

Droit et économie

John Rogers Commons

Traducteur : Laure Bazzoli et Thierry Kirat



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ei/1130>

DOI : 10.4000/ei.1130

ISSN : 2553-1891

Éditeur

Association Économie et Institutions

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2006

Pagination : 119-133

ISSN : 1775-2329

Référence électronique

John Rogers Commons, « Droit et économie », *Économie et institutions* [En ligne], 8 | 2006, mis en ligne le 31 janvier 2013, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ei/1130> ; DOI : 10.4000/ei.1130

John R. Commons

Des cinq concepts ou principes élémentaires de la théorie économique, au moins quatre sont également présents dans la science juridique, à savoir : la rareté, la futurité, la coutume, et la souveraineté. Un cinquième concept de l'économie, l'efficacité, articule cette science avec les sciences physiques.

Pour l'économiste, la rareté apparaît dans ce qu'il est d'usage d'appeler la « loi de l'offre et de la demande », ou plutôt dans les relations fonctionnelles entre trois variables, l'Offre, la Demande et le Prix, étant donné qu'un changement des dimensions de n'importe laquelle de ces variables relatives à la rareté est suivi de changements dans les dimensions des deux autres. Mais la rareté est tout aussi fondamentale pour le concept de propriété du juriste, puisque la seule signification de ce que l'on prétend parfois être un droit de propriété sur des objets dont l'offre est illimitée en quantité et qui peuvent donc être utilisés par tout le monde – comme l'air ou les rayons du soleil – réside dans le fait qu'ils sont liés à des objets – comme les stations de radio et l'espace foncier – dont l'offre est limitée en quantité et dont l'usage peut dès lors être exclusif. Pas plus les propriétaires que les tribunaux ne peuvent exercer leur pouvoir sur les objets dont l'offre est illimitée.

Compte tenu de leurs fondations communes sur le Principe de Rareté, la question qui se pose est de savoir pour quelles raisons ces deux sciences, juridique et économique, n'ont pas été considérées comme une seule science évoluant de concert ? Dans nos universités anglo-américaines, elles ont été séparées alors que, nous le savons, sur le continent européen elles sont plus étroitement liées. L'une des raisons en est que le développement des inventions et des manufactures a été plus précoce en Angleterre, ce qui a orienté les économistes anglais pionniers vers les sciences physiques de la production de richesses, et à fonder principalement leurs théories sur cette branche de l'économie qui concerne le contrôle des hommes sur les forces de la nature, l'Efficacité, sous le terme de Productivité.

* Article publié sous le titre « Law and Economics » dans le *Yale Law Journal*, 34 (Février 1925), pp. 371-382, reproduit dans *John R. Commons, Selected Essays*, edited by Malcolm Rutherford and Warren J. Samuels, Routledge (Londres et New York), 1996, vol. II. La traduction a été assurée par Laure Bazzoli et Thierry Kirat.

Une autre raison est l'influence de la critique adressée par Jeremy Bentham à Blackstone. Bentham soutenait que la confiance accordée par Blackstone à la coutume et à la *common law* était une confiance dans la « sagesse ancestrale » renforcée par l'« autorité » et il lui a substitué les peines et plaisirs des individus basés sur la « raison » en tant que fondement de la science juridique, éthique et économique¹. Cette conception correspondait précisément à l'individualisme extrême des économistes anglais et leur permettait de présumer que la plus grande production de richesses résultant de l'égoïsme des individus équivalait au principe éthique du bonheur maximal pour tous. Une forte productivité était synonyme d'un bonheur élevé. Ricardo, le fondateur de la théorie économique anglaise il y a un siècle, a accepté les vues de Bentham, écartant ainsi la coutume de l'économie anglaise, de sorte qu'elle devint basée sur le « bonheur » et la « raison » plutôt que sur la « coutume » et l'« autorité ».

Toutefois, les économistes ont considéré comme naturelle la coutume qui a le plus fortement contribué à l'économie, à savoir la coutume de la propriété privée, de sorte que la théorie économique anglaise a été élaborée sur la base de trois principes, la productivité, l'égoïsme et la propriété. C'est cette théorie économique « classique », proposée par Bentham et par Ricardo, qui s'est ramifiée par la suite dans le socialisme de Marx et l'anarchisme de Proudhon.

Plus récemment, au cours des quarante dernières années, les économistes ont commencé à introduire dans leurs théories des contributions de trois sources : la Sociologie, le *Trade Unionism*, la Réglementation Publique, qui vont à l'encontre de, ou du moins dépassent, la plupart des inférences tirées aussi bien des peines et plaisirs individualistes de Bentham que de l'identité supposée de l'efficacité et du bonheur, et qui s'avèrent être la partition jouée par la coutume de Blackstone dans la vie économique.

Toutefois, ce concept économique de coutume est un élargissement considérable, à mon avis, de ce que Blackstone et les juristes entendent par là. Ils identifient la coutume à la *common law*, alors que du point de vue de l'approche des économistes, la *common law* est un cas particulier de la « sélection artificielle » de Darwin : en l'occurrence celle opérée par les tribunaux qui sélectionnent ce qui est jugé être les bonnes coutumes, et rejettent et pénalisent ce qui est jugé être les mauvaises coutumes. Ainsi, les pratiques des syndicats pourraient être considérées comme de mauvaises coutumes, mais des pratiques similaires des hommes d'affaires pourraient être qualifiées de bonnes coutumes. L'économiste, tout comme le sociologue, prend les coutumes en considération et le mot

¹ « Fragment on Government », I *Bentham's Works* (1843) 221; « Book of Fallacies », 2 *ibid.* 375.

« Coutume », dans l'usage qu'il en fait, peut être considéré comme signifiant à la fois Habitude, Pratiques Courantes et *Common Law*. L'habitude renvoie aux pratiques des individus qui peuvent se conformer ou non aux pratiques courantes de ceux avec qui ils sont associés. Les pratiques courantes renvoient à la pression de l'opinion et à l'exclusion des relations par les associés de l'individu, et de ce fait, elles exigent de l'individu qu'il s'y conforme pour vivre et prospérer. Enfin la *common law* concerne la protection des pratiques approuvées et l'exclusion des pratiques désapprouvées par les tribunaux, par le moyen des sanctions physiques et de l'autorité² de l'Etat.

Je crois que l'on peut voir, dans cette perspective, à quel point la relation entre l'Economie et le Droit est étroite. L'Economie devient les Pratiques Courantes des seigneurs féodaux, des premières corporations, des communautés rurales, des marchands, des fabricants, des hommes d'affaires, des travailleurs, des professionnels et autres, dans leurs transactions qu'ils nouent quotidiennement les uns avec les autres pour créer et obtenir un revenu à partir des ressources naturelles et des autres hommes. De plus, la *Common Law* évolue en fonction de la manière dont les tribunaux règlent les conflits en accord avec celles des pratiques courantes de ces classes qu'ils considèrent comme bonnes et appropriées.

Il est possible que cette notion fasse un peu violence à la conception selon laquelle la *common law* est la coutume primitive de l'Angleterre, comme le suggère la distinction entre la *common law* et le droit des marchands³. Mais le droit des marchands était simplement une partie des pratiques courantes des hommes d'affaires, approuvées par leurs propres juridictions avant de l'être par les tribunaux de *common law*, qui les élargissaient ou les restreignaient. Ceux-ci ont bâti sur ces pratiques courantes durant à peu près 300 ans, et c'est à partir d'elles qu'ils ont développé par « sélection artificielle » les concepts modernes de propriété incorporelle et de propriété intangible, qui se sont ajoutés aux concepts primitifs de propriété corporelle de la *common law* originelle. La propriété incorporelle consiste dans la garantie publique de l'exécution⁴ des contrats valides ; et il a fallu créer la propriété « intangible », particulièrement dans le contentieux en matière d'utilités publiques et d'emploi, en tant que « valeur

² NdT : nous traduisons par « autorité de l'Etat » ce que Commons nomme les « *government immunities* », c'est-à-dire les pouvoirs de l'Etat qui s'exercent vis-à-vis des citoyens sans que ces derniers puissent en contester l'exercice.

³ NdT : « *law merchant* ».

⁴ NdT : le mot « *enforcement* » utilisé ici par Commons n'a pas de traduction exacte en langue française.

d'échange », ou « pouvoir d'achat », de toute propriété sur le marché, comme la valeur d'échange du *goodwill* intangible d'une entreprise, celle des installations matérielles et des stocks, ou celle du travail sur les marchés du travail, de même que le pouvoir d'achat du crédit sur les marchés de la monnaie : ces pouvoirs d'achat constituent les « actifs » de l'homme d'affaires et les salaires du travailleur, qui sont leur propriété intangible. Les deux concepts de propriété incorporelle et intangible sont simplement deux types de coutumes des affaires, l'une se rapportant aux transactions de crédit et de dette, l'autre aux transactions d'achat et de vente, toutes deux se distinguant des anciennes coutumes de la période féodale et de la *common law* originelle qui concernaient essentiellement les terres, les châteaux, les services personnels, bien avant l'essor formidable des marchés commerciaux modernes.

C'est souvent avec difficultés que les tribunaux de *common law* ont été poussés à construire à partir des pratiques des hommes d'affaires, un exemple très illustratif étant le rejet en 1702 par le Lord Chief Justice Holt de la négociabilité – c'est-à-dire de « l'intangibilité » dans le sens moderne du mot – des *goldsmith's notes*⁵, fondement de la banque moderne, en partie sur le motif que [l]es hommes d'affaires londoniens étaient présumés tenter de « faire une loi qui était contraignante pour tous ceux qui traitaient avec eux »⁶. On peut observer au cours des cent dernières années une difficulté similaire quand, après que les tribunaux eurent pleinement validé les bonnes pratiques des hommes d'affaires comme normales, il a été question de leur faire reconnaître celles des associations de travailleurs. Les travailleurs ont créé leurs propres tribunaux pour faire exécuter leurs propres coutumes et, dans nombre de cas, ils ont établi avec leurs employeurs ce qu'on appelle des bureaux d'arbitrage, qui sont des tribunaux industriels. On découvre ici que presque toujours les conflits portaient, directement ou indirectement, sur la justesse de certaines règles d'atelier destinées à assurer la sécurité sur les lieux de travail et avaient, dès lors, pour effet de créer un genre de droit de propriété dans l'emploi⁷. Quiconque parcourt les centaines de cas dont les tribunaux d'Australie ont eu à traiter découvrira que ces tribunaux ont en fait intégré les règlements d'atelier, et que ces pratiques courantes sont devenues la *common law* australienne. Nous y découvrons la création d'un nouveau genre de propriété intangible, l'emploi [the job], et le processus de sa création, par sélection artificielle, est quasiment une

⁵ NdT : les *goldsmith's notes* renvoient à une forme de monnaie privée émise initialement par les joailliers au 17^{ème} siècle, sorte d'instrument de paiement intermédiaire entre la lettre de change et les billets actuels.

⁶ *Buller v. Crips* (1702, K.B.) 6 Mod. 29, 87 Eng. Rep. 793.

⁷ NdT : « *property right in the job* ».

répétition à l'identique du processus historique qui en Angleterre et en Amérique a créé les propriétés incorporelles et intangibles des hommes d'affaires, en construisant et rendant obligatoires les bonnes pratiques, coutumes, ou règles, antérieurement mises en oeuvre de manière particulière par les tribunaux privés spécifiques des corporations, par le droit des marchands, et dans les tribunaux *pie poudre*⁸ des marchés et des foires.

Ainsi la science de l'économie, qui est la science des bonnes et des mauvaises habitudes et pratiques courantes des fermiers, des propriétaires fonciers, des hommes d'affaire, des travailleurs et autres, dans leurs ajustements mutuels à la rareté des ressources et dans leurs concurrences et conflits que cette rareté leur impose, est une science des concepts fondamentaux sur lesquels la science juridique est elle aussi basée.

Mais, à l'époque récente, il y a aussi une relation inverse par laquelle la science de l'économie est fondée sur des concepts dérivés de la *common law*, et cela va exactement à l'encontre de Jeremy Bentham. Cela se résume en une question : quelle est l'unité ultime qui fournit à l'économie son point de départ ? Face à la critique adressée à l'encontre des économistes d'avoir basé l'ensemble de la théorie économique sur l'égoïsme de l'individu indifférent à l'intérêt d'autrui, ceux-ci ont parfois fait amende honorable, parfois ils l'ont méprisée, parfois ils ont fait preuve de cynisme vis-à-vis d'elle. Certains, pour surmonter cette critique, ont de temps en temps pris un nouveau départ dans les domaines de l'éthique ou du droit, comme une sorte d'*addendum*, et il en a résulté un dualisme irréconciliable entre les deux principes de l'individu et de la société. Mais les tribunaux, qui sont directement en contact avec les pratiques des affaires et sont tenus de régler les conflits générés par ces pratiques, ont élaboré une méthode d'approche et un concept conjoint d'individu et de société qui transcende pleinement ce dualisme et fournit un point de départ à la fois individuel et social.

La méthode d'approche en question est celle d'un conflit entre deux personnes, le plaignant et le défendeur, qui prennent, *via* la règle du précédent et le principe de l'égalité de protection du droit, la dimension de représentants de deux classes opposées. Le tribunal a toujours à faire avec deux personnes en conflit – plutôt qu'avec une seule personne égoïste – et avec les pratiques courantes de deux classes opposées de personnes plutôt qu'avec une masse d'individus déconnectés, comme les économistes le pensent depuis Jeremy Bentham. Le conflit d'intérêts est alors transcendé par l'application

⁸ NdT : les tribunaux *pie poudre* (du français pied poudreux) doivent leur origine dans un tribunal siégeant à la foire de St. Giles's Hill, près de Winchester, sous le roi Edouard IV. Cette juridiction était compétente pour régler sur le champ les disputes entre commerçants.

d'une règle ou d'une coutume qui a été considérée comme bonne, au sens où elle va dans la direction de ce que l'époque considère alors comme étant l'intérêt commun des individus et des classes au sein d'un même groupe ou d'une même société. Le tribunal commence avec une transaction, alors que les économistes suivant Bentham commencent avec des individus. La méthode d'approche est ainsi simultanément individuelle et sociale, et semble permettre une conciliation des grandes écoles antagoniques de la pensée économique, à savoir les économistes « classiques » conduits par Ricardo, les socialistes conduits par Marx, et les anarchistes conduits par Proudhon.

A partir de ce point d'approche et en vue de rendre la justice entre les parties au regard des relations et des obligations auparavant assumées, les tribunaux ont élaboré un concept unique d'individu et de société, auquel il a été fait référence précédemment, à savoir le concept de « *going concern* »⁹ qui agit en tant qu'unité, bien que composé d'individus, et est doté de beaucoup des attributs juridiques attachés aux individus. Les tribunaux ont donc converti l'« individu » des économistes en un ensemble de relations, d'habitudes, de transactions, de coutumes, d'individus associés. Quand on considère cette question objectivement et sans le biais subjectif de nos plaisirs et habitudes individualistes, nous devons comprendre que l'unité authentique de la théorie économique n'est pas l'individu mais un *going concern* composé d'individus dans leurs multiples transactions en tant que principal et agent, supérieur et subordonné, vendeur et client, créancier et débiteur, bailleur et locataire, commerçant et client, etc. Tout individu en société, pour ce qui concerne la théorie économique, émerge en tant que membre, participant, « citoyen » dans plusieurs de ces *going concerns*, passant de l'un à l'autre et assumant, dans chaque organisation particulière et pour le temps présent, certaines fonctions, ou positions, ou autre ensembles de transaction ; le *going concern* suprême étant l'organisation politique qui détient le monopole du pouvoir de coercition physique de la société.

⁹ NdT : nous avons choisi ici de garder le terme de *going concern*, car si différentes traductions existent – « entreprise qui marche bien », « en pleine activité » (dictionnaires), « affaire vivante » (Pirou), « institution organisée » ou « organisation en fonctionnement » (Bazzoli & Dutraive), « organisation collective dynamique » ou « collectif organisé dynamique » (Théret) –, il reste qu'aucune d'entre elles ne peut exactement rendre compte de la signification ontologique qu'a ce mot en anglais. Celui-ci est à la fois ancien (coutumes du *business*), pratique/juridique et conceptuel ; il synthétise, chez Commons, un ensemble de propriétés associées aux entités organisées réelles, quelque soit d'ailleurs leur niveau d'appréhension.

Il me semble, à ce point, que l'analyse que le professeur Hohfeld¹⁰ fait des droits légaux, des obligations, des libertés et des *exposures*¹¹, peut être pleinement appliquée à tous les *going concerns*. C'est en effet une analyse de la manière dont les pratiques courantes de tout *going concern* contrôlent les individus qui en sont membres et les orientent vers la conduite nécessaire à la préservation de son existence. Car, comme le dit le professeur Corbin¹², ces règles délimitent les anticipations de chaque membre quant à ce qu'il « peut, ne peut pas, doit ou ne doit pas faire » dans la mesure où les intérêts supérieurs de l'organisation sont censés être en jeu. Ces principes sont applicables aussi bien aux règlements d'atelier d'une organisation industrielle, aux règles éthiques d'une famille ou de toute autre organisation culturelle, qu'ils le sont à l'organisation politique suprême. Les différences résident principalement dans les sanctions auxquelles les individus s'exposent et dans les significations techniques et autres manipulations sémantiques plus élaborées du vocabulaire des juristes. Dans les organisations politiques, les sanctions sont relatives à la coercition ou à l'immunité physiques, dans les autres *concerns* les sanctions renvoient aux salaires, aux rentes, à l'intérêt, aux profits, aux emplois et à d'autres gains ou pertes de nature économique ou culturelle. Lorsque, comme en Australie, les règlements d'atelier des organisations industrielles sont accueillis par les tribunaux, alors la sanction légale de la menace de violence s'ajoute à la sanction économique de la menace de pauvreté, aux différences d'interprétation près de ce que les tribunaux peuvent juger comme approprié.

Nous verrons que ce concept de *going concern*, avec ses pratiques courantes et la *common law*, change radicalement les concepts pluriels d'individu, d'Etat, et de propriété admis par les économistes benthamiens. Au « globule de désirs » passif, qui suit le parallélogramme des forces physiques qui s'exercent sur lui, comme Veblen¹³ dirait, ce concept substitue une personne active associée à d'autres dans la participation aux pratiques courantes qui en même temps la contrôlent. Et cela fait de l'Etat lui-même un pouvoir beaucoup moins dominateur, coercitif et arbitraire que ne le pensent les économistes classiques, socialistes et anarchistes. Car ce concept insère entre l'Etat et l'individu un complexe d'habitudes, de pratiques, d'opinions, de promesses et de coutumes qui sont aussi

¹⁰ Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (1923); Commons, *Legal Foundations of Capitalism* (1924) 91.

¹¹ NdT : expositions à la liberté d'autrui. Sylvie Morel traduit par « vulnérabilités » la notion d'exposures de Commons.

¹² Corbin, « Legal Analysis and Terminology » (1919) 29 *Yale Law Journal* 163.

¹³ Veblen, *The Place of Science in Modern Civilization* (1919) 73.

bien un substitut à l'action de l'Etat qu'une force résistante que même les Etats les plus puissants ne peuvent annihiler, ni ne le souhaitent dès lors que les dirigeants politiques ambitionnent de conserver leur emploi.

Cela aboutit à une conception très différente de la propriété. Le concept [Ndt : de *going concern*] modifie à la fois la doctrine anarchiste des premiers économistes selon laquelle la propriété privée est un droit originel, naturel et inaliénable qui ne peut être exproprié par l'Etat, et la doctrine socialiste, voire celle parfois des juristes, selon laquelle la propriété est une pure création de la souveraineté et peut être modifiée de toutes les façons que l'Etat pourrait le commander. A ces doctrines mécanistes et coercitives, est substitué un concept de propriété comme système complexe de droits acquis, de devoirs imposés, de libertés permises et d'*exposures*, système dérivé d'une grande variété de coutumes qui ont été accueillies par les tribunaux grâce à l'influence qu'ont pu exercer des propriétaires fonciers, des corporations, des hommes d'affaires et des travailleurs ; et, plus encore, ces relations sociales fondamentales de droits, devoirs, libertés et *exposures* sont fondées, non sur l'Etat, mais sur les habitudes, pratiques et coutumes quotidiennes du peuple. Je considère cela comme la contribution majeure que la science du droit apporte à la science de l'économie. Elle introduit la Coutume dans la théorie économique, là où, sans elle, il n'y a pas de pont entre la souveraineté anarchiste des plaisirs de l'individu et la souveraineté socialiste des commandements des Législatures et des Soviets.

L'importance moderne de ce concept est très grande, dans la mesure où il sous-tend toute la législation des trente dernières années ou davantage, régulant l'emploi du travail, les utilités publiques, les entreprises concurrentielles et le système bancaire. Si l'individu est suprême, il ne peut y avoir de régulation – si l'Etat est suprême, il ne peut y avoir de liberté. Mais si, entre les deux, il y a le pouvoir régulateur de la coutume, alors le choix porte seulement sur les bonnes et les mauvaises coutumes, qui doivent être toutes deux trouvées dans le monde nous entourant, et c'est cela qui donne à la science économique cette théorie éthique que ses leaders ont toujours soit cherché soit supposé : la théorie de la Valeur Raisonnable. Car la valeur raisonnable n'est rien d'autre que cette évaluation qui émerge des bonnes pratiques des affaires et de l'industrie, en tant qu'elles sont distinctes des pratiques anarchistes, ou socialistes, ou dictatoriales, ou arbitraires, ou destructives, lesquelles ne se conforment pas au consensus de ceux qui sont censés être des hommes raisonnables en ce qu'ils se conforment à la coutume de l'époque et du lieu. Ici le terme « raisonnable » n'a pas la signification benthamienne d'intellect mais celle, blackstonienne, de coutume.

L'autre concept auquel on a fait référence au début – la Futurité¹⁴ – est un concept commun aux sciences de l'économie et du droit, en tant qu'elles se différencient des sciences physiques. Quand les économistes ont fondé leurs théories sur des analogies avec les sciences physiques, desquelles est tiré le principe d'Efficience, ils ont décrit la conduite humaine comme une résultante de forces physiques poussant l'humanité du passé au présent. L'individu était sujet à des « lois naturelles » qu'il ne pouvait contrôler. La célèbre « loi de l'offre et de la demande », dérivée du Principe de Rareté, était une force physique de ce type. Et de la même manière, le concept de Temps, dans les sciences physiques, est celui d'un flux d'événements cheminant inévitablement de l'antécédent au conséquent. Mais lorsqu'on considère la volonté humaine [*the human will*], ou plutôt le Consentement humain [*human Willingness*]¹⁵, comme la force dont traite la science économique, par contraste avec les forces physiques de la gravitation, de l'électricité, de la mécanique etc, alors nous voyons que ce sont les espoirs et les craintes, les attentes et les précautions, la prévoyance et l'impatience, au regard du futur qui déterminent ce qui sera fait dans le présent. Aussi bien en droit qu'en économie, nous avons de nombreux termes indiquant cette dimension de futurité du Temps, comme mobile, intention, but, besoins, désirs, sécurité, investissement, propriété, actifs, passifs, intérêt, capital – en fait, le concept de Valeur lui-même, sur lequel repose la théorie économique comme la théorie juridique, est une synthèse de tous ces autres concepts de futurité, et, en tant que tel, est toujours un concept de l'importance présente des choses, des personnes et classes de personnes en vue de leurs usages ou comportements dans le futur immédiat ou plus lointain.

C'est, en vérité, ce Principe de Futurité qui change le concept usuel de nature humaine développé par les économistes, d'un résultant passif de forces à un initiateur, ou plutôt décideur, actif de forces. Il va sans dire que la science du droit, qui étudie les règles mises en place pour guider les conduites, est aussi une science dans laquelle ce mystère ultime, le Temps, se révèle comme étant le Temps Futur. Mais c'est seulement dans les quarante dernières années,

¹⁴ Ndt : Commons est un des premiers à utiliser ce terme, maintenant relativement courant ; nous suivons la traduction de Gislain en créant le mot de « futurité ».

¹⁵ Ndt : autre difficulté de traduction en français, les deux termes de *Will* et de *Willingness*, mots utilisés par Commons pour appréhender la volition humaine et les comportements individuels. Le *Will*, plus conceptuel dans la langue anglaise, représente le pouvoir ou l'acte de prendre une décision ; la *Willingness*, traduite dans les dictionnaires par « bonne volonté », « empressement », pourrait être appréhendée comme l'actualisation du *will* par une personne.

grâce à l'apport du dernier Ministre des Finances de l'Autriche, Böhm-Bawerk¹⁶, que le Temps Futur a acquis une position réellement fonctionnelle dans la théorie économique, comme une des variables qui détermine les dimensions des autres variables, l'Efficienc e et la Rareté. Ce fut une contribution notable à la théorie économique, fournissant évidemment un autre lien unissant le droit et l'économie, bien que Böhm-Bawerk lui-même ne soit pas allé jusqu'à cette conclusion. C'est sans aucun doute parce que son concept des objets de la propriété était celui de la propriété « corporelle », équivalent au « capital » physique ou matériel de la théorie économique dans ses premières étapes¹⁷. Mais lorsque la théorie économique aborde la propriété « incorporelle » (la relation créancier / débiteur) et la propriété « intangible » (la relation acheteur / vendeur) du droit, alors la Futurité de Böhm-Bawerk n'est rien d'autre que le véritable attribut du Temps, attribut selon lequel les flux de dépenses et de revenus attendus déterminent, aussi bien en droit qu'en économie, la valeur actuelle des *going concerns* et des emplois des travailleurs¹⁸.

L'interdépendance de ces cinq dimensions variables de la volonté humaine que sont l'Efficienc e, la Rareté, la Futurité, la Coutume et la Souveraineté, peut être appréhendée concrètement dans le concept de « capital » qui est à la fois un concept économique et un concept juridique. Différents économistes et courants de pensée ont largement divergé quant à savoir laquelle des quatre premières variables devait être choisie pour représenter le « capital », alors que ce concept fait fondamentalement interagir ces cinq dimensions. Parfois le capital était la quantité de travail consacrée à la production. Parfois c'était l'accumulation, venant du passé, des produits matériels consacrés à la production future. D'autres fois c'était la monnaie qui achète les marchandises et le travail. D'autres fois encore c'était la capitalisation actuelle du pouvoir d'achat net attendu dans le futur. Si nous mettons ensemble ces différentes idées, toutes impliquées dans le concept de Capital, nous trouvons que le « Capital », qui est un concept moderne, renvoie aux propriétés incorporelles et intangibles de la sphère du droit, propriétés qui ont été reconnues conformément aux coutumes des affaires. La propriété incorporelle (la transaction créancier / débiteur) est créée et devient la propriété intangible (la transaction acheteur / vendeur) sur ce qu'il est convenu d'appeler le marché monétaire, et un taux d'intérêt ou d'escompte bancaire est le prix payé par le débiteur pour ce service

¹⁶ Böhm-Bawerk, *Positive Theory of Capital* (1891) *passim*.

¹⁷ Comparer avec son *Rechte und Verhältnisse* (1881) *passim*.

¹⁸ Ndt : le concept de Futurité met ainsi au premier plan de l'analyse les variations des flux économiques liées au temps, au sens de variation de l'importance présente des choses et des hommes relativement aux usages et comportements anticipés ou prévus à plus ou moins longue échéance.

rare d'une quantité de pouvoir d'achat prêtée ou louée durant l'intervalle de temps entre le présent, où les biens matériels et le travail sont achetés, et le futur, où leurs produits seront vendus et le pouvoir d'achat rendu au prêteur. C'est la valeur d'échange de cette propriété incorporelle, le Crédit, qui constitue ce pouvoir d'achat, et c'est ce pouvoir d'achat qui est la propriété, ou les actifs, intangibles donnant à l'homme d'affaire, à travers les contrats et les aliénations, un contrôle juridique sur les marchandises et les produits du travail au cours du processus physique de production et de transport.

Par conséquent, les prix payés, par le moyen de ce pouvoir d'achat, sont payés, non pas pour les marchandises et les services, mais pour le contrôle juridique sur les marchandises et les services. La comparaison entre les marchés primitifs et les marchés capitalistes modernes permet de comprendre cette distinction. Dans les marchés primitifs des foires et des tribunaux *pie poudre*, le contrôle matériel et le contrôle juridique allaient ensemble. Un vendeur cédait un produit matériel à un acheteur et le droit voyait dans cet acte un transfert de contrôle juridique. Mais dans le commerce moderne, dirigé par les entreprises d'affaires modernes, et après la désuétude des règles législatives et de la *common law* contre les pratiques de spéculation ou de contrôle sur les prix et les quantités¹⁹, le transfert du contrôle juridique est largement séparé du transfert du contrôle matériel. Le contrôle juridique circule d'homme d'affaires en homme d'affaires en conformité avec le système du crédit, alors que le contrôle matériel circule d'employé à employé sous le commandement des hommes d'affaire. Les pratiques des affaires déterminent le lieu et la date du transfert du contrôle juridique, et les prix convenus sur les marchés sont toujours fixés comme le prix du contrôle juridique spécifié ou impliqué par les deux dimensions de l'espace et du temps. Les marchandises à terme ont un prix autant que les marchandises au comptant, et un prix à la livraison du bien²⁰ est différent d'un prix au départ de l'usine*²¹. Chaque prix est la valeur d'échange des habitudes, coutumes, pratiques et promesses incorporelles et intangibles des hommes d'affaires, approuvées par les tribunaux, guidées par les législatures et les constitutions, et dirigées vers le contrôle des marchandises et des services. Ainsi, le concept de Capital, si fondamental dans la

¹⁹ NdT : Commons cite ici les pratiques de « *forestalling* », de « *regrating* », et d'« *engrossing* » qui ne peuvent être traduites séparément en français ; elles se rapportent toutes à la spéculation sur le marché, plus précisément à la création artificielle de situations de rareté dans le but de faire augmenter les prix.

²⁰ NdT : « *delivered price* ».

* NdT : « *mill-base price* ».

²¹ Commons, « *The Delivered Price Practice in the Steel Market* » (1924), 14 *Am. Econ. Rev.* 505.

théorie économique moderne, est constitué de l'interaction des cinq variables qui mesurent et déterminent l'activité de toutes les organisations économiques, à savoir l'Efficiencia du travail et du management, la Rareté relative des choses et des services à des moments et en des lieux donnés, la Futurité d'un flux et d'un intervalle de temps, les Coutumes légalisées des hommes d'affaires et la Souveraineté de l'Etat. Un changement dans une de ces dimensions de la volonté humaine est suivi de changements dans les dimensions des autres.

D'autres illustrations de l'unité fondamentale du droit et de l'économie peuvent être données, par exemple en ce qui concerne la Valeur. Ce curieux terme est passé par de nombreuses vicissitudes dans la théorie économique et est devenu récemment un terme important de la psychologie et de l'éthique, en tant qu'il se distingue de la prééminence antérieure des plaisirs, des peines et de la prétendue « raison » de Bentham. Le droit apporte encore une autre variation avec le concept de « valeur raisonnable ». Pratiquement et objectivement, les diverses significations, utilisées en droit et en économie, peuvent être déclinées en valeurs d'Efficiencia, valeurs de Rareté, valeurs Ethiques. Ces trois significations impliquent toutes la Futurité. L'efficiencia a trait à l'augmentation de la quantité de production sous la forme de produits ou de services, comparée à la quantité de facteurs de production sous la forme de la force de travail. Mais la signification de l'efficiencia ne réside pas dans les seuls produits matériels mais dans l'utilité de leurs qualités et pouvoirs physiques. Si une augmentation de l'efficiencia accroît la quantité de marchandises, elle accroît exactement dans la même proportion la quantité des qualités ou pouvoirs physiques utiles des marchandises, souvent dénommés « valeurs d'usage » ou « usages », ou simplement « utilité », tels que les qualités nutritives du blé, les pouvoirs de traction des automobiles, etc. Ces qualités et pouvoirs utiles sont les Valeurs d'Efficiencia de l'industrie.

Mais les valeurs de rareté opèrent exactement dans la direction opposée. Une *augmentation* dans la quantité de blé ou la quantité d'automobiles (toutes choses égales par ailleurs) *diminue* leurs valeurs de rareté, c'est-à-dire leurs prix, bien qu'*augmentant* le montant total de leurs valeurs d'efficiencia. Et une *diminution* de la quantité de blé ou d'automobiles *augmente* leurs valeurs de rareté ou prix en *diminuant* la quantité de leurs valeurs d'efficiencia ou qualités utiles. C'est l'ingénieur, le technologue, le manager du travail, le travailleur qui augmente les valeurs d'efficiencia en *accroissant* la production, mais c'est l'homme d'affaires, ou plutôt la fonction marchande de tout homme, qui maintient ou augmente les valeurs de rareté en *restreignant* la production. Le technologue est un spécialiste de l'efficiencia, l'homme d'affaires est un spécialiste de la rareté. La fonction technologique de la volonté s'adapte à, et de ce

fait élargit son contrôle sur, les forces de la nature, mais la fonction marchande de la volonté s'adapte à, et de ce fait élargit son contrôle sur, les forces de la demande, de l'offre et du prix.

Cette différence est véritablement la différence entre propriété corporelle et propriété « intangible », selon la signification moderne de ce dernier terme en tant qu'il est distinct de la propriété « incorporelle ». La propriété corporelle renvoie aux forces physiques de la nature ; la propriété intangible renvoie aux actifs de l'homme d'affaires, ou pouvoir d'achat, sur les marchés, c'est-à-dire les valeurs d'échange, ou plutôt les valeurs de rareté, de sa propriété corporelle, incorporelle et même intangible, qui dépendent des raretés relatives sur les marchés des biens, du travail et de la monnaie.

Ensuite, quand un conflit sur les prix, c'est-à-dire sur les valeurs de rareté, des marchandises ou services, survient, une question peut, dans les centaines de cas arrivant continuellement devant les tribunaux, être soulevée concernant quelle est la « valeur raisonnable », c'est-à-dire la valeur *éthique de rareté*, dans les circonstances [NdT : présentes], de cette marchandise, ou de ce service, ou de la contribution au fond commun sous forme d'impôts, etc. Pour cela, le tribunal, ou la commission de marché, ou la commission des utilités publiques, ou la commission fiscale, ou le bureau d'arbitrage dans les conflits du travail, doit prendre en compte l'ensemble des cinq fonctions variables de la volonté précédemment mentionnées. Il doit considérer les incitations à l'Efficiencia, les circonstances de la Rareté selon le moment et le lieu, les anticipations du Futur, les bonnes et mauvaises pratiques des deux parties ainsi que les bonnes et mauvaises Pratiques Courantes de personnes similaires dans des conditions similaires, et les actes législatifs de l'Etat (*sovereignty*). Ces considérations ne sont rien d'autres que les cinq fonctions interdépendantes de la volonté humaine qui forment la science économique, et la Valeur Raisonnable du droit est ainsi le résumé du tout qu'est la science économique.

J'ai parlé du droit et de l'économie comme deux « sciences ». Pour être au sens strict des sciences, elles doivent avoir, au-delà des théories ou hypothèses avec lesquelles toute science débute, des unités de mesure pour tester leurs théories par expérience et permettre aux différents chercheurs et praticiens de parler le même langage quantitatif. Les mots nous donnent les théories mais les chiffres nous donnent une science. La science économique, à la différence des sciences physiques, a deux systèmes de mesure, une mesure de la quantité et une mesure de la rareté, tandis que le droit ajoute une mesure de la « raisonabilité ». Les mesures de la quantité sont dérivées des sciences physiques et s'appliquent à des dimensions comme la longueur, le volume, le poids, le travail, le

temps et l'efficacité. Mais les mesures de la rareté sont dérivées des marchés et s'appliquent aux dimensions de l'offre, de la demande et du prix. En Amérique, l'unité légale de la rareté est le dollar, et les prix de toutes choses sur les marchés sont déterminés par leurs raretés relatives entre elles-mêmes et vis-à-vis de la rareté relative des dollars eux-mêmes. La mesure de la quantité et la mesure de la rareté vont toujours ensemble. Le tissu fait 50 cents le yard, le blé fait 1 dollar le boisseau, et, dans la période des *greenbacks*, même l'unité physique de dollar de 23,22 onces d'or était aussi élevée que 2 dollars mesurés en termes du cours légal de l'unité de rareté. Ce sont les décisions du tribunal le plus élevé dans les cas « Cours Légal » qui ont changé l'unité de rareté, de la propriété corporelle mesurée par le poids et la pureté à la propriété incorporelle et intangible, liée aux promesses du gouvernement ayant une certaine valeur de pouvoir d'achat sur les marchés. Un cours de ce papier monnaie est considéré comme la liquidation d'une dette dans tous les conflits qui peuvent venir devant les tribunaux, et ainsi presque tous les hommes d'affaire et les travailleurs, dans toutes ventes, tous achats et toutes promesses sur les marchés, utilisent cette unité incorporelle et intangible de mesure plutôt que l'unité d'or ou d'argent.

Nous avons là un cas spécial et extrême de ce qui semble être le principe général sous-tendant le concept de « valeur raisonnable ». Considérant toutes les circonstances de l'ensemble de la population de la nation, le tribunal le plus élevé décida, en effet, qu'il était raisonnable pour les tribunaux inférieurs d'utiliser, dans leur règlement des conflits, une unité de mesure sur laquelle le peuple, par ses représentants, s'était entendu. Le principe n'est pas si différent de celui sous-tendant l'établissement de toutes unités de mesure, que ce soit le poids, la longueur, les pièces ou toutes autres dimensions. Ces unités étaient au début des coutumes locales, puis elles ont été standardisées dans un droit commun à tous les tribunaux par le biais d'un décret royal ou d'un acte législatif. Dans tous les cas, les standards de mesure découlent d'un consensus d'opinion. L'opinion peut être dans l'erreur à la lumière de l'histoire ou de la logique, mais, à la lumière de ce qui fonctionne raisonnablement bien, dans toutes les circonstances et dans l'opinion de ceux sélectionnés pour décider parce qu'ils sont estimés être des hommes raisonnables selon la coutume de l'époque et du lieu – comme un jury, un tribunal, une commission d'utilité publique, un bureau d'arbitrage, une législature ou un corps similaire –, la Valeur Raisonnable, quand elle est mesurée, est le degré de pouvoir économique par le contrôle des raretés relatives que les individus peuvent être autorisés à exercer conformément aux habitudes, aux pratiques courantes, à la *common law* et aux politiques courantes de l'époque et du lieu.

Si, en plus de la *common law*, nous prenons en compte la *statute law*, ainsi qu'il est nécessaire pour avoir une idée complète de l'unité du droit et de l'économie, alors la *statute law*, incluant le droit constitutionnel – fondement présumé de la souveraineté – est plutôt une sorte d'organisateur et d'expérimentateur des efficacités, des raretés, des coutumes et des anticipations des personnes, parfois les amplifiant, parfois les inhibant. Et l'unité du droit et de l'économie, émergeant, comme c'est le cas, de la même force mystérieuse, la Volonté Humaine, sur laquelle chacune de ces sciences est fondée, devient l'interaction de l'Efficiencia qui crée une production nationale de services humains, de la Rareté qui distribue ces services en tant que prix et revenus, de la Futurité qui leur donne une valeur, de la Coutume qui les régule, et de la Législation qui les organise et qui expérimente à partir d'elles.