

Xavier Prévost

*Droit et économie.
Brève comparaison des philosophies
de Natalino Irti et de Benoît Frydman*

*La foi extrême de l'Occident – foi qui aujourd'hui anime
l'engagement politique, les instances législatives, les attentes populaires –
se trouve dans l'économie de marché¹.*

La question des rapports entre droit et économie irrigue l'ensemble de la pensée de Natalino Irti. Parmi les nombreuses publications que lui a consacrées le philosophe du droit italien, un ouvrage a fait date : *L'ordine giuridico del mercato*, paru en 1998 et continûment réédité depuis². L'auteur y propose une pensée originale dont les grandes lignes se retrouvent dans *Le nihilisme juridique*, lequel regroupe plusieurs textes de Natalino Irti, qui traitent directement ou indirectement des rapports entre droit et économie. Si la question intéresse au premier chef le juriste, elle s'avère être fondamentalement un enjeu de société : l'actualité comme l'histoire ne cessent de nous rappeler l'importance sociale des problématiques juridico-économiques³.

¹ N. Irti, *Le nihilisme juridique*, trad. Anne-Marie Bertinotti, Paolo Alvazzi del Frate et Nader Hakim, présentation par Nader Hakim puis par Paolo Alvazzi del Frate et Giordanno Ferri, Paris, Dalloz, 2017, p. 77.

² N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, 6^e éd., Rome 2016.

³ Voir dernièrement A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Nantes / Paris 2015. On se permet également de renvoyer à *Le droit face à l'économie sans travail*, dir. L. Brunori, O. Descamps, S. Dauchy et X. Prévost, t. 1 : *Sources intellectuelles, acteurs*,

La pensée du juriste italien en la matière est si dense qu'il faudra ici se contenter de quelques idées-forces, particulièrement stimulantes, au regard de ce problème décisif. Au cœur de la philosophie du droit de Natalino Irti figure la volonté de dévoiler ce que cache l'invocation de la nature ; laquelle ne désigne pas seulement un droit naturel, mais aussi une économie naturelle qui aurait remplacé celui-là. L'analyse critique du philosophe italien ne se résume pas à la dénonciation de la prétendue neutralité du marché impliquée par sa naturalité, mais questionne également – à l'heure de la globalisation – la spatialité dudit marché. Ce sont là les deux traits saillants qui ressortent de ma lecture plus ou moins fidèle, plus ou moins critique – pour paraphraser la présentation de Nader Hakim⁴ – de l'œuvre de Natalino Irti. Cette lecture est elle-même le produit de mes autres lectures. C'est pourquoi elle s'est faite en dialogue avec la pensée d'un autre philosophe du droit, que je connais moins mal ; à savoir l'analyse du droit global développée par Benoît Frydman.

1. *La neutralité du marché*

Les principales idées de Natalino Irti concernant les rapports entre droit et économie sont exposées dans le chapitre 4 du *Nihilisme juridique*, intitulé « Droit et marché », traduction d'un article s'intégrant au débat engendré par la publication de *L'ordine giuridico del mercato*⁵. Dans ce texte, Natalino Irti indique que « la relation entre le droit et l'économie a suscité deux courants de pensée, [...] le premier étant *naturaliste* et l'autre *politico-*

résolution des conflits, Paris 2019, t. 2 : *L'approche internationale*, Paris 2020.

⁴ N. Hakim, « Une lecture française de Natalino Irti : un droit humain, trop humain », présentation de *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. IX.

⁵ N. Irti, « Diritto e mercato », *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Rome-Bari 1999, p. VII-XX.

juridique »⁶. Le courant naturaliste, ajoute-t-il, regroupe « les doctrines qui attribuent à l'économie la capacité d'exprimer ses propres règles, précisément les "lois de la nature", indépendantes des lois juridiques voulues par les hommes. Le droit naturel de la tradition européenne se transforme en économie naturelle »⁷. Cette conception, à laquelle s'oppose le juriste italien, confère au droit un rang second par rapport à l'économie : l'État et le droit doivent alors se limiter au minimum, spécialement à la garantie des pactes convenus.

Évidemment, ce constat renvoie le lecteur à la philosophie du droit développée à partir des travaux de l'École de Chicago dès les années soixante, laquelle a progressivement occupé une place dominante au niveau international. Les économistes regroupés sous la bannière de l'École de Chicago défendent l'efficacité du marché, qui doit donc rester libre et sur lequel l'équilibre se forme selon la théorie néoclassique des prix. Comme l'écrivent Benoît Frydman et Guy Haarscher, pour les tenants d'un tel libéralisme économique (souvent qualifié de néolibéralisme), « la loi du marché mondial offre toutes les caractéristiques d'un ordre juridique naturel, d'une portée contraignante supérieure à la loi positive, laquelle ne demeure valide et efficace qu'à condition de s'y soumettre »⁸. L'ordre juridique étatique serait donc surpassé par un autre ordre : l'ordre du marché. Celui-ci, en tant qu'il

⁶ N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 49.

⁷ *Ibid.*

⁸ B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, 3^e éd., Paris 2010, p. 44. Les auteurs ajoutent : « Le marché correspond à l'état naturel d'organisation de la société. Les nécessités internes de son fonctionnement imposent des normes simples et claires, plus fortes que le droit positif, et dont la réalité économique vient automatiquement sanctionner la méconnaissance. Quant au droit positif, qu'il émane des États ou des enceintes internationales, son rôle légitime se limite pour l'essentiel à protéger et à garantir les marchés et les zones de libre-échange, sans s'immiscer dans le cours et le résultat des transactions qui s'y déroulent. Le néolibéralisme forge ainsi et tente d'imposer sa propre philosophie du droit ».

découle de la nature même des choses, semble en effet devoir s'imposer à la législation des États, qui ne bénéficie pas d'un tel caractère d'universalité.

Une telle conception est rejetée par Natalino Irti, qui dénonce « l'antinomie logique [dans laquelle] sombrent les doctrines naturalistes »⁹. Il explique en effet que « n'importe quelle description d'économies "naturelles" [...] se trouve dans la *nécessité* logique de postuler des formes et des institutions juridiques »¹⁰. Comme il le résume clairement, « *les descriptions d'économies naturelles sont peuplées d'institutions juridiques* et, sans ces dernières, elles ne pourraient être énoncées ni expliquées »¹¹. Cela le conduit à inverser la relation entre droit et économie, telle que la présentent les travaux issus de l'École de Chicago. Ce « renversement du rapport entre droit et économie, écrit-il, pousse au premier plan *le contenu des normes juridiques* qui devient ainsi le thème central de [sa] réflexion »¹². Il développe dès lors une conception politico-juridique de la relation entre droit et économie : selon lui, « le contenu des normes, et donc la conformation de l'économie d'une façon ou d'une autre, dépend exclusivement de la *décision politique* »¹³. C'est la politique qui, par le droit, fonde le régime de l'économie et non l'économie qui détermine les règles juridiques. Le point de vue néolibéral – qui affirme libérer l'individu de toute emprise – consiste, au contraire, pour Natalino Irti, en une réduction de la liberté, en ce qu'il constitue une dissimulation des choix possibles, fermant la porte au conflit idéologique par la présentation des règles de l'économie de marché comme étant des lois de la nature.

En effet, pour ce qui nous concerne, la question des rapports

⁹ N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰ *Ibid.*, p. 52.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, p. 53.

¹³ *Ibid.*

entre droit et économie est avant tout la question des rapports entre droit et économie de marché. L'économie de marché est le système économique dominant des pays occidentaux. Ce système définit le capitalisme occidental¹⁴, caractérisé par son fonctionnement décentralisé et le recours aux mécanismes automatiques du marché censés assurer la compatibilité des décisions individuelles, notamment à travers les signaux véhiculés par le système des prix. C'est contre la présentation d'un marché naturellement organisé qu'écrit Natalino Irti. Il cherche à en révéler le caractère artificiel : « le marché est, écrit-il, *locus artificialis* et non *locus naturalis*. Il est "artificiel", c'est-à-dire créé par l'art de légiférer »¹⁵. Il est par conséquent politique : « l'économie de marché est un *des contenus possibles de la décision politique et du choix législatif* », conclut-il¹⁶. Ainsi, le système économique des pays occidentaux n'est en rien un donné incontournable auquel le droit doit s'adapter, mais bien un choix politique façonné par le droit.

De la même manière tombe l'apparente neutralité de l'économie, qui prétend imposer ses choix au politique. La naturalisation de l'économie apparaît en effet comme un moyen de l'objectiver, donnant ainsi la légitimité à des experts de dire ce qui doit être objectivement puisque c'est la vérité, puisque c'est la nature elle-même. Toute possibilité de choix est dès lors niée : l'ordre naturel de l'économie s'impose. Cette prétendue neutralité objective ne résiste pas l'analyse de Natalino Irti : le marché n'est pas une réalité naturelle neutre, il est un artifice, c'est-à-dire un choix construit. Le politique reste donc premier et c'est à lui de choisir le système économique en l'organisant par

¹⁴ Même si les deux notions ne sont pas strictement assimilables, comme il ressort notamment de l'analyse historique ; sur ce point, voir dernièrement P. Dockès, *Le Capitalisme et ses rythmes, quatre siècles en perspective*, t. 1 : *Sous le regard des géants*, Paris 2017, t. 2 : *Splendeurs et misère de la croissance*, Paris 2019.

¹⁵ N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁶ *Ibid.*

le droit. Comme le résume le philosophe du droit italien, « le problème de l'économie de marché est un problème de contenu de la décision politique »¹⁷.

2. *La spatialité du marché*

Le rejet de la neutralité du marché conduit Natalino Irti à critiquer dans plusieurs articles ce qu'il considère comme l'emprise actuelle de la « techno-économie ». Dans le chapitre 5 du *Nihilisme juridique*, intitulé « Nihilisme et méthodologie juridique »¹⁸, il s'interroge notamment sur la spatialité de la techno-économie, écrivant ainsi :

La dimension planétaire de la techno-économie s'oppose aux lieux de la terre, définis et fermé. [...] [Le marché global] n'a rien à voir avec l'universalisme de l'*imperium* ou de la *res publica christiana*, mais indique un domaine abstrait de rapports qui, pour ainsi dire, ne traverse ni ne relie les lieux, il ne les range pas en unités, mais passe et s'élargit au-dessus d'eux. Les États nationaux, affaiblis à l'intérieur et à l'étroit dans la limite des frontières, s'efforcent de poursuivre et d'atteindre ces phénomènes globaux. Mais ceux-ci semblent, comme pour riposter, en repousser la tutelle et se réfugier derrière l'universalisme des droits humains¹⁹.

Ce passage – et d'autres dans l'ouvrage – ont, chez moi, fait immédiatement écho à la lecture des travaux consacrés au

¹⁷ *Ibid.*, p. 57.

¹⁸ Traduction de N. Irti, « Nichilismo e metodo giuridico », *Rivista Trimestriale di Diritto e Procedura Civile*, LVI, fasc. 4, 2002, p. 1159-1169.

¹⁹ N. Irti, *Le nihilisme juridique, op. cit.*, p. 63-64.

« droit global » par Benoît Frydman²⁰. Par un cheminement différent, le philosophe belge questionne également les rapports entre droit et économie à la lumière de la spatialité non-étatique de l'économie de marché actuelle. Tout comme le nihilisme juridique de Natalino Irti, l'analyse du droit global par Benoît Frydman interroge la modernité au regard des transformations sociales en cours.

Selon le juriste belge, la modernité connaît deux principes de régulation majeurs : la main de fer de l'État, c'est-à-dire la souveraineté, et la main invisible du marché, c'est-à-dire l'économie capitaliste, qui se concurrencent et se complètent. Benoît Frydman explique qu'une telle conception ne laisse place qu'à deux solutions permettant au droit de contrôler le marché globalisé²¹. « La première est l'État mondial qui [imposerait] son droit au monde entier et en particulier au marché global », au risque toutefois d'une dérive dictatoriale déjà identifiée par Kant. La seconde est la « démondialisation [qui viserait] à déconstruire la globalisation pour en revenir à l'état antérieur (si tant est qu'il n'ait jamais existé) de marchés nationaux encadrés et régis par les États souverains ».

Benoît Frydman, sceptique à l'égard de la faisabilité de ces deux solutions, propose alors une autre voie, qui consiste à remettre en cause les paradigmes de la modernité, et spécialement, la souveraineté bodino-lockienne. Pour le philosophe du droit belge, « il n'y a pas de souverain au niveau global. Il faut en prendre son parti. C'est d'ailleurs probablement une bonne chose. Mais cela ne signifie pas qu'il n'y ait pas, qu'il ne puisse y avoir de droit »²².

²⁰ Voir en particulier : *Les défis du droit global*, dir. Caroline Bricteux et Benoît Frydman, Bruxelles 2017 ; B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles 2014 ; B. Frydman, « Comment penser le droit global », *La science du droit dans la globalisation*, dir. Jean-Yves Chérot et Benoît Frydman, Bruxelles 2012, p. 17-48 ; B. Frydman, *Les transformations du droit moderne*, Diegem 1999.

²¹ B. Frydman *Petit manuel pratique de droit global*, *op. cit.*, p. 69.

²² *Ibid.*, p. 71.

Il part alors à la recherche d'un « droit global » s'appliquant au marché global, cette techno-économie sans frontière évoquée par Natalino Irti. Le départ de l'analyse de Benoît Frydman n'est évidemment pas sans rappeler celui du philosophe italien : l'impuissance au moins partielle de l'État moderne, qui semble dépassé par un certain nombre de transformations actuelles.

Ce point de départ similaire débouche sur des analyses différentes. Ainsi, Natalino Irti paraît rejeter l'idée même d'un droit global. Au sein du dernier paragraphe de l'ouvrage²³, il tempête contre « les conteurs de fables d'une *lex mercatoria*, droit unique et exclusif de l'économie globale [qui] oublie le détail que les États, et seulement les États, conservent le monopole de la force et sont capables d'exécuter de manière coercitive n'importe quel accord ou sentence arbitrale »²⁴. On voit ici toute la différence avec Benoît Frydman qui propose de « sortir de la caverne de la souveraineté », telle que conçue aux xvi^e et xviii^e siècles par Bodin et Locke²⁵.

Partant d'un constat similaire, ces analyses distinctes sont toutes deux très fécondes pour penser autrement les rapports entre droit et économie. Cela suppose de dépasser un cloisonnement des savoirs mortifère.

L'Italien formule un constat sans concession :

La co-extension territoriale entre la sphère économique et la sphère politico-juridique s'est brisée. [...] Les patries du droit tombent dans le silence ; et la volonté normative se retrouve parmi les décombres douloureux et muets, seule, devant l'immensité globale de l'économie²⁶.

²³ Extrait de l'article « Un diritto incalcolabile », *Rivista di Diritto Civile*, LXI, n°1, 2015, p. 11-22, qui a résonné en moi avec ma lecture des travaux d'Alain Supiot, notamment *La Gouvernance par les nombres* précité.

²⁴ N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 201.

²⁵ B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, *op. cit.*, p. 67-74.

²⁶ N. Irti, *Le nihilisme juridique*, *op. cit.*, p. 80.

Le Belge, quant à lui, prévient que, dans l'hypothèse d'un tel cloisonnement :

Les gens de droit laisseront à d'autres, techniciens et gestionnaires notamment, le soin de fixer les règles du monde, selon des impératifs d'efficacité et de rendement, d'où sera absent le souci des droits, de la justice et de l'autonomie, auquel nous sommes plus attachés que jamais et que le droit a pour mission de protéger. Pour qu'ils soient à même de relever ce défi, qui n'est pas mince, il faut revoir fondamentalement la formation des juristes afin de les familiariser à l'étude des normes dans toutes leurs formes et tous les aspects, y compris économiques, sociologiques et techniques, et non plus seulement politiques²⁷.

« Non plus seulement politiques », nous dit Benoît Frydman, mais essentiellement politiques, ajouterais-je, à la lecture de Natalino Irti. Voilà la principale leçon que je retiendrai de cette brève comparaison de ces si riches philosophies du droit.

La formation des juristes doit insister sur la dimension politique du droit, laquelle est savamment revisitée par Natalino Irti. Pour notre propos, ses travaux offrent une déconstruction du discours de neutralité de l'économie qui aurait vocation à tout réguler à l'échelle globale ; discours dont nous voyons chaque jour l'emprise extrêmement forte qu'il exerce sur nos vies quotidiennes. On constate ici à quel point les questions de philosophie du droit ne sont pas pure abstraction, mais ont une application pratique directe. L'étude des rapports entre droit et économie confirme bien que le nihilisme juridique de Natalino Irti n'est en rien la prédiction pessimiste d'un déclin irrémédiable, mais le constat éclairé d'un choix offert au citoyen²⁸.

²⁷ B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, *op. cit.*, p. 116.

²⁸ Voir N. Hakim, « Une lecture française de Natalino Irti... », *op. cit.*, p. XXXIV-XXXVIII.