques, du livre de Mackaay ne sont à vrai dire que des ramifications de la conception économique de la société humaine où l'auteur explicite plus précisément les outils intellectuels qui en

découlent. Dans la deuxième partie, il expose la théorie des jeux comme coordination entre les individus décideurs. La troisième partie est consacrée au paradigme de marché comme concrétisation et comme ultime juge des coordinations des individus décideurs. Et, enfin, dans la quatrième partie Mackaay se penche sur le risque et l'assurance à l'égard de la conception économique de la société.

Mentionnons qu'une bibliographie d'environ 50 pages représente un outil très précieux pour relire les thèses de Mackaay de même que pour aller plus loin. Notre seul bémol est ici le fait que l'auteur n'utilise pas suffisamment les ressources documentaires, insuffisantes mais tout de même existantes, en langue française.

Soulignons par ailleurs que l'École d'analyse économique du droit est très controversée. À l'égard de chacune des thèses de l'école, il existe déjà une littérature abondante. Cette école est aussi scindée en plusieurs sous-écoles qui se mènent des guerres fratricides. L'exposé de Mackaay a pourtant une saveur très œcuménique.

Pour notre part, nous formulons deux remarques critiques : la première concerne la valeur des arguments produits par une analyse économique du droit. En réalité, à plusieurs reprises, Mackaay semble croire que cette façon de produire un argument à propos de la législation (ou des normes établies par des autorités) possède beaucoup de

valeur et que le fait de mobiliser un modèle de rationalité abstraite fournit à ses arguments un effet plus grand et plus efficace que d'autres arguments ! Il doit pourtant être évident que si l'analyse économique du droit est un outil, comme l'affirme Mackaay, les arguments qui en découlent ne peuvent avoir qu'un statut bien faible et tout relatif à l'égard de l'ensemble des arguments qui peuvent influencer sur une législation démocratique.

Nous tenons aussi à insister sur le fait que l'École de l'analyse économique du droit a traditionnellement toujours eu tendance à se situer dans des ontologies du « droit ». En fait, elle prétend souvent qu'elle peut, grâce à l'analyse, se prononcer sur le « droit » comme « réalité ». Mackaay incline à suivre la même direction : peut-être est-ce dû au langage artificiel de la tradition.

En somme, voilà un livre que nous recommandons à tous les étudiants de deuxième ou de troisième cycle qui ont besoin d'un outil pour analyser des « normes publiques ». Cependant, afin d'éviter tout dogmatisme et pour équilibrer les choses, nous ne saurions trop leur conseiller de lire en même temps un ouvrage de sociologie juridique pour toujours avoir à l'esprit que, à côté d'un modèle théorique abstrait, les hommes et les femmes marchent dans la rue et les enfants jouent dans les parcs !

Bjarne Melkevik
Université Laval