



Commentaire sur l'article de Clotilde Champeyrache :

« L'entreprise légale-mafieuse : efficacité ou éthique ? »

BY/PAR ENRICO COLLA

Novancia Business School.

LES DOUTES DE POSNER ET SON INTERPRETATION

Comme le remarque Clotilde Champeyrache, Richard Posner - juge fédéral aux Etats-Unis et considéré comme un des fondateurs de l'analyse économique du droit - « *n'apporte pas de réponse tranchée* » à la question « *l'entrée [de criminels] sur des marchés légaux doit-elle être découragée ou encouragée ?* ». D'un côté, pour Posner (1986), une méthode pour réduire l'incidence du crime organisé serait d'augmenter les retours attendus d'activités alternatives et légitimes. Mais d'un autre côté, pour Posner, l'augmentation des avantages provenant d'une activité légitime pourrait réduire l'incidence du crime organisé.

Ce dernier argument amènerait-il Posner à s'opposer aux normes sur le crime d'appartenance à une association mafieuse entraînant la confiscation obligatoire de tous les biens de ses membres?

Pour le comprendre, il convient de rappeler les raisons de ces dispositions. Les associations mafieuses sont considérées comme des organisations criminelles dont les membres « se servent de la force d'intimidation du lien associatif, et de la condition d'assujettissement et d'omertà qui en dérive, pour commettre des délits » (article 416 bis, paragraphe 3, Code pénal italien). Elles sont reconnues comme caractérisées par un degré de dangerosité sociale particulièrement élevé. Voilà pourquoi le code pénal italien prévoit depuis 1982 (à la suite de la loi dite Rognoni-La Torre) le crime d'appartenance à une association mafieuse, entraînant la confiscation obligatoire de tous les biens des mafieux, y compris les entreprises exerçant une activité légale (entreprises « légales-mafieuses »).

Le législateur considère que même dans le cadre de l'exploitation de ces entreprises, les membres des organisations mafieuses vont adopter des comportements d'intimidation et commettre des délits. Le mafieux n'est donc pas condamné pour des raisons morales ou éthiques, mais pour ses agissements criminels passés et futurs présumés.

La confiscation est une mesure de sûreté, liée à la dangerosité et à l'illicéité des objets concernés et des profits criminels et sa présupposition est la reconnaissance d'un danger caractérisé pour la société (Camelio, 2010). Son fondement, selon la Constitution Italienne réside dans le besoin de garantir le déroulement ordonné et pacifique des rapports sociaux (Cutajar, 2010).

Par conséquent, il ne serait à mon sens pas justifié de soupçonner le juge Posner de douter de l'utilité de cette législation antimafia.

Selon ce dernier, la fonction de la loi pénale est d'imposer un coût additionnel à la conduite criminelle pour la limiter ou l'éliminer. A mon avis, il essaierait plutôt de comprendre dans ce cas si les coûts additionnels infligés aux mafieux – la sanction pour crime d'association mafieuse et la confiscation de leurs biens - sont excessifs pour les punir et prévenir leurs délits.

Vu la dangerosité extrême des mafias démontrée par tant d'études socio-économiques (Champeyrache, 2004, 2007), je crois que les dispositions introduites par les législateurs italiens le convaincraient.

POSNER ET L'UTILITARISME

Selon une autre hypothèse de Clotilde Champerache, les doutes de Posner concernant l'insertion d'un criminel dans des activités légales naitraient de son acceptation de la théorie économique utilitariste.

En découlerait « une deuxième hypothèse – peu compatible avec le monde réel – d'une concentration de pouvoir faible ou nulle dans une économie concurrentielle et donc d'une absence de contrôle économique ou politique sur les ressources» (Champeyrache, 2014).

Mais il ne semble pas justifié d'attribuer à Posner l'acceptation du modèle utilitariste.

Dans ses ouvrages, Posner fait souvent référence à Karl Popper et au rationalisme critique. Il se définit lui-même comme anti-métaphysique (la vérité n'existe pas), antidogmatique (toute théorie doit disposer d'un potentiel de réfutation)...sceptique et empirique (Posner, 1998). Pour lui les décisions juridiques sont des jugements de valeur et le droit a besoin d'autres disciplines qui lui fournissent des concepts et des méthodes pour rendre des décisions efficaces.

Il est un pragmatique convaincu que le droit est incapable de traiter un certain nombre de questions cruciales sans l'appui d'autres disciplines, et notamment de la science économique (qui lui paraît la plus utile puisqu'elle se base sur la rationalité des comportements humains), mais aussi de la sociologie, de la psychologie, ainsi que d'autres encore (Posner, 1998; Harnay & Marciano, 2003). Il n'a jamais prétendu que l'économie à elle seule puisse résoudre tous les problèmes juridiques, et il écrit que la compétence de l'économiste dans une discussion sur le système légal, est strictement limitée. Mais il défend l'idée que cette compétence – étayée par une méthode scientifique - permet de prévoir les effets des règles juridiques sur la valeur et l'efficacité, dans leur signification strictement technique...Il ne peut pas prescrire des changements sociaux.

Posner pense que la fonction principale de la loi, dans une perspective économique, est de modifier les incitations et donc de réguler les comportements. Il pense aussi qu'il n'y a

aucune incohérence fondamentale entre la moralité et l'efficacité et que les principes de la morale accroissent la richesse de la société plus qu'ils ne la réduisent, tout en reconnaissant que la loi n'incorpore en général aucun principe moral dans sa globalité (Posner, 1998).

En outre, Posner a notamment refusé la version de Wilfredo Pareto de l'économie du bien-être, en reprenant les critiques sur l'impossibilité des comparaisons interpersonnelles d'utilité, les risques de sacrifice des intérêts individuels à l'intérêt social et de « monstruosité morale ». Il a d'ailleurs proposé une théorie alternative (selon lui) à l'utilitarisme, selon laquelle le critère de maximisation n'est pas le bien-être (le bonheur pour lui est un concept incomparable et non mesurable) mais la richesse. Son concept de l'efficacité, différent de celui de Pareto, est le même que celui de Kaldor-Hicks (Shumpeter, 1953) qui tient compte des effets sur les parties tiers.

Posner rappelle que le fait que tout entrepreneur puisse être incité, au nom de l'efficacité économique et en présence d'une loi inadéquate, à passer outre les problématiques éthiques, ne signifie pas que celui-ci va le faire nécessairement ni que l'éthique soit exclue des comportements humains. Si l'entrepreneur met la poursuite de son intérêt personnel (ou de l'entreprise) au-dessus de tout autre objectif, certes, il pourra ignorer l'éthique (sans être obligé de le faire). C'est bien pour cette raison que Posner estime que la loi doit être adaptée, imposer des contraintes et définir de bonnes incitations. Avec l'aide de l'économie et comme le dit l'auteur pour ne pas laisser la place aux seuls entrepreneurs les plus enclins à ne pas respecter la loi.

Il serait aussi très discutable d'attribuer à Posner l'acceptation de l'hypothèse d'une concentration de pouvoir faible ou nulle, typique d'un modèle théorique de concurrence parfaite. Au contraire, Posner est reconnu comme un des juristes qui ont contribué à l'évolution de la législation antitrust américaine basée sur une analyse de la concurrence réelle (et non pas du modèle théorique de « concurrence parfaite »).

La pensée de Richard Posner est cohérente avec la défense du marché, tout en reconnaissant la nécessité de la régulation de la concurrence, comme de la finance. Il réfute l'idée que la poursuite de l'intérêt personnel donne lieu nécessairement au bien-être collectif. Au contraire, il pense que dans un système laissé à lui seul, les malhonnêtes risqueraient de prévaloir, raison pour laquelle le droit (et l'analyse économique) est indispensable. Dans son ouvrage récent sur la crise économique, il défend le rôle d'un gouvernement actif, et intelligent et critique la dérégulation financière à l'origine de la crise (Posner, 2009).

On peut certes reprocher à Posner d'attribuer trop d'importance à la théorie économique dans la formation des lois ou des décisions des juges, et de minimiser le rôle d'éléments non rationnels et d'objectifs autres que la simple richesse dans le comportement des acteurs sociaux. Les enquêtes montrent que plusieurs facteurs concourent aujourd'hui à définir le bien-être (ou la qualité de la vie), même si celui qui est considéré comme le plus important par les individus reste toujours la situation financière, devant la vie familiale et la santé (Stiglitz, Sen, & Fitoussi, 2009).

Aux yeux de Knight, le critère de la richesse aurait une connotation peut être encore plus « matérialiste » que celui de la recherche de la satisfaction des désirs (Knight 1923). Mais en réalité, Posner n'exclut pas les autres éléments de la valeur autres que la richesse, tout en étant convaincu que l'hypothèse selon laquelle l'analyse de la poursuite rationnelle de

l'intérêt personnel (même là où celle-ci ne constitue pas le seul élément) permet de comprendre et de prévoir les comportements individuels et les réactions face aux lois.

LE THEOREME DE PARETO ET LA MAFIA

Par ailleurs, même si on voulait s'en tenir aux critères du théorème de Pareto, « l'infiltration mafieuse dans l'économie légale » ne devrait être ni encouragée ni tolérée.

L'hypothèse selon laquelle l'état mafieux représenterait un ordre stable, face à un état de nature, et donc un équilibre optimal au sens de Pareto, est très discutable. L'ordre mafieux auquel font référence les auteurs italiens cités par Clotilde Champeyrache (Zamagni, 1993 ; Franchetti, 1876) est de nature politico/sociale et précède de beaucoup la mafia entrepreneuriale à laquelle se réfèrent les diverses lois en vigueur, dont celle sur la confiscation des biens mafieux. Avant la pénétration de cette mafia « entrepreneuriale » (Arlacchi, 1982), ce n'était certes pas un état de nature qui prévalait dans toute l'Italie méridionale (notamment la Sicile) des années 1960, en pleine transition d'une économie essentiellement agricole à une économie caractérisée par le développement industriel.

L'infiltration mafieuse dans ce type de tissu économique ne se présente donc pas comme un avantage pour la société dans le sens Parétien du terme (un optimum de Pareto). Les actions criminelles perpétrées par les mafieux ont limité radicalement (et continuent de le faire) le bien-être de nombreuses populations.

Par ailleurs, l'optimum de Pareto se base sur des conditions très strictes de caractère économique - équilibre de concurrence et absence d'externalités – manifestement irréalistes.

L'infiltration mafieuse ne crée pas d'ordre stable, mais plutôt un déséquilibre continu grâce auquel les entreprises mafieuses gagnent des positions aux dépens des entreprises non mafieuses. Le rôle de l'état est justement de contraster ces tendances par le biais de lois basées sur les principes généraux de la constitution afin d'éliminer ou réduire la dangerosité sociale de ces comportements. Les normes répressives (comme dirait Posner) visent aussi le rétablissement du bon fonctionnement du marché.

LA THEORIE ECONOMIQUE DOMINANTE ET L'ECONOMIE DU BIEN-ETRE

A ce propos Clotilde Champeyrache pose la question : « pour comprendre s'il faut décourager ou encourager l'entrée [de criminels] sur des marchés légaux (...) faut-il (...) se limiter au cadre de réflexion défini par le modèle économique dominant fondé sur le critère de l'efficacité? »

Selon l'auteure, « la logique de la théorie économique dominante, basée sur l'utilitarisme, ...l'infiltration mafieuse dans l'économie légale peut être tolérée voire encouragée, dans la mesure où elle répond au critère d'efficacité économique ».

Il ne paraît pas correct identifier la « théorie économique dominante » avec l'utilitarisme. En outre, affirmer que la théorie économique « mainstream » considère la relation entre l'économie et l'éthique comme « champs séparés avec subordination de l'éthique » me semble discutable.

On peut certes reprocher aux utilitaristes (Bentham, Stuart Mill, Edgeworth, Marshall ou Pigou) de vouloir englober l'éthique dans l'économie. Mais ce n'est pas la position des économistes classiques, comme Ricardo, Marx, ni même d'Adam Smith. En manifestant le même réalisme sur la nature humaine que les utilitaristes, ce dernier n'avait pas non plus une grande confiance (quoique qu'en disent certains) dans l'économie. Comme l'écrit Sen (1991), le fait que Smith remarque que les échanges mutuellement avantageux sont très communs n'indique pas du tout qu'il pensait que l'égoïsme à lui seul, ni même la prudence au sens large, pourrait suffire à garantir une bonne société.

La subordination de l'économie à l'éthique ne correspond pas non plus à la position des économistes post-utilitaristes, dont un des plus importants, Marshall, créateur avec Wicksell d'un nouveau système théorique et analytique, déplora l'alliance avec l'utilitarisme et y renonça (Shumpeter, 1983). Et la théorie de la valeur fondée sur l'utilité est entièrement indépendante de tout postulat ou de toute philosophie hédoniste (Shumpeter, 1983). Pour les précurseurs de la nouvelle théorie de la concurrence, comme pour Keynes, la séparation entre économie et éthique était bien plus nette (Robinson, 1962).

Pour tous ces économistes, l'éthique est indépendante de l'économie, mais non subordonnée, et la poursuite de la richesse collective peut justifier les régulations des marchés.

Identifier la théorie économique « mainstream » avec Pareto est, à mes yeux, encore plus opinable. Sa théorie a été critiquée dès les années 30 et ce qui en a survécu - le critère de l'optimum - a conservé un contenu modeste sur le plan éthique (Sen, 1991). La théorie de Pareto a fait place à la « nouvelle économie du bien-être » laquelle, privée de la possibilité des comparaisons interpersonnelles d'utilité, est une base informationnelle vraiment restrictive pour les jugements sociaux selon Amartya Sen (2009).

L'ECONOMIE, L'ETHIQUE ET LE DROIT.

En répondant à la question « La dimension éthique permet-elle d'apporter un éclairage plus pertinent sur le sujet? », Clotilde Champeyrache écrit à juste titre : « Si l'on reconnecte l'individu à la société dans laquelle il évolue, rien ne garantit que l'obtention de l'efficacité respecte des critères tels que le respect de la liberté de chacun et de l'égalité des opportunités pour tous ».

On ne peut que partager ces remarques justifiant l'existence d'une législation qui ne serait pas basée seulement sur des considérations économiques, comme le soutiennent les tenants des positions extrêmes du modèle économique de la raison juridique (Frydman, 2011).

Posner aussi exprime clairement une conception des limites de l'efficacité comme critère ultime du bien-être social et reconnaît que la compétence de l'économiste dans la discussion du système juridique est limitée. Il peut prévoir l'effet des normes légales sur la valeur et l'efficacité, ainsi que sur la distribution en place des revenus et de la richesse, mais il ne peut pas émettre des prescriptions normatives pour le changement social (Posner, 1986).

Beaucoup d'économistes partagent aussi les formulations de Knight pour qui le problème du management social est un problème de valeurs et pas seulement d'efficacité (Knight, 1923, p.582). Ou encore l'idée que la distribution des biens dans la société n'est pas éthique et qu'il peut y avoir une contradiction entre la justice sociale et l'efficacité. Ainsi l'analyse de

Knight des différentes capacités et volontés des personnes de s'impliquer dans le jeu concurrentiel trouve plus qu'un écho dans la théorie des capacités, aujourd'hui au centre de la théorie de la justice (Sen, 2009 ; Nussbaum, 2003, 2010). Niant la possibilité de la mesurabilité des désirs humains (variables avec le temps, les situations et les personnes), Knight participe aussi aux critiques de l'utilitarisme en affirmant la séparation entre l'éthique et l'économie. Nombreux ont été les économistes à accueillir son invitation à passer de l'économie à la biologie, à la psychologie sociale et à l'histoire de la culture afin de mieux appréhender les motivations et les comportements des individus (Knight, 1923). En même temps, avec une formule assez Posnerienne, il reconnaît que tous les objectifs et les motivations sont économiques dans le sens qu'ils nécessitent l'utilisation de ressources matérielles pour leur réalisation (Knight, 1922). Mais l'économie, encore une fois, est insuffisante, comme toute explication scientifique par ailleurs, puisqu'il n'y a pas de règles pour définir la valeur. Pour cet auteur, au-delà de la science, l'économie et la culture historique, il y a l'éthique, qui n'est pas scientifique et qui consiste dans la critique des valeurs (Knight, 1922).

En somme, il me semble que bien des économistes s'accordent à penser que la science économique s'est appauvrie suite à sa distanciation par rapport à l'éthique, et que, comme l'écrit Sen, l'économie du bien-être pourrait s'enrichir considérablement si elle attachait davantage d'attention à l'éthique, et l'étude de l'éthique pourrait bénéficier d'un contact plus étroit avec l'économie (Sen, 1991).

Mais si tous ces auteurs admettent que l'économie ne suffit pas à définir de bonnes lois ou des lois justes, mais que l'éthique peut y contribuer, ils opèrent néanmoins une claire distinction entre éthique et lois.

A ce propos, Clotilde Champeyrache écrit: « la propriété privée (serait) une liberté économique qui n'a de sens que tant que les deux hypothèses implicites suivantes soient effectives ... tout d'abord, la bonté (*goodness*) est inhérente à tout agent économique ».

Certes Posner et Knight (comme Adam Smith) partagent l'idée qu'en l'absence totale de régulation, sur beaucoup de marchés, ce sont les moins honnêtes qui en profitent.

Mais l'argument selon lequel il faudrait définir le degré de liberté économique à accorder à chacun en fonction de son degré de bonté ne paraît pas être basé sur un principe général accepté par aucune constitution, ni aucune loi, du moins si l'on prend en compte les pays occidentaux, démocratiques et caractérisés par des économies de marché.

La loi n'a pas vocation à s'occuper de la bonté individuelle mais à considérer les comportements sur la base de la raison et des principes généraux de la législation. La morale peut certes fournir des orientations générales à cette dernière, à condition qu'elles soient acceptées par le législateur et la jurisprudence.

Par contre, il me semble que l'affirmation des économistes institutionnalistes, citée par Clotilde Champeyrache, selon lesquels « les interactions collectives sont modélées par le droit qui intègre des considérations éthiques » est largement partagée. L'intégration des considérations éthiques dans la loi renvoie par ailleurs (et les anticipe) aux approches plus modernes de l'identification du sens des lois. Selon le modèle pragmatique moderne, le fondement ultime des lois - et de leur interprétation - relève d'une part de la cohérence générale avec les textes fondateurs et les principes généraux (notamment la Constitution), et

d'autre part du consensus des membres de la communauté juridique, voire de la société tout entière, issu d'une discussion (Frydman, 2011).

Selon certains auteurs, une orientation morale peut être traduite en principes juridiques généraux et en lois, mais uniquement sur la base d'un consensus ayant fait l'objet d'une discussion, elle-même respectueuse d'une procédure basée sur des principes « éthiques » (Habermas, 1997 ; Sen, 2009).

CONCLUSION

On ne peut que partager les critiques de Clotilde Champeyrache quant à l'insuffisance du critère de l'efficacité et de l'économie du bien-être afin de fonder et mieux définir les lois contre les mafias.

Néanmoins de nombreux économistes et sociologues - notamment italiens - ont utilement appliqué à l'analyse de la mafia (en s'inspirant des principes fondateurs de grands sociologues et économistes comme Weber et Shumpeter) les instruments conceptuels propres à l'organisation industrielle et à la stratégie d'entreprise modernes (Arlacchi, 1983 ; Champeyrache, 2004, 2007).

Ils ont notamment bien montré que les lois antimafia, comme la loi Rognoni La-Torre, sont indispensables si l'on veut éviter les conséquences négatives des activités mafieuses sur la société et l'économie toute entière. Tout bien-être collectif (indépendamment de la définition que l'on en donne) serait diminué sans elles.

Il est utile de rappeler aussi que les retombées économiques négatives des actions mafieuses n'expliquent pas à elles seules les sanctions légales. Ces dernières ne s'appliquent pas aux mafieux parce qu'ils perturbent la concurrence ou la liberté économique des populations, ni même pour des raisons morales, mais parce qu'ils commettent de graves délits par l'intimidation et l'omertà.

Si des entrepreneurs non mafieux perturbaient la concurrence sans intimider personne et sans commettre de délits, ils seraient punis en application des lois antitrust ou d'autres législations économiques. Si en revanche, ils commettaient des délits par intimidation, ils seraient sanctionnés pour ces derniers. Mais c'est la gravité exceptionnelle des perturbations apportées par les organisations mafieuses à l'ordre public et au tissu économique et social – par intimidation - qui justifie les lourdes sanctions - dont la confiscation des biens – introduites par la loi Rognoni-La Torre. Celle-ci est par ailleurs le résultat des analyses économiques et sociales citées plus haut, mais aussi du sursaut moral et éthique d'une partie importante de la société méridionale d'Italie unie contre les mafias.

REFERENCES

- Arlacchi, P. (1983), *La mafia imprenditrice*. Bologne : Il Mulino.
- Camelio, T. A. (2010). 'La confiscation des avoirs mafieux dans la législation italienne' in C. Cutajar (ed.). *Stratégie pour enrayer le développement des marchés criminels*. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, p.228-242.

- Champeyrache, C. (2004), *Entreprise légale, propriétaire mafieux. Comment la mafia infiltre l'économie légale*. Paris : CNRS Editions.
- Champeyrache, C. (2007). *Sociétés du crime. Un tour du monde des mafias*. Paris : CNRS Editions.
- Champeyrache, C. (2012). 'Mafia et économie légale : typologie des marchés infiltrés'. *Economie Appliquée*, 65(3) : 5-26.
- Cutajar, C. (2010). 'Le gel et la confiscation des avoirs criminels', in C. Cutajar, (ed.), *Garantir que le crime ne paie pas. Stratégie pour enrayer le développement des marchés criminels*. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, p.170-187.
- Commons, J. R. (1931). 'Institutional Economics'. *American Economic Review*, 21(4): 648-657.
- Frydman, B. (2011). *Le sens des lois*. Bruxelles : Bruylant.
- Habermas, H. (1997). *Droit et démocratie*. Paris : Gallimard.
- Harnay, S. & Marciano, A. (2003). *Posner, l'analyse économique du droit*. Paris : Editions Michalon.
- Knight, F.H. (1922). 'Ethics and the Economic Interpretation'. *The Quarterly Journal of Economics*, 36(3): 454-481.
- Knight, F.H. (1923). 'The Ethics of Competition'. *The Quarterly Journal of Economics*. 37(4): 579-624.
- Knight, F. (1929). 'Freedom as Fact and Criterion'. *International Journal of Ethics*, 39(2): 129-147.
- Posner, R. (1986). *Economic Analysis of Law*. Boston/Toronto: Little, Brown & Company,.
- Posner, R. (1998). 'The Problematics of Moral and Legal Theory'. *Harvard Law Review*, 111: 1637-1717.
- Posner, R. A. (2009). *A Failure of Capitalism: The Crisis of 2008 and the Descent into Depression*. Harvard: Harvard University Press.
- Robinson, J. (1962). *Economic Philosophy*. Londres: C. A. Watts.
- Sen, A. (1991). *Ethique et économie*. Paris: PUF
- Sen, A. (2009). *L'idée de justice*, Paris : Flammarion.
- Shumpeter, J. (1983). *Histoire de l'analyse économique*. Paris : Gallimard.
- Stiglitz, J., Sen, A. & Fitoussi, J-P. (2009). *Richesse des Nations et bien être des individus*. Paris : Odile Jacob.