

Les Cahiers de droit



Entre l'efficience de Justinien et la justice de Locke

Roderick A. Macdonald

Volume 41, Number 1, 2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043596ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043596ar>

[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 note

Macdonald, R. A. (2000). Entre l'efficience de Justinien et la justice de Locke. *Les Cahiers de droit*, 41(1), 171–184. <https://doi.org/10.7202/043596ar>

Article abstract

Today, the most important of our human relationships are typically cast as economic. National economies are subject to a number of different kinds of shocks (natural shocks, shocks resulting from political decisions, shocks resulting from technology. Governments are called upon to respond. Should they simply let the market take its course ? Should they intervene to slow down the pace of change ? Should they facilitate change ? Should they resist change at all cost ? One thing is certain : there is no response that is adequate to every situation. The appropriate response involves a careful balancing of efficiency concerns and concerns of social justice. We do ourselves a great disservice if we think that justice in the legal sphere can be reduced to the notion of efficient corrective justice. And we also do ourselves a great disservice if we think that justice in the economic sphere can be reduced to simple questions of wealth maximization.

Entre l'efficiencia de Justinien et la justice de Locke

Roderick A. MACDONALD*

Aujourd'hui, il est courant de qualifier les rapports humains les plus importants comme étant les rapports économiques. Les économies nationales subissent toutes sortes de perturbations économiques (des perturbations naturelles, résultant de décisions politiques ou encore de nouvelles technologies. Nos gouvernements sont appelés à y répondre. Doivent-ils laisser ces changements s'effectuer d'eux-mêmes ou résister à ceux-ci ? Doivent-ils tenter de les freiner ou au contraire les faciliter ? Il est clair qu'il n'existe pas de réponse unique applicable dans toutes les circonstances. Chacune des situations particulières exigera la recherche d'un équilibre entre l'efficiencia économique et la justice sociale. Il ne faut pas présumer que la notion de justice dans le domaine juridique peut se réduire à la simple notion d'efficacité économique. Et il ne convient pas non plus de supposer que la notion de justice dans le domaine économique peut se limiter à la simple recherche de la richesse maximale.

Today, the most important of our human relationships are typically cast as economic. National economies are subject to a number of different kinds of shocks (natural shocks, shocks resulting from political decisions, shocks resulting from technology. Governments are called upon to

* Président, Commission du droit du Canada ; professeur, Faculté de droit, Université McGill.

respond. Should they simply let the market take its course ? Should they intervene to slow down the pace of change ? Should they facilitate change ? Should they resist change at all cost ? One thing is certain : there is no response that is adequate to every situation. The appropriate response involves a careful balancing of efficiency concerns and concerns of social justice. We do ourselves a great disservice if we think that justice in the legal sphere can be reduced to the notion of efficient corrective justice. And we also do ourselves a great disservice if we think that justice in the economic sphere can be reduced to simple questions of wealth maximization.

	<i>Pages</i>
1. L'économie et l'« intervention » de l'État	174
2. La réponse étatique	177
3. Le droit, la justice et le choix des instruments de gouvernance	181
Conclusion	184

D'après l'analyse des membres de l'école de la Law and Economics — cette curieuse idéologie juridique qui se considère comme scientifiquement objective —, tous les rapports humains sont de deux types : ou bien les gens sont capables de structurer leurs interactions avec les autres sur la base d'une réciprocité relativement explicite, telle qu'elle est réflétée par les échanges de produits, de services et d'idées ; ou bien les gens ont besoin d'aide pour structurer ces interactions afin de promouvoir une finalité collective ou de poursuivre un objectif commun¹.

Les universitaires qui réclament la compétence exclusive pour analyser et évaluer le premier de ces modes d'ordonnement social sont, bien sûr, les économistes. À la fin du xx^e siècle, ces personnes nous disent que le marché libre prime à titre d'institution sociale la plus en mesure de

1. C. LINDBLOM, *Politics and Markets: The World's Political Economic Systems*, New York, Basic Books, 1977 ; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., New York, Aspen Law and Business, 1998 ; P. JOHANSEN, *An Introduction to Modern Welfare Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

faciliter les échanges entre humains. Par ailleurs, les universitaires qui réclament la compétence exclusive pour analyser et évaluer le second de ces modes d'ordonnement social sont, bien sûr, les politicologues. À l'aube d'un autre millénaire, ils affirment que la notion de démocratie libérale constitue le meilleur système social pour mettre en évidence et promouvoir les objectifs communs des humains.

L'univers de l'action sociale ainsi divisé en deux catégories étanches, il semble ne rester que peu de place pour le droit et l'analyse juridique².

Dans le présent texte, nous nous donnons comme tâche d'explorer quelques-unes des conséquences de cette manière de concevoir les rapports humains et les domaines respectifs de l'économie et de la politique en relation avec l'éthique des affaires, le droit et la justice. En d'autres termes, nous nous intéressons à la manière dont l'État, par le droit, façonne l'« éthique des affaires » plutôt qu'aux principes de l'« éthique des affaires » eux-mêmes. L'argument comporte trois étapes.

D'abord, nous tenterons de circonscrire la problématique en considérant quand, comment et pourquoi l'État devrait choisir de s'intéresser aux questions économiques. Si la politique se distingue de l'économie par le mode d'ordonnement social et le caractère des rapports interactionnels qu'il privilégie, il n'est pas évident qu'il existe un rôle économique quelconque pour l'État. Ne s'agit-il pas de deux sphères étanches³ ?

Ensuite, nous ferons référence à deux modèles distincts par lesquels les rapports entre la politique et l'économie peuvent s'imaginer. D'une part, il est possible (comme le font les tenants de la Frankfurt School) de concevoir l'économie uniquement comme un mode de réglementation étatique — mode évidemment peu démocratique et peu représentatif. D'autre part, il se peut que (à l'instar des partisans de l'école du Public Choice) une personne choisisse d'envisager le pouvoir politique exercé par l'intermédiaire de l'État comme un simple bien à se procurer, à utiliser et, éventuellement, à vendre. Nous n'adhérons personnellement ni à l'un ni à l'autre de ces points de vue.

2. Voir, cependant, les études remarquables de N. KOMESAR, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, et de A.I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

3. A. BUCHANAN, *Ethics, Efficiency and the Market*, New Jersey, Rowman and Allenheld, 1985.

Finalement, nous examinerons les rapports entre l'économie et la politique à travers la lentille du droit et de la justice. Concevant le droit comme l'entreprise qui consiste à assujettir les interactions humaines à la gouvernance des règles⁴, nous avançons l'hypothèse que le cadre moral du droit ne peut se réduire aux simples notions d'efficacité économique. Le droit reflète, et façonne en partie, la fibre morale d'une société. Il est un symbole limpide de la manière dont nous nous percevons et dont nous concevons nos rapports avec autrui⁵.

1. L'économie et l'« intervention » de l'État

Il est possible de relier les fondements de toute société aux rapports qui existent entre ses membres. Parfois ces rapports sont découverts, construits et conciliés par les individus eux-mêmes. Parfois ils s'établissent sur les bases d'un ensemble social plus vaste notamment sur les relations entre ces ensembles sociaux eux-mêmes. Dans d'autres situations, ces relations sont envisagées comme politiques : elles concernent la reconnaissance et la répartition du pouvoir coercitif officiel. Enfin, elles peuvent être considérées comme économiques : elles ont alors pour objet la reconnaissance et la répartition du pouvoir du marché.

Quels que soient la nature du rapport et les traits qui la distinguent, il est évident que le droit joue un rôle normatif important pour définir et légitimer ces relations — en encourager certaines, en discréditer d'autres. Ce droit peut être le droit officiel de l'État politique ou bien celui de toute autre institution sociale⁶.

Ainsi, la plupart des rapports contemporains seraient sans aucune équivoque économique. Deux grandes questions d'orientation se posent donc : comment structurer au mieux le droit de façon à rehausser la force économique (recherche de l'efficacité) et à protéger en même temps les valeurs sociales fondamentales (recherche de la justice) ? Comment les conceptions évolutives des institutions économiques et sociales influencent-elles sur la façon dont le droit conçoit, structure et reconnaît ces rapports ?

4. Cette idée est tirée de L.L. FULLER, *The Morality of Law*, 2^e éd., New Haven, Yale University Press, 1969, p. 106.

5. L'idée du droit comme miroir de la société a été avancée par J. VINING, *Legal Identity : The Coming of Age of Public Law*, New Haven, Yale University Press, 1977.

6. Cette conception du droit, évidemment, est celle qui a été adoptée par les tenants du pluralisme juridique. Voir en ce sens J. VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », (1993) 18 *Revue de la recherche juridique — droit prospectif* 573 ; voir aussi R.A. MACDONALD, « Metaphors of Multiplicity : Civil Society, Regimes and Legal Pluralism », (1986) 15 *Arizona Journal of Comparative and International Law* 69.

Car, simultanément, le droit réagit au changement et le structure. Celui-ci n'est d'ailleurs jamais entièrement ni endogène ni exogène.

Quels sont les grands changements en matière de commerce, d'éducation et de travail qui constituent donc des défis de politique publique, du fait des dislocations qu'ils engendrent dans l'emploi, dans les familles, dans les communautés ? Puisque le réseau des rapports personnels et sociaux est sans cesse vulnérable aux transitions économiques, les responsables des politiques se doivent de réévaluer constamment le rapport entre efficacité et justice⁷.

Ces transitions économiques sont le fruit des perturbations des marchés qui, elles-mêmes, peuvent être classées selon quelques-uns de leurs traits fondamentaux. Parmi les questions taxonomiques qui se posent se trouve la suivante : ces perturbations sont-elles endogènes ou exogènes par rapport à l'économie ? Selon l'idéologie économique adoptée, la réponse peut varier. Ainsi, d'après certains, tout ce qui se passe est endogène : l'économie comprend tout. Cependant, adopter une telle perspective ne nous aide pas à arrêter une politique publique quelconque. La question demeure : devant ces perturbations, que convient-il de faire ? Sont-elles ou non sous le contrôle des humains ? Pour y répondre, nous proposons de classer les perturbations sous quatre rubriques distinctes : 1) les perturbations dites « naturelles » ; 2) les perturbations résultant directement de l'activité humaine ; 3) les perturbations qui sont le fruit des décisions économiques ; et 4) les perturbations découlant des décisions politiques⁸.

Prenons, à titre de première catégorie, les perturbations dites « naturelles », c'est-à-dire celles qui sont qualifiées en droit de « force majeure ». De toute évidence, les tremblements de terre, les inondations et les volcans sont nécessairement incontrôlables. Cependant, le simple fait que ces événements sont indépendants de la volonté humaine ne veut pas dire que nous sommes impuissants ni que nous ne pouvons rien faire pour mitiger leurs conséquences. Il est possible d'imaginer des mesures préventives : par exemple, défendre aux gens de bâtir leur maison à certains endroits ou prendre des mesures pour s'assurer que les effets d'un désastre sont limités quand il se produit. Par ailleurs, nous nous apercevons maintenant que certains désastres jadis qualifiés d'« incontrôlables » — par exemple le verglas, les inondations, la désertification, l'épuisement des aquifères —

7. A.A. SCHMID, *Property, Power and Public Choice*, 2^e éd., New York, Praeger, 1997.

8. Voir E. IACOBUCCI, M. TREBILCOCK et H. HAIDER, *Economic Shocks : Defining a Role for Government*, étude préparée pour la Commission du droit du Canada (le 29 octobre 1999), qui propose une trichotomie : *natural shocks*, *market shocks* et *government shocks*.

sont le fruit de nos propres décisions irréfléchies. Que ce soit la construction de barrages ou de digues, la coupe du bois ou le pavage des terrains, nous comprenons désormais l'effet de la « civilisation » sur la qualité de notre environnement. La question se pose. Comment devons-nous réagir devant ces perturbations économiques⁹ ?

D'autres perturbations, celles qui composent ici la deuxième catégorie, sont certainement assujetties à notre contrôle puisqu'elles proviennent justement de l'activité humaine. Les exemples les plus frappants sont les perturbations résultant des changements dans l'économie mondiale et qui sont perçues, au moins d'une certaine manière, comme bénéfiques : la technologie, l'avantage comparatif des différentes économies nationales ainsi que l'amélioration de l'infrastructure de transport et de communication. Autant ces perturbations peuvent améliorer la situation de quelques pays et de certaines personnes, autant elles peuvent avoir des conséquences néfastes sur d'autres. De nouveau se pose la question de la façon d'y réagir¹⁰.

La troisième catégorie de perturbations consiste en celles qui sont le fruit des décisions prises dans les secteurs privé et public, que ce soit l'action ou l'absence d'action par les décideurs, dont les conséquences négatives ne sont pas nécessairement voulues. Citons-en quelques-unes : la négligence dans la surintendance réglementaire, la décision de surexploiter les ressources naturelles et l'incompétence dans la gestion des grandes entreprises. Ici nous faisons face pour la troisième fois à la question : que pouvons-nous faire (si nous voulons bien faire quelque chose) pour pallier les conséquences néfastes de ces perturbations¹¹ ?

La quatrième et dernière catégorie de perturbations peut être envisagée comme résultant des changements réglementaires dans les secteurs privé et public qui sont délibérément voulus. Depuis dix ans, nous avons vécu et nous continuons de vivre des perturbations économiques profondes directement liées à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Voilà un exemple d'une perturbation causée par une décision gouvernementale dont les principaux effets ont été souhaités. Dans le secteur privé, soulignons le cas des acquisitions et des fusions de sociétés. La question

9. L'une des premières analyses de ce phénomène fut celle de D.C. DACY et H. KUNREUTHER, *The Economics of Natural Disasters*, New York, The Free Press, 1969 ; voir également H. KUNREUTHER et R. ROTH (dir.), *Paying the Price : The Status and Role of Insurance Against Natural Disasters in the United States*, Washington, Joseph Henry Press, 1998.

10. G. DOSE et al., *Technical Change and Economic Theory*, Londres, Pinter Publications, 1988.

11. E.C. PASSOUR, *Agriculture and the State : Market Processes and Bureaucracy*, New York, Holmes and Meier, 1990.

familière se pose encore : pouvons-nous (devons-nous) adopter des politiques pour minimiser les effets de ces perturbations¹² ?

Quelles qu'en soient les causes, et quelle que soit notre capacité de contrôler ces perturbations, tous seront d'accord pour admettre qu'elles peuvent avoir des effets désastreux sur les communautés, les familles et les travailleurs : fermeture de villes minières, dépeuplement rural et effondrement des exploitations agricoles familiales, chômage urbain et appauvrissement des quartiers ouvriers du centre-ville. Ces effets se répercutent aussi sur les travailleurs et leur famille : taille de la famille et pauvreté des enfants, vieillissement de la population dans des communautés qui ne sont plus viables.

En conclusion, rappelons premièrement, que l'État doit forcément s'intéresser aux questions économiques parce que plusieurs des plus importantes perturbations économiques ont pour cause l'action ou l'inaction étatique. Deuxièmement, le simple fait que l'État s'est attribué la compétence et possède les instruments pour agir ne veut pas nécessairement dire qu'il devrait adapter ses politiques publiques de façon à répondre à ces perturbations.

2. La réponse étatique

L'analyse qui précède conduit directement à une évaluation de l'opportunité pour l'État de répondre aux perturbations économiques. Pour l'instant, admettons que l'État décide d'aborder cette réflexion. Elle doit se situer à deux niveaux. D'abord, se pose la question de savoir quelles pourraient être les politiques publiques dans une situation de perturbation. Cette question en appelle une autre au second niveau. Quels sont les critères d'analyse dont dispose l'État pour différencier ses réponses, et dans quelle mesure ces critères lui permettent-ils de tenir compte de tous les objectifs (souvent incommensurables) qu'il souhaite légitimement atteindre par son action ?

Au premier niveau, la variété des options peut s'organiser selon un éventail de réponses possibles. En voici quatre : 1) Dans quels cas peut-on laisser ces changements, y compris les mouvements du marché, suivre leur cours ? 2) Dans quels cas faut-il réglementer pour ralentir le rythme du changement ou au contraire le soutenir ? 3) Dans quels cas l'État doit-il proposer de verser des indemnités forfaitaires de départ pour réinstaller les travailleurs ailleurs — plutôt que d'offrir une nouvelle formation en vue d'emplois qui n'existent pas et véritablement fermer ou réduire les

12. M.J. TREBILCOCK *et al.*, *Trade and Transitions : A Comparative Analysis of Adjustment Policies*, Londres, Routledge, 1990.

communautés ? 4) Dans quels cas faut-il concevoir des politiques pour résister à tout prix aux forces du marché¹³ ?

Au second niveau, il s'agit surtout de comprendre ce que pourrait être l'éventail des variables décisionnelles. Par exemple : 1) Les raisons qui ont provoqué le changement ou la dislocation important-elles ? Devons-nous nous montrer plus (ou moins) réticents à agir quand les perturbations résultent de désastres naturels ? 2) Le type de communauté en cause importe-t-il ? Devons-nous montrer plus (ou moins) de sollicitude selon qu'il s'agit de populations rurales discrètes (des fermiers, des bûcherons, des trappeurs, des pêcheurs dispersés) ou de petits villages, de modestes villes, comme Schefferville, ou de grosses villes, comme Sydney ou Glace Bay ? 3) Les possibilités de l'emploi de remplacement influent-elles sur la décision ? Si la perturbation crée autant d'emplois dans la région qu'elle en élimine, devons-nous nous préoccuper de la transition ? 4) Le degré et la durée de l'intervention des pouvoirs publics devraient-ils influencer sur la décision ? Le fait que l'intervention risque de durer plusieurs décennies doit-il nous inciter à ne rien faire ou à nous y engager pleinement¹⁴ ?

Certains économistes insistent pour dire que toutes ces questions sont illégitimes. À leurs yeux, l'État ne doit pas faire autre chose que de laisser le marché libre répondre à ces perturbations et apporter ses propres solutions¹⁵. Cependant, cette interprétation ne rallie pas la majorité. Pour d'autres, le marché n'est pas, bien évidemment, un phénomène naturel. Il est établi et modelé avec soin grâce à une série de règles structurantes qui permettent des méthodes efficaces de répartition avec un minimum de gestion détaillée¹⁶.

L'intervention étatique n'est donc pas une entrave au fonctionnement du marché. Elle se situe plutôt à son origine. Sans aucune devise stable, sans la capacité d'assurer l'exécution des contrats, sans la protection de la propriété privée, sans la présence de décideurs indépendants ayant la compétence de rendre des jugements avec une force exécutoire, sans un système de vente en justice des biens saisis à la suite d'un jugement des tribunaux de droit commun, le marché contemporain n'est pas imaginable. La véritable question dans toutes ces discussions de choix politique se pose

13. Notons le parallèle entre ces questions et celles que posent A.O. HISHMAN, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.

14. Voir M.J. TREBILCOCK *et al.*, *op. cit.*, note 12.

15. Voir notamment P.H. BERING, *Libertarianism: The Economics of Freedom*, Berne, European Academic Publishers, 1995.

16. L.M. SALAMON, *Beyond Privatization: The Tools of Government Action*, Washington, The Urban Institute Press, 1989.

ainsi : pourquoi et comment le droit construit-il les diverses possibilités d'opération du marché comme il le fait¹⁷ ?

Cette question appelle au moins deux enquêtes théoriques de pointe. Premièrement, dans les pays capitalistes, la distinction juridique la plus fondamentale est toujours celle entre les sujets de droit (communément désignés les « personnes ») et les objets de droit (généralement appelés les « biens »). Toutefois, la fin du xx^e siècle, laisse voir que les frontières entre les deux sont moins étanches qu'auparavant, et que la ligne de démarcation est en pleine évolution¹⁸. Pourquoi avons-nous choisi de reconnaître les sociétés comme des personnes juridiques ? Pourquoi pas les « sociétés civiles » ? Pourquoi pas la famille ? En quoi, précisément, l'entreprise incorporée diffère-t-elle matériellement de la famille ? Et si nous admettons les créations fictives comme des personnes juridiques, pourquoi sommes-nous si réticents à reconnaître les animaux comme des personnes juridiques ?

Poursuivons maintenant avec des exemples de personnes que le droit a déjà « objectifiées » par le passé, et des exemples contemporains du même phénomène. À l'époque des Romains, les femmes, les enfants et les esclaves ont été dépourvus de personnalité juridique. Jusqu'au xix^e siècle aux États-Unis, l'esclavage était permis — l'être humain étant qualifié d'objet. De nos jours, l'« objectification » des sujets de droit se fait de façon beaucoup plus subtile. Non seulement le droit nous permet désormais de vendre les produits du corps qui sont renouvelables — par exemple les cheveux, le sang —, mais il nous autorise aussi à faire le commerce de nos organes : les reins, les yeux. Le sujet de droit se décompose en objet de propriété. Pire encore, récemment nous avons décidé de reconnaître la propriété intellectuelle des mutations de génomes, et la pleine propriété du matériel génétique.

Devant ces choix si évidemment politiques et éthiques, il faut se demander si les frontières que nous établissons traditionnellement entre le fait de posséder et celui d'être possédé conviennent encore. Ce questionnement est exactement du même ordre que celui qui concerne la décision de répondre ou non aux perturbations économiques.

La seconde enquête théorique peut se résumer comme suit : savons-nous bien comment le droit moderne conçoit la liberté de l'activité économique ? Il s'agit ici de se demander quelles sont les justifications

17. Nous avons déjà abordé ces questions dans une étude préparée pour la commission Macdonald sur l'économie : voir R.A. MACDONALD, « L'intervention réglementaire par la réglementation », dans I. BERNIER et A. LAJOIE (dir.), *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 89.

18. Voir, notamment, C.D. STONE, *Earth and Other Ethics : The Case for Moral Pluralism*, New York, Harper and Row, 1987.

philosophiques de l'action gouvernementale en période d'adaptation sur le plan social¹⁹. Sans prétendre offrir une analyse exhaustive des possibilités, nous pouvons classer ces justifications selon quatre barèmes, de plus en plus activistes : 1) l'autonomie individuelle (c'est la perspective « libertarienne »)²⁰; 2) les perspectives utilitaristes (soit celles qui adoptent le critère d'efficience et qui mettent l'accent sur ce qui est appelé la « défaillance des marchés »)²¹; 3) les perspectives de justice distributive, telle que celle de John Rawls²²; et, enfin 4) les perspectives « communautariennes » (la redistribution selon le critère relativement formel d'égalité)²³.

Le choix que peut faire l'État entre ces quatre modèles d'action est foncièrement politique. Il se justifie par une conception *a priori* de la nature humaine. Dans les sociétés capitalistes, les sujets de droit se voient attribuer la faculté du « libre-agir ». Le droit fournit les règles générales par lesquelles les personnes juridiques organisent leurs activités et planifient leur avenir. Pour que l'économie libérale fonctionne, les sujets de droit doivent être dotés d'une certaine capacité intellectuelle et d'une volonté de prendre charge de leur vie. Ni le droit ni l'économie ne pourraient réussir comme systèmes de réglementation dans une société où toutes les personnes ne seraient pas capables de formuler des projets pour l'avenir ou n'auraient pas d'intérêt à cet égard.

Or, Locke a bien montré que sans les ressources matérielles qualifiées de nos jours de « propriété privée », le citoyen est privé de sa capacité de « libre-agir ». Selon les partisans de la théorie du Public Choice, le bulletin de vote n'est que le reflet, sur la scène politique, de sa participation sur la place publique comme consommateur. En effet, la meilleure garantie de la stabilité et de la liberté politique est l'endettement des citoyens. Nous ne parlons évidemment pas ici de surendettement. Cependant, le fait que le citoyen est à la fois débiteur envers certains et créancier envers d'autres assure la stabilité des rapports interpersonnels et de la société. Il n'existe pas de droit (ni d'État de droit) sans une économie de marché (au moins embryonnaire).

Signalons deux idées en conclusion à la deuxième partie de notre texte. Premièrement, le rapport entre l'économie et la justice passe par le droit.

19. Cette taxonomie est tirée de l'étude préparée pour la Commission du droit du Canada par E. IACOBUCCI, M. TREBILCOCK et H. HAIDER, *op. cit.*, note 8.

20. P.H. BERING, *op. cit.*, note 15.

21. A. BUCHANAN, *op. cit.*, note 3.

22. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, Bellknap Press, 1971.

23. R.S. GILBERT, *How Much Do We Deserve ?*, Landham, Maryland, University Press of America, 1991.

Sans droit pour définir ses sujets et ses objets, l'idée d'une économie de marché est inconcevable. En même temps, il est évident que, sans une économie de marché (au moins pour l'échange de petits biens personnels), l'idée du droit libéral est inconcevable²⁴. Deuxièmement, il existe un lien entre les décisions politiques sur la nature des perturbations que l'État veut pallier, les justifications des modes d'action qu'il avance et les instruments les plus aptes à lui permettre d'atteindre les objectifs d'ordonnancement juridique recherchés. Passons donc à présent à l'analyse de ces instruments.

3. Le droit, la justice et le choix des instruments de gouvernance

Résumons l'argument exposé jusqu'à maintenant. Nonobstant les prétentions des économistes et des politicologues quant à l'étanchéité de leurs domaines respectifs, et à une compétence exclusive pour les évaluer, les juristes (préoccupés par les questions de justice) s'ingèrent régulièrement dans chacun de ces deux domaines. L'État doit forcément s'intéresser aux questions économiques parce que bon nombre des plus importantes perturbations économiques ont pour cause l'action ou l'inaction étatique. Cela dit, il est toujours nécessaire d'élaborer des politiques publiques dans chacune des situations de perturbation et de concevoir des critères d'analyse pour évaluer les réponses disponibles, y compris la décision de ne rien faire. L'autorité et les instruments sont les préalables à l'action. Ni l'un ni l'autre ne sert, cependant, à déterminer l'opportunité ou la façon d'agir.

Normalement, quand les gouvernements des pays libéraux-démocrates décident d'agir, ils se servent du droit pour modeler la justice du marché. Un vaste éventail de possibilités de réglementation se présente : la réglementation par subvention ou par la politique fiscale, la réglementation par l'octroi de contrats ou la propriété par l'entremise des sociétés étatiques, la réglementation par le droit pénal ou par les organismes administratifs, etc.²⁵. Chacun des choix aura nécessairement une incidence sur les individus, les familles et les communautés ; et ces répercussions seront différentes selon les avoirs de chacun. En d'autres termes, le choix entre diverses formes d'intervention n'est pas sans effet redistributif. Tout comme la décision qui consiste à intervenir ou à ne pas intervenir, la décision portant sur la façon

24. C'est la conclusion qui résulte de la lecture en parallèle de deux excellentes monographies récentes : M.J. TREBLIČOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, et E.J. WEINRIE, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

25. Voir, notamment, M.J. TREBLIČOCK *et al.*, *The Choice of Governing Instrument*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1982 ; B. PETERS et F. VAN NISPEEN (dir.), *Public Policy Instruments (Evaluating the Tools of Public Administration)*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 1998.

d'intervenir appelle une évaluation qui nous amène aux questions de justice. Choisir entre ces instruments, c'est opter entre diverses conceptions de la justice²⁶.

Dans le contexte d'une intervention, les rapports entre le droit et la justice sont de deux ordres : le fond et la forme. Voyons d'abord les questions de fond. Évidemment, chaque technique de réglementation produira des conséquences substantives différentes, c'est-à-dire que chaque technique répondra de façon différente aux critères de justice déjà invoqués. La réglementation par les politiques fiscales ou par les contrats concorde plus aisément avec une philosophie utilitariste. La réglementation par les sociétés d'État et par les organismes administratifs convient mieux avec une philosophie « communautarienne ». En décidant comment agir, l'État est appelé à concilier la théorie de justice qu'il adopte avec les présupposés objectifs de l'instrument dont il se sert.

Passons aux questions de forme. L'État fait face à une conciliation semblable quant aux éléments procéduraux des instruments choisis. Certains sont plus efficaces, mais moins transparents ; d'autres sont transparents mais moins ouverts ; d'autres encore sont plus aptes à promouvoir la responsabilisation. Et, finalement, certains cadrent mieux avec les notions de justice fondamentale et d'équité procédurale que d'autres.

Connaître la nature de chaque instrument et son effet sur les valeurs de fond et de forme n'est qu'un début. Le choix d'un instrument est rendu encore plus compliqué du fait que, dans une société pluraliste, il n'existe point de vision unidimensionnelle de la justice. Nous ne vivons pas dans une théocratie — que ce soit une théocratie traditionnelle (l'État puritain ou l'État islamique, par exemple) ou encore une théocratie séculaire (la « libertarienne » ou la marxiste, notamment) — où une seule idéologie prétend offrir une réponse claire à chaque question juridique qui se pose.

Dans une société pluraliste, les réponses sont multiples : chaque perturbation étant distincte, chaque réponse l'est forcément. Dans certains cas, les jugements de fond l'emportent. Dans d'autres, ce sont les jugements de forme. De plus, dans d'autres cas, la justice distributive sert à orienter la réponse étatique, tandis que dans des circonstances particulières c'est la perspective « libertarienne ». Enfin, parfois la transparence devient la valeur qui prime toutes les autres, alors que parfois, c'est la responsabilisation. Il n'y a pas d'arbre décisionnel qui va nous permettre de déterminer « objectivement » quels compromis sont acceptables dans chaque situation. Le choix ne sera jamais facile ni évident, et c'est pourquoi nous les délè-

26. En effet, c'est la conclusion à laquelle sont arrivés E. IACOBUCCI, M. TREBILCOCK et H. HAIDER, *op. cit.*, note 8.

guons les décisions au processus politique, tout en acceptant qu'elles puissent varier selon le temps, la circonstance et l'endroit.

Toutefois, si le pluralisme va de soi en politique contemporaine, comment se fait-il que le pluralisme ne règne pas en matière économique ? Si nous acceptons que les normes substantives et les instruments de politique de l'État modèlent les marchés modernes, il s'ensuit que nous ne devrions pas craindre de reconnaître une pluralité de marchés dans toute société. Autrement dit, les économistes doivent abandonner leur prétention que l'analyse « positive » qu'ils prônent n'est pas « normative ». Tout comme les juristes commencent à accepter l'hypothèse du pluralisme juridique, selon laquelle plusieurs ordres juridiques peuvent coexister sur le même territoire, les économistes devront peu à peu se convaincre de la véracité de l'hypothèse selon laquelle plusieurs marchés peuvent se trouver sur le même territoire. Ces marchés ne correspondent pas nécessairement à l'organisation politique ni à l'organisation territoriale.

Deux corollaires dérivent de cette reconnaissance de pluralité : 1) parce que différents marchés peuvent fonctionner selon des postulats organisationnels variés, il ne peut exister un modèle unique de structuration publique de l'économie : il s'agit ici de comprendre comment ce que Karl Polanyi a appelé le « double mouvement » fonctionne dans des marchés non traditionnels ; 2) le droit et les usages non officiels dans ces diverses conditions sociales peuvent structurer les marchés avec davantage d'efficacité que la réglementation juridique officielle et abstraite : il n'est pas seulement question ici de la façon dont nous nous efforçons d'intérioriser des éléments extérieurs grâce à la réglementation de l'État, mais aussi de la manière dont nous attribuons des droits pour devenir acteurs dans chacun de ces marchés.

La conclusion de notre troisième partie peut donc se résumer ainsi. Bien qu'il existe des liens évidents entre les décisions politiques sur la nature des perturbations que l'État veut pallier, les justifications des modes d'action qu'il avance et les instruments les plus aptes à lui permettre d'atteindre les objectifs d'ordonnancement juridique recherchés, nous ne sommes pas ici devant une simple déduction instrumentale. Nos objectifs vont contraindre les instruments dont nous disposons et les instruments à notre disposition vont faire de même quant aux objectifs que nous voulons atteindre. Une dissociation entre la fin et les moyens ne se fait pas en politique ni en économie, et surtout pas en droit²⁷.

27. Voir, sur ce point, L. FULLER, « Means and Ends », dans K. WINSTON (dir.), *The Principles of Social Order : Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham, Duke University Press, 1981.

Conclusion

Nous entretenons personnellement un certain pessimisme quant à l'évolution de notre conception du rapport entre l'éthique des affaires et le droit : le titre de notre texte le laissait déjà entendre. Plus le cadre moral du droit se trouve dominé par des notions d'efficacité, plus les idées de Richard Posner remplaceront celles de Justinien en tant qu'expression de la justice dans le droit. Plus l'individualisme possessif dominera le cadre de l'efficacité économique, plus les idées de Friedrich Hayek prendront la place de celles de John Locke en tant qu'expression de la justice en matière d'économie. Dans les deux cas, ce sera bien dommage.