

L'enseignement de l'économie dans les facultés de droit

MATHIEU LUINAUD

LA variété des réponses à cette enquête a permis d'esquisser un tableau des juristes de modernisation de la formation des juristes en France. Si la question de la présence de l'économie dans les facultés de droit a pu être traitée par le biais de développements plus généraux sur l'importance de la pluridisciplinarité ou des « bi-cursus », la nature des enseignements en économie ainsi que leur insertion concrète dans le cursus de droit n'a pas fait l'objet de plus amples développements.

La question est essentielle au devenir du droit mais semble, en France, épineuse. En témoigne la difficile réception de « l'analyse économique du droit » qui s'explique, pour beaucoup, par une imperméabilité des facultés de droit aux apports des sciences économiques. Droit et économie entretiennent pourtant une relation ancienne, tantôt symbiotique, tantôt conflictuelle. Au XVIII^e siècle, Condorcet dressait déjà les ponts, dans son *Arithmétique politique*, entre le droit et la statistique, reprise par les sciences économiques, à des fins d'analyse de l'issue des procès et des politiques publiques (1). C'est aussi en s'adossant au droit que l'économie s'imposa progressivement à l'université : d'abord comme « auxiliaire » de ce dernier, puis comme discipline autonome, marquant une scission avec le droit

qui lui semble aujourd'hui le doyen imperméable. C'est que, comme l'affirmait Georges Ripert, la science juridique se caractérise par un manque d'ouverture sur les apports extérieurs.

Considérant pourtant cette collaboration avec d'autres disciplines dont la sociologie ou l'économie comme un prérequis à la réalisation du bien social par le droit, la dialectique droit-économie semble alors essentielle à l'ancrage de l'analyse juridique dans les réalités économiques de la société. Cet apport permettrait non seulement une réforme de l'interaction du droit avec la société mais aussi la transformation de l'instrument que représente le droit lui-même.

Une position auxiliaire

L'émergence de l'économie comme discipline enseignée à l'université est indissociable d'une relation historique de subordination au droit. Il faut attendre 1864 pour qu'une chaire « d'économie politique et de droit public » soit créée à la faculté de droit de Paris. Pour quiconque « fait son droit », cela se traduit donc par l'insertion d'un cours obligatoire d'économie.

L'économie doit alors se contenter d'un adossement aux cursus en droit pour intégrer l'université et est enseignée par des agrégés ou docteurs en droit. Cette situation n'est pas

(1) Élisabeth Badinter et Robert Badinter, *Condorcet*, Fayard, 1988, p. 282.

étrangère aux réflexions engagées à partir de 1893 par Poincaré sur la réforme du doctorat en droit et qui aboutissent en 1895 à la distinction de deux filières en « sciences juridiques » et « sciences politiques et économiques ». Ainsi reconnue dans le monde académique, l'économie n'en reste pas moins adossée aux sciences politiques, les deux restant perçues comme supplétives du droit. Il faudra attendre 1948 pour qu'un retard croissant de la recherche vis-à-vis des « ingénieurs-économistes » et l'émergence de méthodes spécifiques conduisent à la création d'un doctorat d'économie, la licence n'étant créée qu'en 1959, soit deux ans après que les facultés de droit prennent le nom de « facultés de droit et d'économie ».

Précédant d'un demi-siècle la « révolution formaliste » qui gagne les sciences économiques autour notamment des *Fondements de l'analyse économique* de Samuelson (1947), l'enseignement en économie professé à la faculté de droit est alors un enseignement en « économie politique ». Il faut y voir l'ancêtre pédagogique du cours d'économie aujourd'hui dispensé aux étudiants en droit, et dont la dénomination en 2017 n'a d'ailleurs pas changé au sein de la plupart des formations de licence.

La progressive autonomisation de l'enseignement de l'économie se fit donc par une scission entre les filières du droit et celles des sciences économiques qui ne s'est pas accompagnée d'une perméabilité des facultés de droit aux évolutions des sciences économiques.

La résistance des facultés

L'imperméabilité des facultés de droit françaises aux transformations des sciences économiques pourrait s'expliquer par la crainte de ne pouvoir répondre aux attentes techniques d'un formalisme accru, mais aussi par une résistance plus proche d'un dogmatisme qui voudrait que le droit, *a fortiori* les juristes, n'aient rien à tirer des enseignements de l'analyse économique. Pourtant, si « l'économie intervient partout où l'homme opère un choix rationnel ⁽²⁾ », alors elle doit intervenir dans la conception et l'analyse de la norme,

qu'il soit question de droit économique mais aussi d'autres champs comme le droit pénal, suivant notamment les travaux d'économistes comme Gary Becker.

Écarter la première hypothèse ne semble pas déraisonnable, car les fondamentaux de l'analyse économique restent abordables par tous les bacheliers. LIEP de Paris a par exemple imposé un enseignement en micro/macroéconomie sans que celui-ci ne discrimine les profils littéraires. L'absence d'enseignements en analyse économique dans les facultés de droit semble davantage résulter de considérations parfois dogmatiques concernant l'apport prétendu nul de l'analyse économique au droit. Il existe pourtant, dans notre tradition intellectuelle et académique, de nombreux exemples d'incursion féconde de l'économie dans d'autres sciences sociales, à l'image de l'École des Annales, dont sont issus les courants de l'histoire quantitative et de la cliométrie.

La tradition juridique française est ainsi marquée par le virage manqué du « réalisme juridique » présenté notamment par Christophe Jamin et Mikhaïl Xifaras ⁽³⁾. Alors que le réalisme juridique considère le droit comme indéterminé et constamment à l'écoute des préoccupations économiques, sociales et politiques d'une société, le droit français se conçoit comme un objet sacralisé, monolithique, pour lequel les apports extérieurs seraient négligeables. L'analyse économique fournit pourtant des outils de compréhension du comportement des justiciables sous la contrainte que représente le cadre juridique ainsi défini par Douglas North. C'est bien le réalisme juridique anglais qui permet à la Commission européenne d'adopter une *effects-based approach* dans son traitement du droit économique, une approche cruciale dans une économie mondialisée et intégrée où la régulation joue un rôle essentiel dans la dynamique de croissance. En Allemagne, c'est l'ordolibéralisme qui a tôt cherché à se servir du droit comme instrument permettant la réalisation d'objectifs économiques, facilitant l'accueil de l'économie par le droit dès les années 1980. Il serait donc caricatural de résumer le débat à une simple opposition entre tradition

(2) Ludwig von Mises, *Le Socialisme. Étude économique et sociologique*, Éd. M.-Th. Génin, Librairie de Médecis, 1938, p. 143.

(3) Christophe Jamin et Mikhaïl Xifaras, « Sur la formation des juristes en France. Prolégomènes à une enquête », *Commentaire*, n° 150, été 2015, p. 385-392.

civiliste et *common law*, les deux systèmes étant par ailleurs largement engagés dans un mouvement de rapprochement.

Un enseignement d'importance

Les précédentes contributions à cette rubrique ont apporté l'éclairage d'éminents juristes qui posent des regards divers sur l'intérêt pour les étudiants en droit d'une formation en économie.

Si Christophe Jamin et Mikhaïl Xifaras en appellent à un cursus spécialisé en droit de deux ans, la licence étant consacrée aux « humanités » incluant le droit et l'économie, Pierre-Olivier Sur voit plutôt dans l'enseignement du droit en cinq ans une « perspective obligée ⁽⁴⁾ » en vue de l'acquisition des « réflexes » juridiques exigeant notamment l'intégration d'une année d'enseignement hors de France afin de répondre à la demande en juristes français corrélative à l'importance de la place juridique de Paris. Pour Pascal de Vareilles-Sommières ⁽⁵⁾, l'enseignement en facultés de droit doit se faire en cinq ans car il répond au besoin de notre système juridique de « droit légiféré » que les tribunaux sont en charge d'appliquer, et le maniement de « données non juridiques » n'a pas à être enseigné en France, contrairement aux pays de *common law*, car le débat est « déjà vidé au stade de l'élaboration de la règle » et les données utiles aux choix de politiques publiques ont déjà fait l'objet d'une prise en compte par les pouvoirs législatifs et réglementaires.

On pourrait leur opposer une littérature croissante sur le besoin d'une « norme intelligente », mieux construite afin d'être plus efficace, passant par un rapprochement du droit et de l'économie que l'étude annuelle du Conseil d'État « Simplification et qualité du droit » (2016) aborde timidement. L'enseignement de la dialectique droit-économie se justifie dès lors par le besoin accru de la prise en compte de ses enjeux par le législateur, qui a toujours compté parmi ses élus de nombreux juristes, ainsi que par le pouvoir réglementaire. Si ce dernier, largement assumé par

l'administration, est composé de fonctionnaires formés différemment des étudiants en droit, ce serait une gageure que de concevoir ces milieux isolément. Par ailleurs, la compétitivité des juristes français perdrait à se fermer aux apports de l'analyse économique tant ceux-ci sont reconnus à l'international et dans l'enseignement des facultés de droit étrangères.

Aussi, la transformation des cursus des facultés de droit est-elle vouée à « infuser » plus largement dans la société française. Inculquant aux étudiants en droit les bases du raisonnement économique, elle permettra à la doctrine et aux juges de mieux appréhender le comportement des justiciables afin de concevoir la norme et l'appliquer conformément aux objectifs poursuivis. Par ricochet s'opérerait une plus grande appréhension de l'économie par les juges administratif et constitutionnel, amenés à se prononcer de plus en plus comme juges de plein contentieux en matière notamment de régulation économique ou de contentieux fiscal, encourageant à son tour un comportement analogue de la part des pouvoirs législatif et réglementaire. Ce besoin de « qualifications particulières de l'avocat et du juge » est notamment défendu par le juge Stephen Breyer de la Cour suprême des États-Unis. Au total, enseigner les fondements de l'analyse économique dans les facultés de droit semble être une des conditions de la réussite globale d'une réforme visant à faciliter l'anticipation du comportement des justiciables par la norme, et donc mieux à même de conduire aux résultats escomptés.

Entre la proposition d'un cursus de licence consacré à la pluridisciplinarité, les « bilicences », et un enseignement monolithique en cinq ans, pourrait alors émerger une solution de compromis, une forme d'« optimum de second rang » permettant de distiller un enseignement des fondamentaux de l'économie dans les facultés de droit dès la première année de licence.

Quel enseignement dispenser ?

Parler d'« analyse économique » semble à ce stade plus à propos. Si, comme il a été dit, un enseignement en économie existe au sein des facultés de droit, celui-ci se résume dans la

(4) Pierre-Olivier Sur, « Aller plus loin », *Commentaire*, n° 153, printemps 2016, p. 154.

(5) Pascal de Vareilles-Sommières, « Modernité ou sophisme », *Commentaire*, n° 153, printemps 2016, p. 156.

majorité des cursus à un enseignement des grandes doctrines de l'histoire de la pensée économique. Cet enseignement, s'il peut être maintenu dans les cursus futurs, ne correspond pas à un enseignement de l'analyse économique tel que défendu ici. L'enjeu véritable pour les futurs juristes est une compréhension des outils et méthodes permettant d'analyser le comportement des agents et rationaliser ce dernier, à la manière du syllogisme juridique. Un tel raisonnement n'est donc pas extérieur mais complémentaire à celui demandé aux juristes. À ce titre, les diplômés américains de niveau *undergraduate* dont la discipline principale a été l'économie obtiennent de meilleurs résultats que la plupart des autres disciplines à l'examen d'entrée en faculté de droit (LSAT). C'est que le mode de raisonnement économique n'est pas orthogonal au raisonnement juridique et peut le compléter voire le consolider.

Introduire l'analyse économique au sein des facultés de droit, de la licence au master 2, n'exige pas de grands bouleversements. Une poignée d'enseignements suffirait à faire infuser les grands principes de la démarche des économistes chez les apprentis juristes. Dans une étude menée aux États-Unis, Whaples et al. (1998) interrogent les membres des éminentes *American Economic Association* et *American Law and Economics Association* dans le but de connaître quels sont les fondamentaux de l'analyse économique dont bénéficieraient les juristes. Sans réelle surprise, ce sont les grands concepts de l'analyse microéconomique qui sont plébiscités, dont voici les cinq premiers : 1) la notion de coût d'opportunité, 2) les externalités, 3) l'analyse marginale, 4) la notion d'équilibre de marché et 5) les concepts d'efficacité et d'optimalité.

Ce besoin exprimé, il est possible d'envisager l'introduction progressive de l'analyse

économique dans les facultés de droit françaises, à raison d'un enseignement par année d'études, à la manière de ce que pratiquent les universités du T-14, l'élite juridique américaine. Aussi, la première année de licence de droit pourrait faire l'objet d'un enseignement en « introduction à l'analyse économique » dans lequel seraient dispensés les principes fondamentaux de la microéconomie, afin notamment de couvrir les notions d'analyse marginale ou d'équilibre, un enseignement souvent enseigné aux États-Unis sous le titre d'*Analytical methods for lawyers*. Ces bases assimilées, la seconde année de licence dispenserait un enseignement dans les champs disciplinaires de l'analyse économique les plus à même d'être utiles aux juristes, à l'image de l'économie comportementale et expérimentale. Cass Sunstein de la *Harvard Law School* a ainsi introduit l'enseignement en *Behavioral Economics, Law and Public Policy* dans lequel il développe notamment son concept de « *Nudge* ». Enfin, la troisième et dernière année de licence offrirait l'occasion de clore le cursus par un enseignement en « analyse économique du droit » à proprement parler, apportant ainsi des éléments de compréhension et d'analyse des effets de la norme aux étudiants s'embarquant pour des études de master davantage spécialisées. Ce parcours offrirait aux licenciés en droit l'esprit critique nécessaire à une réflexion sur la qualité de la norme et ses effets, adoptant ainsi un regard nouveau sur le droit, et ouvrirait ensuite la voie vers un cursus de master requérant davantage d'esprit critique.

Cette approche devrait être un dû aux étudiants qui ne se bornent pas à enregistrer l'état du droit.

MATHIEU LUINAUD