

Libres réflexions sur l'« École de Montréal »

Ejan Mackaay

Volume 28, Number 1, 2023

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1108622ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1108622ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Centre de recherche en droit public Université de Montréal

ISSN

1480-1787 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Mackaay, E. (2023). Libres réflexions sur l'« École de Montréal ». *Lex Electronica*, 28(1), 60–64. <https://doi.org/10.7202/1108622ar>

© Ejan Mackaay, 2023



This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

LIBRES RÉFLEXIONS SUR L'« ÉCOLE DE MONTRÉAL »¹

Ejan MACKAAY²

¹ Ce texte a été publié dans la rubrique Perspectives de la Revue de droit d'Assas, n° 24 (décembre 2022) pp. 122-125.

² Professeur émérite, Faculté de droit de l'Université de Montréal. Fellow au CIRANO, Montréal.

[1] Le 26 mai 2022, le Centre de recherche en droit public, ou CRDP, de l'Université de Montréal, a célébré son soixantenaire. Le CRDP a été le premier centre de recherche en droit au Canada et, pendant longtemps, le plus grand centre au pays. Partant d'un foyer initial de droit constitutionnel, les chercheurs du centre ont progressivement élargi leurs visées vers un éventail d'autres thèmes, comme le droit de la santé, le droit et la biogénétique et l'environnement, le droit de l'enseignement supérieur, le droit de l'information, le droit du cyberspace, le droit et les nouvelles technologies, et j'en passe, pour œuvrer actuellement sous le thème fédérateur de « Justice et changements ».

[2] À l'occasion du soixantenaire, le Nestor des chercheurs du CRDP, Guy Rocher, 98 ans, a été mis en vedette, alors qu'il venait de compléter son traité de sociologie du droit (Rocher, 2022). À cette occasion, on s'est interrogé sur le fil conducteur (Benyekhlef, 2029, p. 19) reliant les recherches au CRDP et auquel la pensée de Guy Rocher a pu contribuer. Dans le discours du directeur, à l'occasion du quarantenaire du CRDP, en 2002, je m'étais déjà interrogé sur le sujet, concluant que les chercheurs du CRDP, en s'investissant dans un domaine, visent :

- à inventorier ce qui y a été légiféré, jugé, écrit ;
- à repenser le domaine et à proposer une nouvelle conception, une nouvelle synthèse, basée sur une solide compréhension de la théorie du droit ;
- à asseoir cette conception du droit dans son contexte social par des recherches interdisciplinaires.

[3] Dans une publication parue en 2019, Vincent Gautrais, alors directeur du CRDP, a donné à ce fil conducteur le nom d'« *École de Montréal* »³ (Gautrais, 2019). L'emploi du terme « *école* » n'est pas neutre. École de pensée se dit d'un groupe de chercheurs qui adoptent une approche commune, incluant des prémisses théoriques partagées, sur ce qu'il convient de rechercher dans un domaine et sur les façons de le faire (Mackaay, 2000, p. 402). Dans le livre de Vincent Gautrais, c'est Karim Benyekhlef (2019), lui aussi ancien directeur du CRDP, qui s'est penché sur la question de savoir s'il y a lieu de parler d'une École de Montréal et quels en seraient les paramètres. Dans l'une de ses conclusions, Benyekhlef déplore l'absence de dialogue (« deux solitudes ») entre les tenants de l'École (surtout portés sur les liens entre le droit et la sociologie et l'anthropologie) et ceux qui pratiquent l'analyse économique du droit (Benyekhlef, 2019, pp. 28 et 33 ; Gaudreault-DesBiens, 2019, p. 107⁴). Je voudrais réfléchir ici, en me servant de l'édition 2021 de notre livre sur l'analyse économique du droit (Mackaay, 2021), sur ce qu'un tel dialogue aurait pu faire ressortir, en passant en revue différents piliers de l'édifice de l'École.

³ À noter que l'idée avait déjà été évoquée auparavant, dans Gautrais (2015, p. 340).

⁴ L'auteur relève une absence générale de conversation entre juristes et scientifiques des sciences sociales dans la francophonie.

[4] Un élément rassemblant les chercheurs recensés est le scepticisme à l'égard du positivisme juridique et l'acceptation du pluralisme juridique. Le positivisme considère le droit comme constitué exclusivement de normes énoncées par des autorités spécialement habilitées à le faire (législateur, pouvoir exécutif, magistrature), où chaque norme tire sa légitimité d'une autorisation contenue dans une norme de niveau supérieur. À l'encontre de cette conception, on pointe vers des ensembles de normes – des ordres juridiques – émergeant d'autres acteurs ou groupes et qui régissent effectivement la coordination d'actions des personnes qui y sont soumises. Que l'on songe à ceux établis dans des clubs, des banques, hôpitaux, universités, entreprises, bureaucraties et autres, mais aussi aux ordres juridiques au sein des Premières Nations au Canada (Otis, 2022). La compatibilité entre ces ordres juridiques peut poser des problèmes délicats de gestion (Leclair et Otis, 2022⁵). La problématique est connue sous le nom d'*internormativité*.

[5] Le pluralisme d'ordres juridiques ne pose pas de problème particulier pour une analyse économique du droit, comme le montrent, par exemple, une étude désormais classique de 1991 sur la gestion des terres d'Ellickson (1991) ainsi qu'une étude récente de Pistor (2019) sur l'univers mondial des actifs dérivés. Une telle conception n'implique nullement, cependant, qu'il faille se détourner de l'étude du droit positif. Le point de vue de Belley, selon le compte rendu de Benyekhlef, le reflète bien : « le droit ne peut être présent que dans une structure hiérarchique et ne peut être le produit que d'une volonté ou d'une intention humaine dirigée par la raison » (Benyekhlef : 2019, p. 24). Le droit positif fait indubitablement partie du bagage institutionnel, légué par les Lumières, qui encadre la croissance spectaculaire (McCloskey, 2020 ; Pinker, 2018, pp. 322-326), jamais vue auparavant dans l'histoire de l'humanité, que les humains ont su créer, puis diffuser depuis environ deux siècles et demi (Koyama, 2022). Il paraît de même un prérequis essentiel à la décroissance régulière de la violence à tous les niveaux qu'a documentée Pinker (2011, 2014) et Acemoglu (2019).

[6] Il faut regarder le droit dans son contexte social, c'est-à-dire étudier les effets sociaux du droit. Pour cela, le juriste doit faire appel au savoir-faire des sciences sociales : l'*interdisciplinarité*. Elster (2015) a insisté sur l'unité essentielle des sciences sociales. Il n'y a pas de chasse gardée de domaines à étudier par telle science sociale à l'exclusion des autres. La culture, parfois considérée comme réservée aux sociologues, joue un rôle essentiel dans les travaux des économistes-historiens Koyama et Rubin (2022) ainsi que Acemoglu (2021). Il en va de même du phénomène du pouvoir et du colonialisme (Koyama et Rubin, 2022, p. 104). L'analyse économique du droit permet d'exprimer la finalité des règles du droit positif, d'en examiner l'effectivité, de même que de concevoir des règles alternatives et d'en étudier les effets.

[7] L'approche économique insiste sur l'individualisme méthodologique. On doit expliquer tout phénomène social ultimement en remontant à des décisions individuelles et à leur composition (Mackaay, 2022, pp. 46-47 ; Elser, 2015, pp. 6-7). La description de phénomènes collectifs comme ayant une autonomie d'action constitue un raccourci provisoire, en attendant qu'une décomposition plus poussée soit construite. La théorie

⁵ Ils soulignent l'intérêt d'une reconnaissance par l'État (et dans le droit étatique) des pratiques normatives au sein des premières nations.

des jeux rend d'excellents services sur ce point (Mackaay, 2021, pp. 71-117 ; Elster, 2015, pp.308-334 ; Pinker, 2021, pp. 227-244).

[8] L'approche économique insiste sur un autre pilier de notre édifice : le modèle du *choix rationnel*. La thèse du choix rationnel impute un comportement prévisible aux humains. Cela permet de construire des modèles de la façon dont leurs interactions vont se dérouler. La recherche récente a bien montré que, sur un certain nombre de points, le choix rationnel ne correspond pas à la façon dont le cerveau humain arrive à décider dans les faits (Mackaay, 2021, pp. 36-36 ; Pinker, 2018, p. 353 ; Régis, 2019). Le courant de la *Behavioral (Law and) Economics* rassemble les travaux sur cette question. Les déviations de la rationalité peuvent être exploitées par des personnes peu scrupuleuses et pour cette raison donner lieu à des mesures protectrices. Faut-il pour autant abandonner le modèle du choix rationnel ? Non. Kahneman, prix Nobel 2002, qui a beaucoup contribué à ces recherches et les résume dans un livre récent (2011), explique dans une entrevue avec la BBC l'extraordinaire complexité et les vastes quantités de données empiriques nécessaires auxquelles on ferait face en voulant tenir compte en pratique de chaque déviation de la rationalité qu'opère notre esprit⁶. En outre, l'idée de rationalité a un fort attrait normatif (Elster, 2015 ; Pinker, 2021) : nous *voulons* être rationnels, ce qui semble conforme à l'héritage des Lumières, déjà évoqué. Alors, utilisons toujours le modèle du choix rationnel comme première approche des décisions humaines et raffinons-le seulement lorsque les déviations importantes l'imposent.

[9] Vive l'École de Montréal ! Puisse-t-elle désormais faire partie intégrante de la doctrine juridique !

⁶ <https://www.bbc.co.uk/programmes/p00mmnj2>

BIBLIOGRAPHIE

Acemoglu, V. D., et Robinson, J. A., *The Narrow Corridor: States, Societies, and the Fate of Liberty*, New York, Penguin Random House, 2019.

Acemoglu V. D., et Robinson, J. A., « Culture, Institutions and Social Equilibria: A Framework », *NBER Working Paper*, no w28832, 2021. Disponible en ligne : <https://economics.mit.edu/files/21505>

Benyekhlef, K., « Autour de l'École de Montréal », in V. Gautrais (dir.), *L'école de Montréal*, Montréal, Éditions Thémis, 2019, pp. 17-33. Disponible en ligne : <https://lexelectronica.openum.ca/files/sites/103/02-K-Benyekhlef-1.pdf>

Ellickson, R. C., *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

Elster, J., *Explaining Social Behavior: More Nuts and Bolts for the Social Sciences*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

Gaudreault-Desbiens, J.-F., « Ejan Mackaay, alterciviliste » in S. Rousseau (dir.), *Juristes sans frontières. Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

Gautrais, V., (dir.), *L'école de Montréal*, Montréal, Éditions Thémis, 2019

Gautrais, V., « Normativités et droit du technique », in S. Rousseau (dir.), *Juriste sans frontières. Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

Kahneman, D., *Thinking, Fast and Slow*, Toronto et Londres, Doubleday Canada et Allen Lane, 2011.

Koyama V. M., et Rubin, J., *How the World Became Rich: The Historical Origins of Economic Growth*, Hoboken, Wiley, 2022.

Leclair, J., « Parameters of action in a context of legal pluralism », in Otis, G., Leclair, J., et Thériault, S., (dir.), *Applied Legal Pluralism. Processes, Driving Forces and Effects*, New York, Routledge, 2022, pp. 64-160.

Mackaay, E., « Schools and Approaches », in B. Bouckaert et G. De Geest (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, Edward Elgar, 2000, p. 402 (disponible en ligne : <https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0500-schools-and-approaches.pdf>)

Mackaay, E., Rousseau, S., Larouche, P. et Parent, A., *Analyse économique du droit*, 3e éd., Paris-Montréal, Dalloz-Sirey et Éditions Thémis, 2021.

McCloskey, D. N. et Carden, A., *Leave Me Alone and I'll Make You Rich. How the Bourgeois Deal Enriched the World*, Chicago, University of Chicago Press, 2020.

Otis, G., Leclair, J., et Thériault, S., (dir.), *Applied Legal Pluralism. Processes, Driving Forces and Effects*, New York, Routledge, 2022.

Otis, G., « The management of legal pluralism. Processes, parameters for action, and effects », in Otis, G., Leclair, J., et Thériault, S., (dir.), *Applied Legal Pluralism. Processes, Driving Forces and Effects*, New York, Routledge, 2022, pp. 1-23.

Palmer V. T. G., et Warner, M., *Development with Dignity: Self-determination, Localization, and the End to Poverty*, Londres, Routledge, 2022.

Pinker, S., *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*, New York, Viking, 2011.

Pinker, S., *Enlightenment Now: The Case for Reason, Science, Humanism, and Progress*, New York, Viking, 2018.

Pinker, S., *Rationality: What It Is, Why It Seems Scarce, Why It Matters*, New York, Viking, 2021.

Pinker, S., « 2014 Update: Has the Decline of Violence Reversed since The Better Angels of Our Nature was Written ? », 2014. Disponible en ligne : https://stevenpinker.com/files/pinker/files/has_the_decline_of_violence_reversed_since_the_better_angels_of_our_nature_was_written.pdf;

Pistor, K., *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2019.

Régis, C., « L'approche psychologique du droit : pour mieux comprendre les étincelles de folie et de sagesse », in V. Gautrais (dir.), *L'école de Montréal, op. cit.*, pp. 203-218. Disponible en ligne : <https://lexelectronica.openum.ca/files/sites/103/15-C-Régis.pdf>