



Munich Personal RePEc Archive

**Harmonising Hayek and Posner:
revisiting Posner, Hayek the economic
analysis of Law**

Ojo, Marianne

North West University

22 June 2015

Online at <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/65190/>
MPRA Paper No. 65190, posted 23 Jun 2015 11:45 UTC

ABSTRAIT

Ce document vise à mettre en évidence le consensus Posner et Hayek sur l'importance de la décentralisation, ainsi que l'importance de l'intégration des acteurs non juridiques comme des outils pour faciliter l'allocation efficace des ressources dans le droit commun. En plus de souligner le consensus sur les points de vue des Posner et Hayek, en ce qui concerne de centralisation de l'information dans le processus judiciaire, ce document vise à expliquer pourquoi de la centralisation sert comme un outil essentiel dans la facilitation de l'objectif du droit commun comme une répartition de l'efficacité mécanisme.

Alors il est soutenu que juges des tribunaux inférieurs peuvent pas et ne doivent pas être administrés tels flexibilité pour faire et défaire la loi, les principes et les décisions des lords juristes agissant en qualité de législateur, ont également illustré conduisant dans plusieurs cas que la flexibilité voulue par Le Parlement peut être mal interprété et mal appliqué dans les cas futurs. Cela a également entraîné dans la critique des aides extrinsèques à l'interprétation des lois. Ce document analyse et élargit ces observations.

This paper is aimed at highlighting Posner and Hayek's consensus on the importance of decentralization, as well as the significance of the incorporation of non-legal actors as tools for facilitating the efficient allocation of resources in common law. In addition to highlighting the consensus on the views of Posner and Hayek, in respect of decentralization of information within the judicial process, this paper aims to address why decentralization serves as a vital tool in facilitating the objective of common law as an efficiency allocation mechanism.

Whilst it is argued that lower court judges may not and should not be given such flexibility to make and unmake the law, the principles and decisions of law lords acting in the capacity of legislature, have also illustrated in several leading cases that the flexibility intended by Parliament may be misinterpreted and wrongly applied in future cases. This has also resulted in the criticism of extrinsic aids to statutory interpretation. This paper analyses and expands on these observations.

Mots clés: attentes légitime, de précédents judiciaires, interprétation de la loi, l'efficacité d'allocation, *Pepper v Hart*, *Daubert*, *Le Domaine d'Edgar A. Berg v Commissaire*, le droit commun

Table Des Matières

A Introduction

- I. être ou ne pas être réglementé : Règlement sur l'objet et la centralisation de l'information
- II. La conception de Posner de la loi comme " une série de règles disparates , et comme téléologique »

B Revue de la littérature : L'évolution du droit commun

- I. L'évolution du droit commun : Règles d'interprétation législative
- II. Le juricomptable titre de témoin expert. La succession de Edgar A. Berg v Commissaire (TC Memo 1991-279) et Daubert

C Harmoniser Hayek et Posner : Décentralisation par des agents non juridiques

D Conclusion

E RÉFÉRENCES

Harmonisation du Hayek et Posner: Posner, Hayek et l'Analyse Économique Du Droit

Harmonising Hayek and Posner: Posner, Hayek & the Economic Analysis of Law

Marianne Ojo¹

A Introduction

Être ou ne pas être réglementé: Règles intentionnelles sur l'objet et la centralisation de l'information

La décentralisation de la procédure judiciaire et législatif a progressé au fil des ans - comme en témoigne l'engagement des acteurs juridiques, non juridiques et économiques dans le processus de décision judiciaire et règle. Cela sert comme témoignage du fait que les juges ne peuvent pas être entièrement équipés pour allouer des informations de manière à ce que l'efficacité maximale ou le meilleur résultat est dérivé pour les parties concernées. D'autres acteurs non juridiques tels que les experts financiers sont maintenant engagés comme témoins experts pour décider arrêts marquants.

Ainsi que d'un outil qui sert à faciliter les contrôles plus et la responsabilité dans le processus de décision judiciaire et la loi, de la centralisation est également accentue son rôle en tant que mécanisme permettant l'allocation efficace de l'information peut être réalisé. En plus de souligner le consensus sur les points de vue des Posner et Hayek, en ce qui concerne de centralisation de l'information dans le processus judiciaire, ce document vise à expliquer pourquoi de la centralisation sert comme un outil essentiel dans la facilitation de l'objectif du droit comme une répartition de l'efficacité mécanisme.

Selon Cooter et Rubinfeld,² des résultats justes et précises, les tribunaux doivent résoudre les cas en appliquant la loi et les faits qui sont pertinents à l'affaire, sont disponibles et sont à disposition

¹ Professeur, Faculté de commerce et d'administration, Université du Nord-Ouest, Email: mariannejo@hotmail.com
L'auteur tient à remercier le rédacteur en chef et les examinateurs pour les commentaires immensément bénéfiques prévus dans la génération de ce document. Elle exprime aussi particulièrement immense gratitude et ses remerciements à son cher collègue et source d'inspiration incroyable, Prof DiGabriele - dont les papiers constituent la base de la rubrique liée à la juricomptabilité.

² R D. Cooter et DL Rubinfeld «Une analyse économique de la découverte juridique» à la page 437

pour trancher des questions à portée de main. En outre, ils sont d'avis que des renseignements complets au résultats de l'essai dans un jugement qui est précis par rapport à la législation existante; et que dans la mesure où le droit de la responsabilité civile est conçu pour internaliser les coûts, résultats précis va générer des incitations efficaces. De la même manière, ils soutiennent en outre, que l'information complète dans les négociations avant le procès favorise le règlement des conditions se rapprochant de l'arrêt complet de l'information.

L'importance des mesures visant à garantir que le tribunal reçoit une information complète, avant l'affaire ou du procès - comme un moyen de générer des résultats efficaces dans la prestation des jugements, est appelée sur le fait. Cependant les questions actuelles tournent autour des procédures visant à obtenir des informations complètes est également souligné. Ces problèmes à leur avis, pourraient être atténués si le tribunal est en mesure de déterminer la valeur de l'information à la partie requérante - donc veiller à ce qu'une telle partie paie entièrement les coûts associés à la conformité avec les réglés.³

L'importance de déterminer les enjeux pour les parties concernées est non seulement essentiel du point de vue de produire des résultats efficaces - qui ferait exécuter le rôle du droit commun comme un outil de promotion de l'allocation efficace des ressources, mais aussi mettre en évidence la raison pour laquelle la détermination des ces enjeux constitue un facteur d'influence dans l'évolution du droit commun.

La section II de la Revue de la littérature viennent corroborer et consolide sur ce point.

La troisième section consolide ensuite sur la de centralisation de l'information retenue par les juges dans le processus judiciaire par voie de référence aux vues de Posner sur les concepts de Hayek et Kelsen de droit. Pour en arriver à la conclusion que de nombreux facteurs déterminent et ont influencé l'évolution du droit commun au fil des ans, la section finale souligne également pourquoi il est nécessaire d'impliquer les acteurs non juridiques dans le processus judiciaire.

II La conception de Posner de la loi comme "une série de règles disparates, et comme téléologique»⁴

Le développement de la jurisprudence et le rôle des juges dans l'interprétation des lois et de la législation - afin de mieux aligner avec l'intention originelle du législateur, a été mis en évidence au cours des siècles passés. Certains cas, cependant, ont réfléchi possibilités dans lequel le développement judiciaire peuvent générer des résultats qui sont contraires à l'intention du législateur. Ceci peut être illustre par l'article 10 (b) et la Règle 10 b (5) de la loi Securities

³ voir ibid

⁴ TJ Zywicki et AB Sanders , " Posner , Hayek et l' analyse économique du droit » Iowa Law Review Volume 93 n ° 2 , pp 559-603 Février 2008, Université du George Mason Documents de Recherche en économie et le droit

Exchange Act de 1934 qui a été mis en évidence comme ayant été interprété "pour exiger que les initiés de sociétés et tippees soit divulguer d'informations privilégiées ou de ne pas le commerce.»⁵

Carlton et Fischel soutiennent que ce développement judiciaire est contraire à l'intention du législateur et qu'aucune preuve existe pour soutenir le fait que le Congrès vise à interdire initié trading.⁶

En outre, alors que Hayek est considéré voir le droit commun comme un «ordre spontané qui régit la société de mieux qu'une personne pourrait»,⁷ Posner est considéré voir la loi comme "un ordre consciemment fait grâce aux efforts des juges et des législateurs.»⁸

Cependant la conception de Posner de la loi comme un «un ordre consciemment fait grâce aux efforts des juges et des législateurs," semble exclure sa reconnaissance de l'engagement des acteurs non juridiques comme des instruments ou des moyens d'atteindre les objectifs juridiques. Cette question sera discutée plus en détail dans la section C du présent document.

Cette dessus de vues sur les niveaux de contrôle de la loi et les perceptions d'être réglementé et la capacité de réguler différentes, peuvent être considérés comme des facteurs influents régissant les opinions aussi partagées par Posner et Hayek sur le rôle des juges - celui qui Posner juge plus actif que passif. La question tourne autour pourquoi les entreprises pourraient vouloir allouer des "droits de propriété à des informations précieuses"⁹ aux gestionnaires, plutôt que pour les actionnaires, est non seulement basée sur les locaux que les gestionnaires peuvent valoriser ces informations plus que les actionnaires, mais aussi attribué à la capacité de ces agents pour mieux surveiller, superviser et représentent pour la distribution et la dissipation de ces informations d'une manière et le moment (dont les actionnaires sont moins bien équipés et spécialisée pour gérer).

Dans cette perspective , on pourrait faire valoir que, bien que l'information réglemente ceux qui sont moins spécialisés et équipés pour traiter ces informations , la délégation et la centralisation de ces informations à ceux qui sont spécialisés et mieux équipés pour gérer ces ressources

⁵ SEC v Texas Gulf Sulphur Co , 401 F.2d 833 (2d Cir 1968) (en banc) , cert nié , 404U.S1005 (1971) .Voir D Carlton et D Fischel , " Le règlement des opérations d'initiés " Volume Stanford Law Review 35 n ° 5 (mai 1983) pp 857-895 , à la page 884 6 voir ibid 7 FA Hayek (1960) . La Constitution de la Liberté . Chicago : University of Chicago Press et FA Hayek (1973_ Droit, législation et liberté : Règles et de l'Ordre , Volume 1. Chicago : University of Chicago Press.

⁶ ibid

⁷ FA Hayek (1960). La Constitution de la Liberté. Chicago: University of Chicago Press et FA Hayek (1973_ Droit, législation et liberté : Règles et de l'Ordre , Volume 1. Chicago : University of Chicago Press.

⁸ Voir RA Posner, (2005) " Hayek , Droit, et Cognition » 1 Université de New York Journal of Law and Liberty 147. Voir aussi TJ Zywicki et AB Sanders, " Posner , Hayek et l' analyse économique du droit » Iowa Law Review Volume 93 n ° 2 , pp 559-603 Février 2008, George Mason University Law and Economics Research Paper Series , voir notamment abstraite Voir D Carlton et D Fischel , " Le règlement des opérations d'initiés " Stanford Law Review Volume 35 n ° 5.

⁹ Voir D Carlton et D Fischel , " Le règlement des opérations d'initiés " Stanford Law Review Volume 35 n ° 5 mai 1983 page 866.

inestimables et les services publics privilégiés, génère un résultat dans lequel de telles informations est mieux réglementé , ainsi que maximisée.

De la même manière, alors que le droit, et en particulier du droit commun, pourrait réguler ceux qui sont moins spécialisés pour traiter de telles règles, ils sont régis aussi par des individus et des collectivités plus capables. D'où la question n'a pas nécessairement simplement rapporter à savoir si le droit est réglementée ou régule, mais plutôt, pourquoi il devrait être réglementé et les agents à travers lequel une telle réglementation devrait avoir lieu.

Dans leur article, Carlton et Fischel, font également valoir que «même si la réglementation fédérale est justifiée sur la base du coût d'application de la loi, les entreprises doivent avoir la possibilité de se retirer de la réglementation en l'absence de toute preuve d'effets de tiers, et que ces entreprises sont les meilleurs juges de la façon de structurer les termes de leurs contrats de travail. »¹⁰

Là réside l'argument de l'autorégulation appliquée. Alors que les entreprises individuelles peuvent être les meilleurs juges pour décider de la conception de leurs contrats, pour que ces contrats soient sur mesure pour ajuster au mieux aux besoins de leur entreprise, l'auto-régulation par ces entreprises, peut-être mieux appliquée par l'État et par la tribunaux. Même avec ses avantages, certains inconvénients peuvent aussi être attribués à l'auto-regulation.¹¹ En plus d'être en conséquence d'un manque de transparence dans un régime de réglementation et de surveillance, la capture réglementaire est également plus susceptible de se produire où un système d'autorégulation fonctionne.

Le but de la section qui suit est de souligner l'importance de l'application des règles téléologique dans le processus de «mise à jour». Un tel objectif sera facilitée par référence aux règles d'interprétation des lois.

La section vise également à mettre en évidence la raison pour laquelle l'engagement des acteurs non - juridiques dans le processus judiciaire est un outil pour le renforcement des réclamations relatives à l'efficacité du droit commun comme un mécanisme d'allocation des ressources.

¹⁰ voir ibid , à la page 895

¹¹ Pour plus d'informations sur les avantages et les inconvénients de l'autorégulation , forcées autorégulation voir M Ojo , " Appliquées autorégulation Co-operative et concurrentiel : Le rôle des gouvernements , les acteurs privés et les banques en matière de responsabilité d'entreprise http://mpa.ub.uni-muenchen.de/27850/1/MPRA_paper_27850.pdf ; voir aussi I Ayres et J Braithwaite , Responsive Regulation : Transcender la déréglementation Débat Oxford University Press, page 102

Revue de la littérature: L'évolution du droit commun

L'évolution du droit commun: règles d'interprétation législative

L'intention téléologique des règles et le législateur constitue une caractéristique fondamentale du système du droit commun. En illustrant le rôle accru des juges, non seulement en adhérant au législateur ou de la législation, et l'importance croissante de l'interprétation des règles avec l'intention, l'application des règles d'interprétation des lois et de l'évolution de ces règles sera élaboré sur:

La règle littérale de l'interprétation des lois

Ceci constitue habituellement le, point de départ de base en interprétant un morceau de la législation. Selon cette règle, les juges sont tenus d'interpréter les lois et la législation en fonction de leur sens ordinaire, naturel et dictionnaire, même si le résultat d'une telle interprétation peut générer des résultats absurdes ou ridicules. Les rôles des juges sont considérablement limités et restreints en vertu de cette règle et peuvent être considérés comme étant plus passif par rapport à leurs rôles dans le cadre des autres méthodes d'interprétation des lois. En outre la certitude semble être un avantage de se conformer à cette règle, ces attributs avantageuses doivent être pesés contre les résultats qui sont obtenus lorsque les résultats absurdes sont générés et les attentes légitimes des parties concernées sont effectivement pas réunies.

A cet effet, la règle d'or constitue la prochaine station où des résultats absurdes doivent être atténués.

La règle d'interprétation législative d'or

En vertu de cette règle, les juges ne sont pas seulement nécessaires pour donner effet au sens littéral et l'application de la règle, mais devraient également le faire avec l'objet et le but d'éviter un résultat absurde. La règle d'or est à savoir, donc:

" La règle d'or est que les termes d'une loi doivent être donnés *prima facie* leur sens ordinaire . " -
Le Vicomte Simon¹²

¹² [1940] A.C 1014 page 1022

La règle d'interprétation législative de Mischief

La règle de méfait représente une application beaucoup plus étroite de la règle d'or - plus étroite dans le sens de sa davantage l'accent sur l'intention du législateur. Son application est jugée nécessaire, où une loi est considéré comme ayant été présenté comme un moyen de remédier ou de rectifier un défaut ou un problème (le mal) dans le droit commun.

Une extension de l'application de la règle de méfait est incarnée dans la quatrième et dernière règle d'interprétation législative envisagée sous cette rubrique: à savoir, la règle téléologique ou de la règle de l'affaire Heydon.

La règle téléologique ou de la règle établie dans l'affaire Heydon

La règle téléologique ou de la règle dans le cas de Heydon, a à son objectif de base, la découverte de l'intention du Parlement ou le législateur, à savoir,

1. Quel est le but de la loi a été promulgué afin rectify- pour lesquelles la common law avait un défaut ou devait être rectifié?
2. De ce qui précède un evolvement du rôle des juges est démontré - à la fois à l'égard d'un rôle accru accordé aux juges d'interpréter selon l'intention du législateur, et également à l'égard du raisonnement analytique et l'équilibrage.

Il est tout à fait compréhensible pourquoi les antécédents de Posner et Hayek ont considérablement impacté leurs perspectives sur les rôles des juges.

Comme cela sera illustré vertu du présent article, la centralisation de la procédure judiciaire, à travers la participation des acteurs économiques et juridiques non, en tant que moyen d'atteindre les objectifs de justice dans l'allocation efficace des ressources, est reconnu par Posner.

Ainsi dans la mesure où les deux Posner et Hayek partagent le point de vue que la décentralisation de loi facilite respectivement la réalisation de l'objectif de l'allocation efficace des ressources et la promotion de la primauté du droit, à un consensus pour la de centralisation des règles est partagée par Hayek et Posner.

Selon Zywicki et Sanders:¹³

"Posner conçoit le droit d'être une série de règles disparates et que l'objet visé. Il croit que le juge devrait examiner une règle individuelle et arriver à une conclusion quant à savoir si la règle est la plus efficace disponible, "tout Hayek est considéré comme" la loi concevoir comme un but ensemble indépendant de règles juridiques liés dans un grand ordre social ".

Ces vues seront maintenant examinés à un contexte plus large en vertu d'une décision historique qui a non seulement contribué à la capacité des juges d'introduire des aides comme un moyen d'interprétation des lois dans une mesure plus efficace, mais démontre également l'interdépendance des règles - d'un ordre social à l'autre.

Pepper v Hart¹⁴ : La règle de Mischief et l'inclusion du sida (information privilégiée parlementaire) comme un moyen d'interprétation Pepper v Hart¹⁴ représente une décision historique dans le sens où elle était la première fois dans laquelle l'emploi des débats parlementaires privilégié, renseignements et dossiers (Hansard) ont été autorisés comme des aides admissibles à l'interprétation des lois. L'affaire portait sur l'évaluation des avantages sociaux pour les fins de l'impôt sur le revenu - étant donné les formulations ambiguës de la loi en cause.

Les questions suivantes ont été soulevées dans le cas:¹⁵

- 1) Si la règle interdisant toute référence à du matériel parlementaire (Hansard) en interprétant la législation existante être assouplies, et si oui, dans quelle mesure?
- 2) Si oui, ne le cas relèvent de la catégorie des cas où la référence à la procédure parlementaires devrait être autorisé?
- 3) Si la référence à la procédure parlementaire est permis, ce qui est la véritable interprétation des dispositions réglementaires?
- 4) Si la référence à la procédure parlementaire est pas permis, ce qui est la véritable interprétation des dispositions réglementaires?

Comme par Lord Browne - Wilkinson :

¹³ TJ Zywicki et AB Sanders , " Posner , Hayek et l' analyse économique du droit » Iowa Law Review Volume 93 n ° 2, page 559

¹⁴ [1992] 3 WLR 1032, [1993] 1 All ER 42, HL (E)

¹⁵ Pepper (inspecteur de Sa Majesté des impôts) v Hart . Décidé , le 26 Novembre 1992. [1992] UKHL 3 [1993] AC 593 [1992] 3 WLR 1032

" Devrait être autorisé à des documents de référence parlementaire comme une aide à la construction de la législation qui est ambigu ou obscur, ou la signification littérale de ce qui conduit à une absurdité . Même dans ces cas, les références au tribunal pour matériau parlementaire ne devraient être autorisées lorsque cette documentation décrit clairement le méfait ou visant à l'intention du législateur se trouvant derrière les mots obscur. »¹⁶

L'article 63 de la loi de finances 1976 a constitué l'élément central de la législation dans le cas. Il est évident que dans ces cas - et pas seulement les cas impliquant des attributions contentieuses à la construction du projet de loi, mais ceux dont la portée peut mentir au-delà de la portée et de l'expertise principale du juge, les aides à l'interprétation des lois peuvent être justifiées lorsque ces aides sont essentiels à une allocation efficace des ressources, ainsi que les résultats de génération qui pourraient être considérés comme raisonnablement efficace dans le cadre de la confiance légitime des parties concernées.

Si les décisions judiciaires être critiqués pour générer des résultats plus efficaces et téléologique en particulier lorsque la source législative étant visés à (indépendamment de savoir si une telle source est l'information privilégiée), n'a pas été modifié dans un sens, mais a simplement servi comme un moyen de verser plus lumière, fournissant plus d'informations, et de donner sens et un but (ou plusieurs sens) à la législation à portée de main?

La décision a été critiquée du point de vue qu'elle conduit à une rigidité dans l'application de son jugement plutôt que la souplesse prévue sous la législation de 1976 par le Parlement. Le *decidendi* ou principe décidé rapport, à savoir que «que la proportion» propre »doit toujours être le coût marginal», de l'avis de Bennion, résultats dans une rigidité qui pourrait ne pas avoir été prévues par les législateurs. Comme l'a conclu Bennion:¹⁷

Le Parlement , en adoptant le libellé de l'alinéa (6) , doit avoir envisagé non seulement que le pouvoir conféré de jugement serait exercé par des fonctionnaires plutôt que les ministres (et en appel ou de revoir les tribunaux),

mais qu'il serait produire des réponses qui seraient différents selon les cas et pourrait , à la lumière de l'expérience ou de l'évolution des circonstances.

¹⁶ Voir *ibid* , vous pouvez aussi Styles SC , «la règle du Parlement: interprétation statutaire Après *Pepper v Hart* " Oxford Journal of Legal Studies Vol 14 no 1 (printemps 1994) pp 151-158 Oxford University Press

¹⁷ F Bennion , " Comment ils ont tous se sont trompés dans *Pepper v Hart* . " (1995) , et officielles des débats du Royaume-Uni et du Canada et des autres pays du Commonwealth (Hansard) - aide ou un obstacle ? L'opinion d'un rapporteur *Pepper v Hart* (1995) <http://www.francisbennion.com/topic/peppervhart.htm>

Le juricomptable comme témoin expert

Selon DiGabriele,¹⁸ la discipline de la valorisation de sociétés fermées encore évolué avec le développement et la délivrance de chaque organisation de normes d'évaluation d'entreprises créant dissemblance entre les discipline.¹⁹ Il oppose ce en référence à la différence de l'opinion par Beatty, Riffe et Thompson concurrence (1999), qui soutiennent que le tribunal attend l'évaluation d'un expert pour être biaisé vers le profit de la partie les indemniser. En conséquence, il ajoute que ce produit des estimations d'évaluation subjectifs qui sont compatibles avec les incitations sous-jacentes de l'expert et que les tribunaux sont ensuite laissés à compter sur ces évaluations subjectives et imparfaites en dérivant la valeur finale estimée.

En mettant en évidence la façon dont la Cour de l'impôt a répondu à la fragmentation ci-dessus, DiGabriele²⁰ fait référence à l'arrêt de principe, le domaine d'Edgar A. Berg c. Commissaire (TC Memo 1991 - 279).

Il fait les observations suivantes:

- Le tribunal a critiqué les experts pour la succession de ne pas être qualifié pour effectuer des évaluations et de ne pas fournir une analyse de l'actualisation approprié.
- La Cour a également observé l'appréciation de la succession (évaluation) des consultants, les deux ACP (Agréés Comptables Publics), fait que des références générales à une décision préalable du tribunal pour justifier leur opinion sur la valeur.
- En outre, le tribunal a observé qu'ils ne sont pas actifs dans la profession de l'évaluation d'entreprises, n'a pas eu d'éducation formelle dans l'évaluation d'entreprises, et ne sont pas membres de toutes les associations d'évaluation professionnelles.

¹⁸ Voir J.A. DiGabriele, (2007). Pour avoir et posséder : une enquête empirique de préférences des méthodes d'évaluation de sociétés fermées à la Cour matrimoniaux. Journal de juricomptabilité. Vol. VIII. No. 1 & 2.

¹⁹ A cet égard, il a fait référence à Cercone, LJ, Jr. (2002). Des normes uniformes pour l'évaluation d'entreprises. Le CPA Journal. Volume 72, n° 2 et Beatty, RP Riffe, SM et Thompson R. (1999). La méthode des comparables et des évaluations de la Cour de l'impôt des entreprises privées : une étude empirique. Horizons comptabilité. Septembre. Volume 13, Numéro 3. Bosland

²⁰ Voir J. A. DiGabriele, (2007). Pour avoir et posséder : une enquête empirique de préférences des méthodes d'évaluation de sociétés fermées à la Cour matrimoniaux. Journal de juricomptabilité. Vol. VIII. No. 1 & 2. Voir aussi J.A. DiGabriele, (2009). Genre, valorisation des sociétés privées, et de l'État variables spécifiques dans le partage des biens matrimoniaux. Journal de l'économie légale. Volume 15, Numéro 2.

- En rejetant les experts du domaine, la Cour de l'impôt a accepté l'expert de l'IRS parce qu'il avait l'arrière-plan et la formation souhaités par le tribunal et développés réductions en se référant à des études spécifiques de propriétés comparables et de démontrer comment ils ont appliqué à l'actif en cours d'examen.

- Cette affaire a marqué le début de la Cour de l'impôt en se penchant vers le côté avec l'évaluation perçue comme la plus complète et logique (Wietzke, 2002).

La norme Daubert de la fiabilité de la preuve, selon DiGabriele,²¹ est codifiée dans la règle fédérale de la preuve 702 auquel il ajoute plus loin, définit l'admissibilité du témoignage d'expert fondée sur ce qui suit:²²

- Si des connaissances spécialisées scientifique, technique ou autre aidera le juge des faits à comprendre les éléments de preuve ou de déterminer un fait en litige, un témoin qualifié d'expert par la connaissance, les compétences, l'expérience, la formation ou l'éducation, peut témoigner celle-ci dans la forme d'un avis ou autrement, si (1) le témoignage est basé sur des faits ou des données suffisantes, (2) le témoignage est le produit de principes et de méthodes fiables, et (3) le témoin a appliqué les principes et les méthodes de manière fiable à les faits de la cause.

Il souligne également le fait que, tandis que Daubert est la loi dans les tribunaux fédéraux et plus de cinquante pour cent des états, la norme Frye demeure le test d'acceptation générale pour la détermination de l'admissibilité de la preuve scientifique dans les lieux.²³

Harmoniser Hayek et Posner: Décentralisation par des agents non juridiques

Décentralisation des règles, ainsi que des informations, a été de plus en plus lieu au fil des ans - comme en témoigne l'engagement des acteurs juridiques, non juridiques et économiques dans le processus de l'élaboration de règles et de processus judiciaire. Cela sert comme témoignage du fait que les juges ne peuvent pas être entièrement équipés pour allouer des informations de manière à

²¹ J.A.DiGabriele, (2011). Fiabilité de la preuve, les normes d'évaluation, et les règles de pouce. Journal Américain Du Droit De La Famille. Volume: 25, Numéro 1, 16-22.

²² Voir ibid

²³ A cet égard, il ajoute que Frye exige un témoignage d'expert doit être fondée sur des principes scientifiques généralement acceptés et reconnus dans le domaine particulier; et il doit y avoir des preuves que la technique a été utilisée. En outre, selon une étude récente, les Etats adoptent pas Daubert sont la Californie, le Colorado, District de Columbia, la Floride, le Kansas, le Maryland, le Nevada, New York, le Dakota du Nord, la Pennsylvanie, la Caroline du Sud, Washington et Wisconsin. Pour plus d'informations en profondeur et une étude approfondies de fond, voir JA DiGabriele, (2011). Fiabilité de la preuve, les normes d'évaluation, et les règles de pouce. Journal Américain de droit de la famille. Volume: 25, Numéro 1, 16-22

ce que l'efficacité maximale ou le meilleur résultat est dérivé pour les parties concernées. Comme déjà souligné dans l'introduction ainsi que la section précédente, d'autres acteurs non juridiques tels que les experts financiers sont maintenant engagés comme témoins experts pour décider arrêts marquants. L'utilisation d'acteurs non juridiques à combler les lacunes qui visent à assurer que les juges acquièrent une information complète qui est fondamentale pour l'allocation efficace des ressources, est également illustré par l'extrait suivant de la déclaration de Posner:²⁴

- Le point que je veux souligner ici est que le contenu des normes juridiques que les juges créent par leurs décisions est pas donnée par le concept de Kelsen de droit. Comme un de ses critiques jusnaturalistes dit, «Comment le juge arrive à sa décision est [pour Kelsen] une question« méta-juridique »sans intérêt pour le juriste." Le rejet de Kelsen de la loi naturelle, son insistance sur la compétence à la détriment des normes de fond, ses références répétées à la discrétion judiciaire, sa demande que l'application de la loi ne sont pas mécanique, mais implique "la création d'une norme inférieure sur la base d'une norme plus élevée," sa reconnaissance souvent que, parfois, la seule loi préexistante qu'un tribunal peut demander à statuer sur une affaire est la loi qui confère le pouvoir de décision sur le terrain, et son concept de l'interprétation comme un cadre plutôt qu'un algorithme, délimitent un large éventail de l'action judiciaire qui est libre (dans le sens de «libre gamme "poulet) encore légale. Les juges doivent remplir avec quelque chose, mais tout que quelque chose est légal, il est pas la loi ".

Le rôle des juges, a donc évolué dans la mesure selon laquelle l'expertise des acteurs non - juridiques , ainsi que l'incorporation de milieu non - juridique , à travers la décentralisation , si ceux-ci constituent des organisations non - gouvernementales, ou des experts financiers , sont tenus d'être engagée dans la légiférer et l'interprétation de la loi , pour que ces capacités judiciaires pour atteindre leur potentiel maximal.

La section suivante est destinée à mettre en évidence le consensus Posner et Hayek sur l'importance de la décentralisation , ainsi que l'intégration des acteurs non juridiques comme des outils pour faciliter l' allocation efficace des ressources dans le droit commun. La décentralisation et la participation des non juridique moyenne servent également à illustrer l'évolution du droit commun du rôle plus centralisée précédemment assumée par les juges (désormais dévolues par d'autres acteurs non-juridiques), ainsi que le rôle accru étant assumé par les justiciables à travers la nécessité de vérifier ceux qui apprécient les droits d'information des plus. Alors il est soutenu que les plaideurs influencent l'évolution du droit commun,²⁵ le rôle de l'opinion judiciaire dans l'évolution du système, est également souligné.²⁶

²⁴ Voir RA Posner, (2001) "Kelsen, Hayek et l'analyse économique du droit» à la page 20

²⁵ G L. Priest, «Le processus du droit commun et de la sélection des règles efficaces," 6 Revue D'études Juridiques 65 (1977) Product page 63 et 72. Roubini est d'accord avec l'avis du prêtre sur les juges - son modèle met l'accent sur les décisions des plaideurs potentiels et réels plutôt que sur les juges de conduire le modèle.

²⁶ Voir DG Whitman, "Evolution de la Common Law et l'émergence de compromis Revue D'études Juridiques, vol. XXIX (Juin 2000)], à la page 781

L'efficacité de la centralisation de l'information comme un mécanisme de collecte, employé dans le processus judiciaire est illustrée dans la déclaration suivante par Posner:²⁷

Il ya deux façons d'établir des normes pour guider le comportement humain. Dans l'une, qui appelle Hayek «rationalisme constructiviste," ils sont prescrits de haut en bas par une assemblée législative, une bureaucratie, ou un système judiciaire en d'autres termes par des experts qui réunissent les informations nécessaires pour formuler par la méthode de la raison le meilleur ensemble possible des normes. Cette méthode, que nous pourrions deviner à partir de l'aversion de Hayek à la planification centrale, il rejette comme nécessitant trop d'informations pour être réalisable; en outre, il met en danger la liberté en élargissant les pouvoirs administratifs du gouvernement et donc affaiblir l'état de droit "

Posner ajoute:²⁸

La méthode alternative de créer des normes est celui de coutume, et est basé sur la supériorité de ce que Hayek appelle «ordre spontané» sur l'ordre provoquée par plan ou un projet. Le mot «spontanée», avec sa connotation de soudaineté, est pas le meilleur terme pour ce qu'il a à l'esprit; "imprévue" serait mieux et "évolué" serait le mieux, compte tenu de l'accent mis sur l'analogie de la sélection naturelle.

Les déclarations ci-dessus, tout en reflétant soutien en faveur de la centralisation, ainsi que le consensus de la évolutif de la loi, est en contraste avec l'opinion de Posner et Hayek de quels rôles doivent être assumés par les acteurs économiques et les juges dans le processus judiciaire: Alors que Posner souligne son soutien à la vue de Hayek que le droit doit beaucoup à la coutume et que la coutume est un guide fiable pour les méthodes efficaces de coopération, il considère l'idée de Hayek, "que la seule chose un juge doit faire est respecter la coutume, sans aucune considération de son conséquences,

parce que la coutume est la seule loi légitime et donc un jugement légal ne repose pas sur elle est pas vraie loi ",²⁹ comme étant trop étroite. Posner souligné ici son soutien à une plus active (plutôt que rôle passif) être assumée par les juges.

Il distingue également Hayek et Kelsen en ajoutant que si Hayek, exclut les possibilités et la position que l'analyse économique peut occuper dans l'arbitrage, Kelsen, ouvre cet espace large. Cependant, il semble que Hayek est également en faveur de l'engagement des acteurs non-juridiques dans le processus judiciaire. Ceci est reflété où il déclare que "les décisions finales doivent être laissés à des gens qui connaissent directement des changements pertinents et des ressources immédiatement disponibles pour y répondre" - ainsi que son affirmation de la nécessité

²⁷ Voir RA Posner, (2001) "Kelsen, Hayek et l'analyse économique du droit à la Page 30

²⁸ voir ibid à la page 31

²⁹ Qu'il considère comme une légère exagération de sa position, voir ibid à la page 37

de la décentralisation comme un moyen d'assurer que «la connaissance des circonstances particulières de temps et de lieu sera utilisé rapidement.

D Conclusion

"Si nous pouvons convenir que le problème économique de la société est principalement celle d'une adaptation rapide aux changements dans les circonstances particulières de temps et de lieu, il semblerait que de suivre les décisions finales doivent être laissés aux gens qui sont familiers avec ces circonstances, qui connaissent directement des changements pertinents et des ressources immédiatement disponibles pour y répondre. Nous avons besoin de la décentralisation, car seulement ainsi que nous pouvons faire en sorte que la connaissance des circonstances particulières de temps et de lieu sera utilisé rapidement. "³⁰

De façon très intéressante, la décentralisation est également essentiel en vue d'assurer que les possibilités de capture de la réglementation sont minimisés.

Pourquoi les entreprises pourraient vouloir allouer des "droits de propriété des renseignements précieux» aux gestionnaires, plutôt que pour les actionnaires? Parce que la centralisation des informations dans le cadre de ceux qui sont mieux équipées et spécialisée pour gérer de tels bons de souscription d'information tels un déménagement.

La centralisation et la décentralisation devraient donc être consultés à partir relative (par opposition aux perspectives absolus). Soutien à la centralisation des informations est justifiée lorsque ces informations réside dans la portée capables et les plus équipés qui vont transformer ces informations aux fins de maximisation de la richesse ou de services publics. Compte tenu de ces avantages, il existe encore la nécessité de contrôles et de l'équilibre pour assurer que de tels pouvoirs ne sont pas maltraités. De la même manière, la décentralisation de l'information peut encore être facilité de façon optimale en tenant compte de synchronisation, la manière de la dissipation, et les agents impliqués dans la distribution de ces informations.

³⁰ FA Hayek, "l'utilisation des connaissances dans la société" Revue Economique Américain , Vol. 35, n ° 4. (Sep. 1945), pp. 519-530

Les juges devraient certainement pas faire et défaire la loi dans certains cas - la suprématie du Parlement doit être respecté. Le juge a fait droit, à savoir le droit commune, mais constitue une exception où le principe du *stare decisis* ne peut pas tenir dans un monde qui est en constante évolution et où ces changements doivent être incorporées dans les décisions si ces décisions sont de générer des résultats significatifs.

Les prix, par exemple, constituent des exemples d'informations vitales qui doivent être constamment mis à jour si les salaires qui ont été gagnés il ya des siècles, doivent avoir de l'importance et des valeurs significatives et raisonnable dans l'évaluation et la mesure des temps modernes.

Les marchés vont certainement évoluer et règles adéquates sont nécessaires pour réguler les marchés. Ceci est très évident étant donné le fait que les défaillances du marché, à savoir les asymétries d'information existent, et aussi le fait que l'efficacité des marchés hypothèse ne tient pas dans son intégralité. Décentralisation, constitue donc un moyen de non seulement atténuer les asymétries de l'information, mais aussi d'assurer que la maximisation de l'utilisation efficace des ressources et la répartition se produit.

D'où la décentralisation des pouvoirs et de l'information, dans ce cas, de l'exécutif et le législatif au pouvoir judiciaire, doit être considérée positivement comme un moyen de traiter et limiter les asymétries d'information résultant de mots ambigus et trompeurs dans un statut et entraînant également plus allocation efficace des ressources, et l'attribution de dommages-intérêts aux parties concernées.

E RÉFÉRENCES

Ayres I. and Braithwaite J., (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* Oxford University Press 1992

Boettke P. (2010). "Information and Knowledge: Austrian Economics in Search of its Uniqueness" http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1537989

Brudney J, (2010). "The Story of *Pepper v Hart*: Examining Legislative History Across the Pond" *Public Law and Legal Theory Working Paper Series No 124* May 6 2010 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1601291

Carlton D and Fischel D, "The Regulation of Insider Trading" *Stanford Law Review* Volume 35 No 5 (May 1983) pp 857-895

Cooter, R.D. and Rubinfeld, D.L. (1994) "An Economic Model of Legal Discovery" *The Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 1, *Economic Analysis of Civil Procedure* (Jan., 1994), pp. 435-463
Published by: The University of Chicago Press for The University of Chicago Law School
Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/724329>

Cooter, R.D. and Rubinfeld, (1989) D. L. "Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution" (1989) http://works.bepress.com/robert_cooter/30

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical, Inc 509 U.S.579 (1993)

DiGabriele, J.A. (2007). To Have and to Hold: An Empirical Investigation of Preferences for Valuation Methods of Closely Held Companies in the Matrimonial Court. *Journal of Forensic Accounting*. Vol. VIII. No. 1 & 2.

DiGabriele, J.A. (2008). *Forensic Accounting and The Marital Life Style Analysis*. *The Journal of Forensic Accounting*. Vol. IX. No. 1.

DiGabriele, J.A. (2009). Gender, Valuation of Private Companies, and State Specific Variables in the Division of Marital Assets. *Journal of Legal Economics*. Volume 15, Number 2

DiGabriele, J.A. (2009). Matrimonial Business Valuations and the AICPA Statement on Standards for Valuations Services No. 1. *American Journal of Family Law*. Vol. 23. Issue 2

DiGabriele, J.A. (2011). Evidentiary Reliability, Valuation Standards, and Rules of Thumb. *American Journal of Family Law*. Volume: 25, Issue: 1, 16-22.

Gennaioli N and Shleifer A, "The Evolution of Common Law" *Journal of Political Economy*, 2007, vol. 115, no. 1

Grabosky P and Braithwaite J, *Of Manners Gentle: Enforcement Strategies of Australian Business Regulatory Agencies*, (1986) Oxford University Press, Melbourne

Hayek, F.A. (1960). *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press

Hayek, F.A. (1973). *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order, Volume 1*. Chicago: University of Chicago Press.

Hayek, F.A. (1976). *Law, Legislation and Liberty: The Mirage of Social Justice, Volume 2*. Chicago: University of Chicago Press.

Hayek, F.A. (1945). "The Use of Knowledge in Society" *The American Economic Review*, Vol. 35, No. 4. (Sep., 1945), pp. 519-530
<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1809376?uid=3739920&uid=2&uid=4&uid=3739256&uid=21104299293711>

Jha K, "Examining the Current Importance of *Pepper v Hart*" November 2012
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2149694

Ojo M, "Co-operative and Competitive Enforced Self-Regulation: The Role of Governments, Private Actors and Banks in Corporate Responsibility"
http://mpira.ub.unimuenchen.de/27850/1/MPRA_paper_27850.pdf

Parisi, F. 2004 "The Efficiency of the Common Law Hypothesis" *The Encyclopedia of Public Choice* pp 519-522

Pepper v Hart [1992] 3 WLR 1032, [1993] 1 All ER 42, HL (E)

Posner, R. A. (2013) "Reflections on Judging" Cambridge: Harvard University Press, 2013.

Posner, R. A. 2003. "Kelsen versus Hayek: Pragmatism, Economics and Democracy," in *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press.

Posner, R. A. (2005) "Hayek, Law, and Cognition," 1 *New York University Journal of Law and Liberty* 147

Posner, R.A. (2001) "Kelsen, Hayek, and the Economic Analysis of Law"

Posner, R. A. (1974) "Theories of Economic Regulation" *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, No. 2. (Autumn, 1974), pp. 335-358

<http://links.jstor.org/sici?sici=00058556%281974%295%3A2%3C335%3ATOER%3E2.0.CO%3B2-A>

Rubin, P.H. (1977) "Why is Common law Efficient?" *The Journal of Legal Studies* Vol. 6, No. 1 (Jan., 1977), pp. 51-63 Published by: The University of Chicago Press for The University of Chicago Law School URL: <http://www.jstor.org/stable/724189>

SEC v Texas Gulf Sulphur Co, 401 F.2d 833 (2d Cir 1968) (en banc), cert denied, 404 U.S 1005 (1971).

Stringham, E. 2001. "Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning." Quarterly Journal of Austrian Economics, 4 (2)

Styles, SC "The Rule of Parliament: Statutory Interpretation After Pepper v Hart" Oxford Journal of Legal Studies Vol 14 No 1 (Spring 1994) pp 151-158 Oxford University Press

Whitman D. G. , Evolution of the Common Law and the Emergence of Compromise, Journal of Legal Studies, vol. XXIX (June 2000)]

Zywicki TJ and Sanders, AB "Posner, Hayek & the Economic Analysis of Law" Iowa Law Review Volume 93 No 2,pp 559-603 February 2008, George Mason University Law and Economics Research Paper Series