



**HAL**  
open science

## Les approches économiques du système judiciaire

Christian Barrère

► **To cite this version:**

Christian Barrère. Les approches économiques du système judiciaire. Revue internationale de droit économique, 1999, Numéro spécial : De l'économie de la Justice, 1999/2, pp.153-183. hal-02615930

**HAL Id: hal-02615930**

**<https://hal.science/hal-02615930v1>**

Submitted on 23 May 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Les approches économiques du système judiciaire

Dans les années 70 se développe dans le monde anglo-saxon une discipline nouvelle, Law and Economics, dont l'objet est de fonder une théorie rationnelle du droit sur la base de l'analyse économique. Cela l'a conduit à englober l'analyse des institutions judiciaires d'autant plus facilement que dans les systèmes de Common Law c'est le juge, plus que les Chambres, qui produit la loi.

L'analyse économique du système judiciaire a porté en premier lieu sur les conséquences des règles juridiques et décisions judiciaires. Le principe de base de l'analyse est que la loi et/ou la décision judiciaire jouent sur le fonctionnement social par le biais d'effets incitatifs sur les comportements individuels. Les individus décident de leurs actions en s'efforçant d'en maximiser le rendement attendu et la loi modifie les prix et coûts relatifs des diverses actions possibles, qu'il s'agisse de prix et de coûts explicites ou implicites : si les sanctions aux infractions routières sont modifiées, cela renchérit le coût, pour moi, de l'infraction et donc modifie l'arbitrage que je fais entre observer le code de la route et m'autoriser quelques libertés avec lui. L'individualisme sociétal anglo-saxon, qui est en partie à l'origine de la liberté laissée à l'individu magistrat, conduit à poser ces questions en termes de rationalité du choix du magistrat. Dès lors, les économistes peuvent s'emparer de ce nouveau domaine en proposant comme base d'analyse le modèle de la théorie des choix rationnels, avec ses deux dimensions, la dimension explicative ou positive (comment les individus, magistrats mais aussi tous les participants réels et potentiels du champ judiciaire et, au-delà, du champ juridique, se comportent-ils ?), la dimension normative (quels critères de décision recommander pour assurer l'optimalité de la décision ?).

L'étude de la dimension économique de la Justice, en France, a été d'abord le fait des autorités administratives en charge de la Justice et a donc concerné *l'institution* judiciaire. Elle a porté sur le coût de fonctionnement de l'appareil judiciaire et sur son rendement, avec un souci de la mesure afin de connaître plus précisément l'input et l'output de l'institution. Cependant, l'étude de la dimension économique de l'institution judiciaire n'a pu se limiter à des problèmes d'économie de fonctionnement et a rapidement posé la question des relations justice-société. La capacité de l'institution judiciaire à organiser l'application sociale de la loi semblait remise en cause et le constat dressé dans les années 80 se résumait dans le triplet devenu classique dépossession - débordement - dégradation. En amont de ces difficultés, pointaient les questions du rôle de la justice dans une société complexe, du rôle du droit et des règles de procédure, du coût et des avantages de la régulation juridico - judiciaire. De même, l'étude des décisions des magistrats a montré la progression, dans le processus de décision judiciaire, de préoccupations économiques, explicites ou implicites, et, plus encore, celle des conditions et conséquences économiques de ces décisions, qu'elles soient ou non perçues [Caro1990]. L'observation du fonctionnement de la justice, des comportements des parties, de l'effectivité des décisions rendues montre que l'institution judiciaire n'est pas l'institution hégémonique qu'il pouvait sembler mais

---

<sup>1</sup> 57 bis rue P.Taittinger 51100 Reims E-mail : barrere.unirms@wanadoo.fr

qu'elle peut être utilisée voire manipulée par "certains" agents, bref qu'elle rencontre des acteurs et leurs stratégies et doit être resituée dans un ensemble. Parallèlement la théorie a évolué. Alors que les premières approches des institutions judiciaires par les économistes leur ont appliqué la problématique traditionnelle de l'allocation des ressources pour en faire des institutions efficaces au service de l'échange volontaire entre individus, de nouveaux développements tentent aujourd'hui de dépasser le réductionnisme et l'économisme qu'elles véhiculent pour fonder une analyse économique de la justice acceptant leur pluri-dimensionnalité comme un élément central de leur statut. Notre conviction est qu'ils peuvent permettre une meilleure appréhension de la dimension économique du système judiciaire et par là contribuer à fonder des politiques judiciaires plus cohérentes<sup>2</sup>.

## 1 LE JUGE AGENT RATIONNEL DE L'EFFICIENCE SOCIALE

L'approche dominante au sein du Law and Economics est celle qui a été développée par l'Ecole de Chicago dans les années 60 et 70 [Posner 1973]. Elle est aujourd'hui tempérée et élargie par de nouveaux développements analytiques. Demeure la problématique initiale, conforme à la problématique néoclassique d'étude du marché et des institutions : la justice est une institution efficace, qui, dans le cadre de comportements rationnels des acteurs sociaux, contribue à l'obtention de l'efficacité sociale c'est-à-dire à la maximisation du bien être social.

### 1.1 Les postulats de départ

1 les institutions et procédures judiciaires expriment des préférences individuelles, tirent leur légitimité de ces préférences, peuvent être expliquées par la connaissance de ces préférences, et doivent exprimer correctement ces préférences.

2 les individus et les institutions sont rationnels. Les individus le sont, conformément aux hypothèses de la théorie économique standard, c'est-à-dire que leur comportement peut être décrit en termes de maximisation d'une fonction objectif, comme s'ils utilisaient un calcul économique marchand. Les institutions le sont parce qu'elles expriment des choix individuels rationnels. Conformément à l'argument du "as if", il n'est pas besoin de supposer que tous les individus effectuent un calcul rationnel précis, maximisent des utilités ou des rendements, écrivent des équations. Le modèle micro-économique n'est qu'une représentation de leur comportement. Il suffit de supposer que les individus se comportent "comme si" ils procédaient à ce calcul complexe, bien qu'en réalité ils n'y procèdent pas. Le modèle simule leur comportement. Il est valide s'il est capable de prévoir les décisions des individus, c'est-à-dire si les résultats qu'il donne et les résultats des comportements effectifs coïncident.

3 les individus calculent en utilisant des prix explicites (les prix du marché) ou des prix implicites (qui mesurent l'équivalent monétaire de l'avantage recherché ou du coût subi<sup>3</sup>).

4 la justice est un facteur d'efficacité économique et doit avoir pour objectif important ou principal (différentes positions existent aujourd'hui sur ce point) de contribuer à

---

<sup>2</sup> Ce survey se limite aux approches du système judiciaire par l'analyse économique. Compte tenu de la taille réduite du texte, il se concentre sur les *problématiques* de l'économie du judiciaire et ne peut rendre compte de l'ensemble des contenus analytiques de l'économie du judiciaire.

<sup>3</sup> Ainsi le plaideur qui recourt au procès va estimer le coût explicite et implicite des procédures (coût monétaire comme les honoraires de l'avocat, mais aussi coût en temps, coûts psychologiques,..) et les comparer au rendement attendu du procès (dédommagement reçu, reconnaissance sociale de son bon droit,..).

l'efficience économique, c'est-à-dire de permettre une *allocation efficiente des ressources aux emplois*, telle que la représente l'optimum de Pareto<sup>4</sup>.

## 1.2 les enrichissements ultérieurs

L'approche en termes de droits de propriété [Demsetz 1967, Barzel 1989] montre que la propriété implique l'intervention d'une institution qui garantisse les droits, la justice. Cette institution a un coût de sorte qu'un arbitrage est nécessaire entre effet de la protection et coût de la protection, ce qui explique que la protection n'est jamais totale. Cela est d'autant plus vrai que les biens sont conçus comme des ensemble de caractéristiques, de qualités diverses. Définir et protéger tous les droits impliquerait de définir et protéger chaque caractéristique. La question du coût a, elle-même, deux composantes. Une composante sociale : est-il utile (efficace) de mettre au point un mode de protection des droits (un système judiciaire par exemple), compte tenu de son coût et de son effet, quel mode est le plus efficace (par exemple va-t-on privilégier un mode public de protection - l'institution judiciaire - ou un mode privé - les protections internes des logiciels contre leur piratage). Une composante micro-économique : les individus titulaires du droit recourront-ils ou non à la défense de tel ou tel droit sachant que le coût qui sera à leur charge (coût monétaire, coût en temps, coûts de transactions, ..) est à tel ou tel niveau, les non titulaires tenteront-ils d'utiliser le bien sans en être légalement propriétaires ?

Une seconde raison de faire appel à l'institution judiciaire vient de ce que l'usage de mes droits de propriété ne doit pas contredire la propriété d'autrui. La restriction est interprétée comme traduisant l'existence d'effets externes (c'est-à-dire d'effets non pris en compte par le marché en tant que tels). Leur gestion nécessite, en l'absence d'une définition parfaite des droits (spécifiant parfaitement leur périmètre et définissant précisément les droits de chacun sur chaque ressource), l'intervention d'un appareil qui définisse concrètement, au cas par cas, l'étendue relative des droits quand il y a conflit.

L'Ecole du *Public Choice* [Buchanan 1974, Tullock 1974] s'est efforcée d'étendre le paradigme de l'*homo oeconomicus* à des réalités institutionnellement non marchandes mais susceptibles, selon elle, d'être aussi interprétées comme des marchés (implicites) particuliers, et notamment au "marché politique". L'économie publique n'est plus le domaine exclusif de l'intérêt général par opposition au marché qui serait celui de l'intérêt privé. Les hommes politiques ne sont pas des saints dévoués à l'intérêt général ou des escrocs qui utilisent leurs fonctions pour poursuivre des intérêts individuels condamnables mais des agents rationnels qui recherchent légitimement des avantages (monétaires et symboliques) dans un cadre institutionnel déterminé. Ils réalisent des échanges complexes avec d'autres agents,

---

<sup>4</sup> Pareto définit une situation optimale comme une situation dans laquelle il n'est plus possible d'améliorer l'utilité d'un individu sans dégrader l'utilité d'au moins un autre individu. Cela ne veut pas nécessairement dire qu'une telle situation est la meilleure possible car l'on peut souhaiter modifier la répartition des revenus, richesses et utilités. En revanche, cela permet de s'intéresser à des situations non optimales. Dans celles-ci, il est possible d'améliorer la situation de certains sans dégrader la situation de quiconque. Il est donc possible d'améliorer la situation collective, d'accroître « le bien être social » (ou « welfare ») et la sous-optimalité correspond à un gaspillage de ressources : les ressources en étant utilisées différemment permettraient de produire davantage, une autre « allocation » des ressources serait plus efficiente. La justification du recours à l'optimum parétien est classique : la recherche de l'efficacité parétienne est bonne pour l'ensemble de la collectivité puisqu'elle accroît le bien-être social, bonne ou indifférente pour chaque individu puisqu'elle ne lèse personne ; elle n'implique aucun jugement de valeur, aucune comparaison interpersonnelle d'utilité puisqu'elle s'interdit de jouer sur la répartition, à la grande différence des critères "socio-idéologiques" traditionnels de justice (égalité des situations ou des revenus,...). L'optimum est de la sorte critère universel.

des transactions : dans les transactions entre candidats et électeurs par exemple s'échangent des votes contre des promesses d'appliquer des programmes déterminés. Le fait que le politique ne se présente pas explicitement comme un marché, alors que s'y déroulent des luttes d'intérêts, de la concurrence, des échanges volontaires, conduit, selon ces auteurs, à une faible transparence des "transactions", de sorte que l'utilisation stratégique de l'information y a une très grande importance et permet d'obtenir des rentes.

Dans notre domaine l'approche du *Public Choice* est souvent utilisée, dans le monde anglo-saxon mais aujourd'hui aussi en Europe continentale, pour :

- l'étude des processus politiques publics de détermination de la loi, de la relation entre intérêts des diverses catégories d'acteurs (politiques, électeurs, *lobbys*,...) et négociations autour de la définition des règles
- l'étude de l'organisation institutionnelle des pouvoirs et règles publics (rôle dans la production de la loi des Assemblées, des gouvernements, des autorités administratives indépendantes, plus largement des rapports entre sources diverses du droit, organisation des appareils publics et de leurs rapports,...) conçue comme résultant d'un processus de concurrence entre candidats à la production de règles et de normes. Chaque institution tend à augmenter ses droits de production de justice afin d'accroître les rentes (prestige accru, revenus monétaires croissants,...) qui en résultent
- l'étude des modalités de fonctionnement des tribunaux vus comme des réalités institutionnelles bénéficiant de délégations de pouvoir (juger au nom du droit, de la constitution, du peuple,...) mais formées d'individus qui recherchent des intérêts particuliers (l'avancement dans la hiérarchie, la tranquillité ou au contraire la renommée,...) et notamment des rentes.

L'approche des coûts de transaction [Williamson 1981] met l'accent sur ces coûts qui constituent des coûts de coordination s'ajoutant aux coûts économiques habituels, les coûts de production, et en déduit une théorie des institutions qui s'expliquent par la tendance à réduire les coûts de transaction. Elle conduit ainsi logiquement à s'intéresser au droit et à la justice, à la fois parce qu'ils conditionnent le fonctionnement du mécanisme marchand d'allocation (via par exemple la délimitation des droits de propriété) et parce qu'ils organisent des formes non marchandes d'allocation (via les décisions du juge par exemple).

Les coûts de transaction sont accrus par les comportements opportunistes des agents économiques, liés à l'incertitude et à son corollaire, l'incomplétude des contrats. Dans un contrat existent des engagements explicites et des engagements, aussi importants, implicites, le premier d'entre eux étant d'accepter de respecter les engagements explicites. Pourtant, en l'absence de règles parfaites - explicites ou coutumières - rien ne garantit que les co-contractants se comporteront "honnêtement", accompliront jusqu'au bout leurs obligations. Les intérêts individuels, généralement spontanément divergents, reprennent le dessus dès la conclusion du contrat qui organisait leur convergence au prix de compromis. De plus, il n'est pas nécessaire que tous les individus aient un comportement opportuniste pour que tout co-contractant puisse craindre un comportement opportuniste de la part de son alter ego.

Le droit sera un moyen de préciser les droits et obligations de chacun, de réduire l'incertitude ; les institutions judiciaires seront un moyen de faire appliquer les contrats<sup>5</sup>, de garantir leur application et donc de réduire l'incertitude et son utilisation opportuniste.

---

<sup>5</sup> la justice devient une institution d'"enforcement".

Cependant, la justice ne peut être conçue seulement comme mode de garantie du droit. Le droit ne peut être un droit parfait, prévoyant parfaitement toutes les situations possibles et toutes leurs conséquences sur l'exécution de tous les contrats. L'application du droit ne peut se limiter au recours aux tribunaux. Williamson distingue ainsi trois types de droit correspondant aux trois grands types d'institutions économiques qu'il dégage : le "droit classique" pour le marché (droit enregistrant strictement les conditions d'une transaction marchande instantanée et donc droit simple et indiscutable), le "droit néoclassique" pour le contrat, forme hybride entre marché et organisation hiérarchique organisant une relation plus durable que la relation de marché (comme le contrat de sous-traitance, de coopération industrielle, de franchise,...), droit qui ne constitue plus qu'un cadre partiel car l'on ne peut prévoir l'ensemble des états futurs, le "droit évolutif" pour la hiérarchie organisant un cadre de gestion des changements (comme le droit du travail qui permet de modifier l'affectation du personnel à des tâches changeantes ou leurs conditions de travail, ou comme le contrat salarial qui permet un consensus ex ante pour éviter les litiges ex post). Si l'application du "droit classique" recourt normalement, en cas de litige, au tribunal qui n'a qu'à vérifier si les engagements ont été accomplis, et décide en quelque sorte par oui ou non (telle partie a ou n'a pas respecté ses obligations) les autres droits supposent, en cas de litige, un arbitrage par un tiers et donc une interprétation des droits et devoirs de chacun dans la relation juridique nouée (le chef du personnel avait-il le droit de, le salarié pouvait-il se comporter de telle façon,.. quelle est la part de responsabilité de chacun,..). Cela a deux conséquences pour l'institution judiciaire : d'une part elle doit interpréter, d'autre part elle n'est plus le lieu exclusif ni même principal de résolution des conflits. Les "arrangements privés" sont mis en avant.

L'approche des coûts de transaction propose un second type d'enseignements à l'analyse économique de la justice en intégrant au critère habituel d'efficacité la question des coûts de transaction. Le juge prendra une décision optimale quant il décidera en fonction de l'efficacité, mais d'une efficacité large, intégrant les coûts de transaction.

L'appareil d'analyse ainsi constitué par le noyau dur de l'approche de Chicago, enrichi et étendu par les apports de la théorie des droits de propriété et des approches en termes de *Public Choice* et de coûts de transaction, permet de définir le système judiciaire comme institution efficace.

### 1.3 le judiciaire institution efficace

#### *1.3.1 la justice garantit le droit*

Le système judiciaire est un mode efficace d'organisation d'une société de droit fondée sur la pacification des relations sociales par le droit et la monopolisation de la violence privée par une organisation centralisée. Il est producteur efficace de coopération efficace.

On peut, en s'inspirant de la méthode habituelle de l'analyse économique du droit, comparer une situation sans justice capable de faire appliquer le droit [jeu (A)] et une situation avec appareil judiciaire [jeu (B)]. Imaginons que deux individus (ou deux groupes) aient le choix entre deux stratégies pures, respecter dans un contrat particulier leurs engagements contractuels, ne pas les respecter.

La situation la meilleure pour les deux est celle où le contrat est respecté. Cependant, sans institution obligeant à observer les règles, chacun est tenté de tricher et l'on peut arriver à une situation de triche généralisée, diminuant les possibilités de coopération sociale, donc le bien-être social [jeu (A)]. L'institution

judiciaire permet de restaurer la coopération. Elle est alors considérée comme une institution efficace. Elle consomme des ressources (elle doit être financée) mais son intervention permet à la société d'obtenir un résultat brut supérieur à celui qui serait obtenu sans la justice et un résultat net encore supérieur [jeu (B)]. La justice, en rendant effectif le droit, en tant qu'autorité ou pouvoir, contribue à créer ainsi d'abord un bien intermédiaire collectif (la coopération) qui est lui-même la source d'un bien final collectif (la pacification des relations inter-individuelles, l'accroissement de la richesse sociale,...).

On voit aussi que, dans cette perspective, l'institution judiciaire n'est pas forcément toujours efficace donc nécessaire. Si son coût est plus élevé que le gain qu'elle induit, il est préférable de s'en passer [jeu (C)]. On peut expliquer de la sorte le fait que le droit ne soit pas « parfait » et que son application ne soit que « partielle ». Certaines infractions ne seront pas définies comme infractions, d'autres le seront mais ne seront pas sanctionnées. L'explication débouche sur une théorie du « périmètre » du droit et de la justice, fondé sur les préférences et les avantages individuels. Elle permet aussi d'étudier la relation entre périmètre du droit et périmètre des autres types de règles.

Une formalisation très simple en termes de théorie des jeux permet d'explicitier plus rigoureusement le caractère efficient de la justice. Le jeu est un jeu entre les deux joueurs (1) et (2). Chacun a le choix entre deux stratégies : respecter sa parole (r pour le premier joueur, R pour le second), ne pas la respecter c'est-à-dire tricher (npr et NPR). Il décide sans savoir ce que l'autre va décider. Les résultats pour chacun dépendent de la combinaison des choix faite. Ils sont représentés par la matrice des gains suivante, supposée connue par chacun :

[A]		(2)	
		R	NPR
(1)	r	5, 5	0, 8
	npr	8, 0	<b>3, 3</b>

Chaque stratégie a ses avantages et ses inconvénients. Le choix n'est pas évident car les résultats effectifs dépendent de la rencontre des deux stratégies (r-R, r-NPR, npr-R, npr-NPR). Le premier nombre indique le gain de (1), le second celui de (2) - correspondant aux divers cas possibles (ou issues). L'exécution du contrat apporte un surplus collectif, un avantage mutuel total de 10. En cas de choix par chaque joueur d'une stratégie pacifique (issue r, R), chacun gagne 5 unités de richesse correspondant au partage égalitaire du résultat mutuellement avantageux du contrat. Ne pas respecter le contrat permet de s'attribuer une part plus importante de l'avantage mutuel mais diminue celui-ci car le comportement opportuniste de non respect de ses engagements a un coût de 2 (perte de réputation, coût de la mise en œuvre de la « triche »,...). En cas de choix par chaque joueur d'une stratégie agressive (issue npr, NPR), chacun obtient donc un résultat plus faible, 3 (5-2). Si l'un est agressif et pas l'autre (issues npr, R et r, NPR), l'agresseur peut échapper à certaines obligations et gagner ainsi 8 (10-2) tandis que l'agressé a un résultat net nul.

Pour déterminer l'issue du jeu, on cherche quel choix rationnel doit faire chaque joueur et, pour cela, on cherche quelle est sa meilleure réponse aux diverses stratégies de son adversaire. Face à R, (1) gagne 5 s'il « joue » r et 8 s'il joue npr. Sa meilleure réponse à R est donc npr soit  $npr = MR_1(R)$ . Face à NPR, il obtient 0 en jouant r et 3 en jouant npr, sa meilleure réponse est donc npr soit  $npr = MR_1(NPR)$ . Nous constatons que (1) a toujours intérêt à jouer npr, qu'il anticipe un choix de NPR ou de R de la part de (2). On dit que npr constitue une stratégie dominante (une stratégie qui donne toujours les meilleurs résultats, contre toutes les stratégies possibles de l'autre). Le même raisonnement fait pour (2) aboutit évidemment au même résultat, le jeu étant symétrique : (2) a une stratégie dominante : NPR. Les deux joueurs vont donc logiquement jouer leur stratégie dominante et l'issue effective du jeu sera le complexe (npr, NPR) donnant à chacun un résultat de 3. Cette issue est appelée un équilibre parce que c'est une situation de repos, stable : si chacun avait pu deviner ce que jouerait l'autre, il n'aurait pas changé sa décision et aucun d'entre eux, constatant ce qu'a joué l'autre (NPR et npr), ne regrette sa décision. Cet équilibre est nommé équilibre de Nash. Il est également décrit souvent comme un équilibre de « non regret » : aucun joueur ne regrette son choix quand il constate celui de l'autre. Le jeu conduit à l'équilibre sous-optimal (ne pas respecter, ne pas respecter ; 3,3), caractéristique d'un « dilemme du prisonnier ». Ce jeu est un jeu non coopératif. Les joueurs n'ont pu se concerter et, s'ils avaient pu se concerter, n'auraient aucun moyen d'être sûrs que chacun respecterait sa parole. Pourtant, en coopérant, ils auraient pu obtenir un résultat bien meilleur pour chacun d'entre eux (5,5). Le résultat en l'absence de coopération n'est pas un résultat Pareto-optimal. Cependant, la coopération ne va pas de soi. En effet, si (2) sait (ou prévoit) que (1) choisit r - par exemple parce qu'il veut aboutir au résultat optimal 5,5 donné par (r,R)-, il ne jouera pas R mais NPR pour aboutir à la solution (0,8) qui lui donne 8. Il en est évidemment de même pour (1) quand il anticipe le choix de (2). Ainsi, bien que l'issue d'équilibre ne soit pas optimale, la coopération n'est pas possible hors arrangement institutionnel contraignant à respecter la coopération (ce que la littérature américaine appellera des accords "*self-enforcing*").

L'introduction d'un système judiciaire permet de lever la sous-optimalité. Si le coût de l'institution judiciaire est de 1 pour chacun, que la sanction du non respect du contrat se traduise par une amende de 2 et par l'accomplissement des obligations (injonction de faire ou de ne pas faire), la matrice devient :

[B]		(2)	
		R	NPR
(1)	r	<b>4, 4</b>	4, 0
	npr	0, 4	0, 0

L'issue est maintenant l'équilibre optimal (respecter, respecter ; 4,4) et les individus ont intérêt à modifier le jeu [A] pour le transformer en jeu [B].

Le passage de l'un à l'autre accroît le bien-être social en éliminant les coûts liés au non respect des règles organisant le fonctionnement social. Si le coût de l'institution judiciaire est plus élevé que le gain qu'elle induit, il est préférable de s'en passer. Ainsi, si le coût de l'institution judiciaire est de 3 pour chacun, le jeu devient [C] :

[C]		(2)	
		R	NPR
(1)	r	<b>2, 2</b>	2, -2
	npr	-2, 2	-2, -2

L'équilibre optimal donne maintenant un résultat de (2,2) et les individus préféreront maintenir le jeu sous la forme [A].

La justice n'est en effet pas le seul moyen de lever la sous-optimalité de l'état de nature. Le substitut le plus évident est le respect spontané des règles sociales existantes. Il peut se combiner à d'autres substituts : l'idéologie, la morale, la déontologie, la religion, les normes culturelles intériorisées, la coutume,...L'on peut alors imaginer, en suivant la logique développée par Axelrod [Axelrod 1984], que se mettent en place des stratégies de donnant/donnant, (respecter, respecter). Le fait que l'émergence de stratégies coopératives suppose des conditions définies permet aussi de comprendre pourquoi certaines situations peuvent se passer de droit et de justice et d'autres non. La coopération au sein de la famille a toutes chances d'intervenir parce que ses membres jouent très fréquemment et longtemps ensemble, d'où leur grand intérêt à obtenir des résultats optimaux et la possibilité de multiples représailles. En revanche, des contextes instables, avec des joueurs mobiles, de telle sorte qu'aucun jeu ne se répète suffisamment régulièrement avec les mêmes joueurs clairement identifiables, demandent des régulations judiciaires institutionnelles de respect des droits. Cela permet aussi de comprendre certaines mutations du judiciaire, comme son extension en société concurrentielle de marché. A la différence des individus des jeux précédents, les firmes en concurrence ne s'intéressent pas seulement à leur gain mais aussi à l'écart entre leur gain et ceux de leurs concurrents car c'est cet écart qui est significatif dans la lutte pour la survie et l'extension des parts de marché. L'antagonisme entre les intérêts se manifeste donc. Et je puis préférer une situation (2,0) à une situation (3,3) parce que ce qui compte est davantage l'écart entre les gains (ou le gain relatif) que mon niveau absolu de gain. Nous n'avons plus aucun moyen de rendre vraisemblable une situation de coopération par émergence de comportements coopératifs et nous avons la garantie que les acteurs rationnels tenteront de dévier de comportements pacifiques. Le recours à la justice devient le seul moyen d'imposer le respect des règles du jeu. Dans d'autres cas, les substituts de la justice peuvent être efficaces. Se pose alors la question de l'efficacité : une institution est efficace si son produit est supérieur à son coût, une institution est efficiente si elle obtient ce produit au moindre coût. Le périmètre de la justice correspondra à la sélection des formes les plus efficaces d'enforcement du droit.

### *1.3.2 la justice appareil d'incitation*

Si la justice a, dans cette analyse, pour première fonction de permettre la mise en place d'un système de droits et de devoirs, elle doit bénéficier pour cela de moyens d'exécution afin de rendre le droit effectif. Ceux-ci, compte tenu du postulat de rationalité des comportements, ne se limitent pas à la coercition directe. Au contraire, ils sont appréhendés, dans le cadre d'une théorie plus générale des incitations, comme des incitations qui pèsent sur les individus et conditionnent leurs choix de comportement.

La mise en évidence, dans l'analyse économique de la justice, de l'aspect d'incitation, date de la théorie économique du crime de G.Becker. Celle-ci ne définit pas le "délinquant" comme un "méchant" ou un "pervers" qui viole la loi parce qu'il est intrinsèquement "asocial" mais, au contraire, dans la lignée déjà ouverte par Beccaria, comme un individu "ordinaire" c'est-à-dire rationnel. S'il viole la loi c'est parce que cela est pour lui optimal c'est-à-dire résulte d'un calcul économique ; ou parce que, comme la théorie du as if nous le dit, il décide comme si il se comportait de façon calculatrice et optimisatrice. Le criminel du modèle évalue l'avantage de la transgression du droit (le gain résultant d'un vol par exemple), la probabilité d'être pris, le coût de la sanction encourue compte tenu de ses préférences par rapport au risque (il peut être plus ou moins peureux, averse au risque, ou aventurier, ayant un goût pour le risque, ce qui explique que tout le monde ne respectera pas ou ne violera pas la loi). Un comportement efficient s'en déduit : respecter ou non la loi. La justice n'est donc jamais pur appareil de coercition (tous les délinquants ne sont pas pris et ils ne sont pas définitivement éliminés, la délinquance se perpétue) mais est appareil d'incitation. La lourdeur des peines comme l'élévation du taux de sanction des déviances modifient les résultats du calcul optimisateur et incitent à davantage de respect de la loi.

L'affirmation des droits par la justice permet le développement d'un droit qui va s'efforcer de définir de mieux en mieux les droits et devoirs de chacun et de cerner les effets des interdépendances entre individus. Le droit peut alors préciser des règles du jeu pour des situations dans lesquelles les droits sont incertains et confier à une autorité judiciaire le soin de les appliquer. Il y a gain en efficience pour plusieurs raisons : une solution standard s'applique et dispense de mettre au point une solution nouvelle à partir de zéro économisant ainsi des ressources et du temps, le conflit entre individus privés est limité en étant officialisé donc normalisé, ce qui évite un gaspillage de ressources lié à la violence privée. La justice en rendant effectif un droit qui réduit les effets de l'incertitude augmente le bien-être social.

### *1.3.3 la justice interprète le droit*

Le judiciaire va décider des situations individuelles en lieu et place des individus, comme nous le constatons tous les jours. Il y a là pour la problématique libérale de l'analyse économique du droit un paradoxe. Admettre que les individus acceptent de créer une institution centrale qui leur impose des règles et qu'ainsi ils auto-limitent leur liberté individuelle passe encore ; la perte de liberté est contrebalancée par une liberté effective plus grande puisque plus sûre. En outre, leur abandon de souveraineté est limité et défini : ils s'engagent à respecter la loi ou à subir le coût de sa transgression (si je dépasse la vitesse maximale autorisée je sais ce qu'il m'en coûtera). En donnant à l'appareil judiciaire le pouvoir d'interpréter la loi, ils consentent un abandon de liberté beaucoup plus fort : comment admettre que les individus acceptent de se dessaisir de leurs prérogatives au profit d'une institution centrale, collective, alors qu'en principe l'initiative et la liberté individuelles sont mises au dessus de tout ; comment admettre qu'ils laissent un tiers s'immiscer dans leurs

affaires d'individus et trancher de leurs intérêts au lieu de librement négocier entre eux.

La réponse repose sur l'existence de coûts de transaction rendant impossible la constitution d'un système de contrats *complets*. Le système judiciaire reçoit ainsi un second fondement en termes d'efficacité en diminuant les coûts sociaux de transaction. Et cette diminution est plus ou moins forte selon les domaines, selon qu'il s'agit de droits précis ou de droits généraux. Cooter et Ulen, suivant la voie ouverte par Williamson avec la distinction du droit classique, néoclassique et évolutif (cf. supra, 1.2), opposent la théorie juridique du contrat qui se réfère à un domaine dans lequel les coûts de transaction sont faibles et la théorie juridique de la responsabilité qui couvre au contraire un domaine dans lequel les coûts de transaction sont élevés. Dans le premier cas, les co-contractants prévoient à l'avance les formes précises prises par leurs droits et leurs devoirs et le rôle interprétatif de l'institution judiciaire est encadré par l'accord de leurs volontés, dans le second cas le rôle interprétatif est beaucoup plus important. Cette approche nous permet également d'expliquer l'absence de monopole du système judiciaire dans le rôle d'interprète du droit. En cas de litige, les parties peuvent parfaitement s'entendre en transigeant (les services juridiques ou les avocats de deux firmes établissent un accord privé), en faisant appel à un tiers (un médiateur),...Le choix des procédures sera guidé par la comparaison des coûts de transaction.

Si l'interprétation par un juge est inévitable, encore peut-on se demander selon quels principes celle-ci doit se faire. La réponse de l'école de Chicago est sans surprise. Le droit doit être interprété comme un mode d'organisation des transactions volontaires conduisant à l'efficacité. Tout problème soumis au judiciaire doit donc être lu par ce dernier avec des lunettes fournies par l'analyse économique du comportement rationnel et des échanges inter-individuels, toujours relatifs à l'allocation de ressources rares. Tout problème de choix est un problème de calcul de coûts et d'avantages et de sélection du meilleur rapport avantage/coût.

#### *1.3.4 des comportements judiciaires rationnels*

La préoccupation des économistes relative à la décision judiciaire s'est ensuite élargie et prolongée dans deux directions.

En premier lieu, l'analyse de la décision judiciaire et, plus largement, du processus de décision judiciaire, conduisent à l'étude de la production jurisprudentielle et donc à celle de l'évolution du droit du fait de l'intervention de l'institution judiciaire. Comme les institutions et règles juridiques sont censées exprimer des préférences individuelles et tirer leur légitimité de ces préférences, elles doivent être expliquées par la connaissance de ces préférences et doivent exprimer correctement ces préférences.

En second lieu, il importe de considérer le fonctionnement du système judiciaire en liaison avec les comportements des acteurs. Celui du magistrat est objet d'analyse, dans la lignée des travaux de l'école du *Public Choice*. En outre, des transactions, arbitrages, négociations peuvent intervenir à la place du procès, ou en complémentarité avec la décision judiciaire, avant et après celui-ci. Le magistrat, s'il intervient, crée de nouvelles conditions, mais celles-ci donnent lieu à des transactions dans le cadre modifié. L'étude des effets de la décision judiciaire doit donc intégrer l'analyse des comportements et implique de renoncer à une analyse close du judiciaire. De nombreux modèles de fonctionnement des procès et de choix entre ester ou ne pas ester, conclure un accord ou aller au procès, interrompre le procès par une transaction ou aller jusqu'au bout de la procédure, faire ou ne pas faire appel,... ont été élaborés [Deffains 1997]. De ce fait, la qualité de la décision

judiciaire ne dépend plus seulement (voire principalement) du comportement du magistrat mais du fonctionnement du système.

## 1.4 une problématique discutée

### *1.4.1 l'intérêt des analyses*

Le Law and Economics soulève toute une série de questions extrêmement intéressantes et jusque là ignorées ou traitées de façon vague. Avec la possibilité d'en rendre le traitement rigoureux, cela se faisant bien évidemment au prix de simplifications, d'abstractions, de réductions. Cette rigueur est nécessaire car, dans de nombreux cas, les solutions ne sont pas évidentes, voire les résultats apportés par l'analyse sont contre-intuitifs<sup>6</sup>. Il en est ainsi des effets de l'imperfection de l'information ou de la prise en compte de formes de coopération malgré la rivalité entre les parties. Les modèles fournis peuvent être progressivement enrichis, certaines simplifications dépassées. Y compris en matière de rationalité ; on peut envisager d'introduire des types de rationalité différenciés afin de spécifier la prise en compte du comportement du petit délinquant par différence avec celui du promoteur immobilier. En outre, l'argument du "as if" est renforcé par l'idée que les comportements par rapport à la justice et au droit tendent à se "rationaliser" avec le développement des institutions, du rôle et des enjeux du droit, ... Quand il s'agit de firmes multinationales et d'intérêts financiers conséquents, les stratégies rationnelles de recours au système juridico - judiciaire progressent et sont confirmées par leurs résultats.

### *1.4.2 le réductionnisme économiciste*

Au sein du *Law and Economics* existent divers courants. Le noyau originel, le courant de l'Ecole de Chicago, développe une approche «économiciste» ou « réductionniste ». Ces économistes s'appuient sur l'analyse de Becker et Stigler en définissant l'économie de façon extrêmement large comme science des choix rationnels en situation de rareté ou encore science du comportement rationnel entendu comme affectation efficace de moyens rares à des fins alternatives, c'est-à-dire comme théorie de l'allocation des ressources [Becker 1976]. Au lieu d'un domaine de l'économie, qui disparaît puisque tout phénomène peut être l'objet d'un raisonnement économique, nous avons un point de vue de l'économie, celui de l'analyse économique. L'économie politique devient une paire de lunettes pour lire tout phénomène en le lisant, donc l'interprétant, comme problème de calcul économique.

Dans cette optique il n'y a pas de spécificité fondamentale de la logique juridique par rapport à la logique économique. Il existe une logique générale de la rationalité, qui prend des formes particulières, formes qui n'affectent pas son contenu, formes explicitement économiques (le comportement du consommateur ou du producteur sur le marché) ou au contraire formes juridiques (la négociation d'un contrat) ou formes judiciaires (le comportement des parties au procès). Cette logique générale est une logique du choix mais aussi de l'échange libre, analogue à l'échange marchand. La réduction des phénomènes à leur dimension économique ou plutôt la réduction de leur interprétation à une interprétation économique (tout choix rationnel, explicite ou implicite, et tout comportement rationnel peuvent être interprétés en termes économiques) est alors justifiée par la supériorité intrinsèque de cette lecture (en particulier elle possède un appareil technique sophistiqué, les instruments d'analyse du calcul économique, donne des résultats qui peuvent être

---

<sup>6</sup> L'étendue même et la richesse de ces apports empêche de les survoler dans le cadre de ce survey. Pour une première approche systématique, cf. Posner et Parisi, 1997.

testés et propose des critères normatifs). A ce moment, non seulement l'économique peut aider la science juridique, mais elle a même à fonder cette dernière en lui offrant la seule base solide, l'étude de l'allocation optimale des ressources.

Il y a là, bien entendu, un point de désaccord essentiel avec d'autres lectures de l'économie du droit et de la justice qui estiment que des logiques différentes existent et que les logiques juridique et judiciaire ont leur propre consistance, et ne peuvent se réduire à des formes particulières d'une logique universelle de l'échange marchand (cf. infra, 3.1).

D'autres auteurs, utilisant eux aussi l'approche individualiste du "*Law and Economics*", sont plus modérés dans la façon de considérer la relation économique/judiciaire. Comme Cooter et Ulen [1988], ils ne prétendent étudier que la dimension économique (c'est-à-dire pour eux rationnelle) de la loi et conservent au juridique son autonomie. Ils considèrent que la discipline nouvelle a pour objet l'application du mode de raisonnement économique à l'ensemble du droit et de la Justice, ce qui donne un éclairage nouveau, parallèlement à la théorie juridique ou à la sociologie juridique, à ce champ.

#### *1.4.3 Les limites de l'efficience de la justice : justice et répartition*

L'interprétation de la justice comme institution efficiente, donc profitable à *tous*, et institution qui peut fixer des normes à partir de critères d'efficience, donc des normes bénéfiques pour *tous*, achoppe sur la question de la liaison entre efficience et répartition, question classique de la théorie économique.

Toute allocation efficiente des ressources est fonction d'une répartition préalable des ressources. Sans même faire intervenir la question des effets externes, le passage d'une situation A à une situation B peut être efficiente (et acceptée) pour une répartition donnée du revenu (1) et inefficente (et refusée) pour une répartition différente (2). Il en est ainsi que l'on se réfère au critère pur de Pareto ou à sa version Kaldor-Hicks [Tartarin 1987, Facchini 1997]. De ce fait, il n'y a pas de critère général, universel, d'efficacité, permettant de comparer les décisions dans tous les contextes. Ce qui est efficient dans un cadre de répartition donné, ne l'est plus dans un autre cadre. Si l'on ajoute que la plupart des mesures prises modifient en même temps la répartition, il est vraisemblable que le critère d'efficience échoue dans de nombreux cas. Posner, conscient de ces critiques, en conclut que le mieux est de s'en tenir aux situations existantes. L'économiste doit se limiter à mettre en évidence les effets de telle ou telle décision en matière d'efficacité, dans le cadre de la répartition de la richesse qui existe. Comme il n'a aucune compétence particulière pour se prononcer en matière de répartition et d'équité il n'a pas à formuler de propositions de changement social. L'économiste est par statut libéral (laisser se dérouler les transactions volontaires) et conservateur (il ne peut fonder économiquement des projets qui modifieraient la répartition). Le juge doit être :

- conservateur, lui aussi. Les projets modifiant la répartition ne peuvent se fonder ni sur l'efficience économique ni sur un critère éthique, sans fondement scientifique et toujours discutable parce que désavantageant certains, donc contraire au respect des préférences individuelles donc de la liberté
- libéral, lui aussi, en un premier sens. Les transactions volontaires doivent être respectées parce qu'elles sont efficientes. Malheureusement il ne s'agit là que des transactions totalement volontaires, c'est-à-dire dans lesquelles ont pu intervenir tous ceux qui pouvaient être affectés par elles, en d'autres termes les transactions dans lesquelles il n'y a pas d'effets externes ou dans lesquelles tous les effets externes ont été internalisés. Or, ces transactions sont rares.

- libéral, dans un second sens. Il doit compléter humblement le marché et les transactions volontaires pour traiter des transactions involontaires soumises à la justice en s'inspirant des processus marchands<sup>7</sup>.

Si l'utilisation de normes d'efficience rencontre ainsi des limites, la justice ne peut en outre être analysée seulement en termes d'efficience. La justice n'est pas un bien public comme les autres car elle offre la possibilité de jouer sur la répartition en participant d'un complexe droit-justice qui définit les droits et leurs conditions d'exercice, et donc les pouvoirs et les richesses.

La relation institution judiciaire - efficience est plus complexe que celle que formalisaient les jeux [A], [B] ou [C] et s'accompagne d'une relation justice - répartition quand un groupe d'individus a intérêt à l'absence de sanction du droit parce que cela lui permet de modifier la répartition en sa faveur. Ainsi si un joueur fort affronte un joueur faible, il peut, par le recours à la violence, modifier les gains qui résulteraient d'un fonctionnement pacifique des contrats. L'introduction d'une justice pourrait accroître le bien-être collectif mais annuler le gain que le recours à des stratégies de triche ou de violence permet à ce joueur d'obtenir. Il y a contradiction entre recherche de l'efficience sociale et recherche de l'intérêt individuel. Cela peut conduire à sortir de la logique de l'échange et de la transaction volontaire en matière de justice : la justice sera imposée par un pouvoir et une contrainte. Une autre solution peut cependant être envisagée dans le cadre de l'échange et introduit la possibilité de substitutions droit/justice : le choix produire ou non de la justice est lié au choix du type de droit à garantir. La justice peut consacrer un nouveau droit codifiant le changement de répartition que le joueur « violent » est capable d'imposer par la menace crédible de l'agression et ensuite garantir la possibilité d'une issue optimale économisant les coûts d'opportunisme. On peut, par exemple, interpréter en ces termes l'institutionnalisation de la corvée féodale : la menace de la violence seigneuriale conduit le serf à accepter l'institutionnalisation d'un prélèvement. La justice est efficiente en économisant des coûts. En termes de répartition, elle a un double rôle : d'un côté elle garantit le prélèvement et peut être de ce point de vue discutée en termes d'équité, d'un autre elle garantit aussi les limites du prélèvement et encadre l'arbitraire. L'impossibilité d'aboutir à un accord à l'issue de cet "échange inégal" et de l'imposer par la contrainte est également envisageable. La dimension du judiciaire est de ce fait variable.

Le modèle élémentaire avec un joueur qui a intérêt à la sanction du droit et un qui n'y a pas intérêt peut être enrichi en considérant que différents projets juridiques peuvent s'opposer parce qu'ils ont des effets différents en termes de répartition, tout en conduisant tous à un surplus collectif. Il peut aussi s'agir de différents projets judiciaires. L'effet distributif de la justice explique que le choix binaire de départ entre un état de nature sans justice et un état avec justice se développe, au-delà des choix juridiques, en choix entre divers types de justice ou divers projets judiciaires. L'enjeu devient la détermination du type de justice, le choix d'un projet judiciaire comme projet légitime. De telles stratégies peuvent conduire d'abord à opposer des projets

---

<sup>7</sup> Votre maison se trouve en plein milieu de l'itinéraire du nouveau TGV et vous êtes exproprié. Posner analyse la situation en termes de "transaction involontaire", l'administration a "offert" une prestation (elle vous inflige des dommages, que nous pouvons considérer comme une offre de "bien négatif"), la contre-prestation étant le dédommagement que vous obtiendrez d'elle. Pour savoir à combien évaluer les dommages-intérêts que vous recevrez et donc savoir si la "transaction involontaire" est efficace (par rapport à une autre solution, renoncer à construire la voie ou la construire ailleurs), le juge doit raisonner par analogie avec le marché. Combien auriez-vous exigé pour que la transaction se soit déroulée volontairement ? quel montant d'argent l'administration aurait-elle dû vous accorder pour vous dédommager de votre perte d'utilité et que votre situation, après l'expropriation, ait représenté pour vous le même niveau de bien être ?.

de justice laxiste à des projets de justice rigoureuse. Elles peuvent surtout opposer des projets définissant différemment les priorités de la justice (la petite délinquance ou la délinquance financière,...). Ces stratégies sont à rapprocher du caractère "imparfait" de la justice. Celui-ci n'est plus analysé comme rançon inéluctable de la complexité du social ou effet de l'imperfection des lois ou de la nature humaine, mais comme moyen et enjeu de stratégies. De même comprend-on que la définition de politiques judiciaires par les autorités judiciaires (mettra-t-on l'accent sur la répression des loyers non payés ou sur autre chose ?) revient à influencer sur le contenu de la matrice des gains effectifs. Cela débouche sur une concurrence autour du fonctionnement du système judiciaire et de la définition des politiques judiciaires.

Nous en arrivons aussi à une autre explication du périmètre de la justice, en termes d'effets distributifs et non plus en termes de rapport coût/avantage et d'efficacité. De même la comparaison entre des modes différents d'enforcement du droit ne résulte sans doute pas seulement d'un critère d'efficacité (affirmer le droit au moindre coût) mais aussi de critères d'équité, de justice ou de répartition (ainsi des garanties offertes par les diverses procédures).

On peut enfin compléter l'approche de l'efficacité à partir des apports de l'approche du Public Choice. Les institutions judiciaires sont des sources potentielles de rentes pour leurs membres ou ceux qui les contrôlent. La concurrence entre justices féodales et justice royale a montré comment la structuration d'un système judiciaire résultait aussi des rapports de force entre candidats aux fonctions judiciaires et aux profits associés. Il en est de même aujourd'hui si l'on admet que les acteurs du judiciaire peuvent trouver dans l'extension de leur domaine d'intervention (ou la redéfinition de leurs compétences, abandonnant par exemple les causes médiocres au profit des causes nobles) le moyen de pouvoirs accrus, d'avantages matériels ou symboliques,.. [Harnay 1999].

## **2 LE JUGE GESTIONNAIRE DES RÈGLES EN CONTEXTE D'IGNORANCE**

Le courant hayékien a développé une approche originale du droit et de la justice, Hayek ayant été l'un des premiers, bien avant le *Law and Economics*, à mettre en évidence l'importance du droit et de la justice pour une société de marché, ouverte et mouvante<sup>8</sup>. Cette approche cherche à dépasser l'individualisme traditionnel d'individus prédéterminés, *homines oeconomici* par construction. Hayek s'intéresse à des individus socialisés par leur rencontre et l'ensemble de leurs relations intersubjectives. Il refuse tout autant le holisme en réaffirmant le primat de l'individu. Il développe un inter-individualisme ou interactionnisme des individus fondé sur un individualisme complexe, les individus entrant en relations les uns avec les autres dans un contexte d'ignorance. L'économie est foncièrement instable et mouvante et il n'est pas possible de définir a priori des probabilités raisonnables des événements susceptibles de se produire. A la problématique d'équilibre statique de la théorie néoclassique traditionnelle est substituée une problématique de la dynamique, de l'évolution, de la liberté et donc de l'imprévisibilité d'un social complexe, marqué par l'existence de multiples interactions inter-individuelles.

L'individu est ignorant pour trois séries de raisons : certaines informations sont indisponibles avant l'action, le futur étant en partie inconnaissable ; l'individu peut ne pas savoir qu'un certain type d'information existe ; certaines informations, dites tacites par opposition aux informations codifiées, ne sont pas transmissibles ou ne

---

<sup>8</sup> Ce point doit beaucoup au travail de F.Facchini sur l'approche autrichienne du droit et de la justice. Cf. [Facchini 1999].

sont que partiellement transmissibles. L'émergence de règles, à l'issue d'un processus spontané d'auto-organisation, et leur consécration par le juge, permettent de gérer l'incertitude, d'assurer la reproduction sociale dans une dynamique d'évolution. L'individu peut, grâce à la règle qui véhicule des informations et induit des routines, gérer et réduire l'incertitude. La coopération est favorisée par les règles que sanctionnera la justice sans pour autant que la justice, comme dans l'analyse précédente de la coopération efficiente, ne résulte d'un calcul de maximisation conscient ou inconscient.

L'approche hayékienne, en termes d'évolution culturelle, s'oppose en effet au constructivisme rationaliste de l'Ecole de Chicago comme à son extension par la théorie des droits de propriété, du marché politique ou des coûts de transactions. Le constructivisme, forme du scientisme, croit que la société ou les individus sont suffisamment savants pour construire des institutions ou des règles sociales permettant d'atteindre des objectifs déterminés. Ils sont victimes d'illusion naïve car la complexité de la dynamique sociale, l'existence d'effets imprévus et d'effets pervers, l'impossibilité de prévoir la dialectique des interactions individuelles, empêchent toute construction a priori efficace. Les individus ne sont donc pas censés pouvoir prendre conscience de l'amélioration possible de l'efficacité grâce à l'institution du droit et de la justice et être capables de prendre les moyens de construire de tels systèmes. L'instauration du judiciaire résulte d'un processus spontané d'auto-organisation, avec essais et erreurs, et sélection progressive. L'institution judiciaire ne maximise plus consciemment le bien être social mais fait plus en gérant l'ignorance, donc en permettant la socialisation des individus, en transformant le désordre spontané en ordre auto-organisé. Les règles utiles pour la société sont des règles générales, abstraites, non finalisées, c'est-à-dire non établies, selon la logique constructiviste, pour un objectif précis et particulier. C'est leur généralité même qui garantit leur efficacité sociale, leur permet de jouer le rôle de repères généraux et stables pour l'action individuelle.

Le rôle du juge se définit alors par rapport aux règles. Il se compose de quatre éléments.

- Le juge formule la règle

La règle émerge d'un processus complexe autopoïétique, généralement sous forme implicite. Le juge a pour première fonction de formuler les règles implicites, de les expliciter afin que chacun puisse les connaître et en bénéficier. On voit l'importance de ce rôle, le juge remplissant une fonction de transmission d'information analogue à celle que la théorie walrasienne affecte au commissaire-priseur sur le marché. La formulation de la règle nouvelle s'inscrit dans la tradition des règles précédemment formulées qui guide le juge puisqu'elle incarne l'explicitation des règles précédemment sélectionnées par la tradition c'est-à-dire la société.

- Le juge fait respecter la règle

L'institution judiciaire est un système de sanction-récompense qui permet de faire respecter la règle devenue droit.

- Le juge respecte la règle

Le juge se contente de rapporter les comportements litigieux constatés à la règle sans chercher à produire une règle nouvelle ou une règle finalisée donc arbitraire. Le juge est au service de la règle, renforce sa stabilité, tire de la règle sa légitimité et la nécessité de son impartialité. La stabilité de la règle favorise la prévisibilité de la décision de justice et évite ainsi le recours excessif au tribunal.

- Le juge fait évoluer les règles

Le juge est confronté à des problèmes que la règle de droit jusque là en vigueur ne permet pas de résoudre en conformité avec l'ensemble des autres règles léguées

par la tradition. Il contribue de la sorte à faire évoluer la règle tout en conservant la cohérence de l'ordre juridique.

L'approche autrichienne est particulièrement intéressante en ce qu'elle s'affronte directement à la question de l'incertitude qui caractérise une société complexe d'individus libres au lieu de l'éliminer par l'hypothèse d'une rationalité parfaite des anticipations des agents économiques comme dans la théorie standard. Sa limite essentielle nous paraît concerner sa conception des relations inter-individuelles. La règle y est étudiée comme le marché, avec lequel elle constitue les deux grandes institutions permettant la socialisation des individus. Celle-ci est pensée comme problème de coordination d'individus autonomes et séparés, disposant d'une information limitée sur les actions des autres individus et, a fortiori, sur le futur. Une seconde dimension du lien social traverse néanmoins tant le marché que le droit et la justice, celle de la divergence et donc de l'opposition des intérêts, représentations et projets. Le marché exprime la concurrence des individus, de leurs désirs et prétentions et inclut un mécanisme de sélection par la disposition à payer, en accordant le bien au plus fort enchérisseur. Le droit n'exprime pas seulement le besoin de relier des individus séparés pour leur permettre de se « caler » les uns sur les autres, il organise la coexistence d'individus à prétentions potentiellement antagonistes. La justice est encore plus marquée par cette dimension d'opposition puisqu'elle doit précisément gérer les conflits. La règle ne représente donc pas seulement un mode de coordination, comme chez Hayek, mais nécessairement aussi un compromis social, une organisation des rapports de force et de pouvoir relatifs. C'est ce que mettra particulièrement bien en évidence l'approche institutionnaliste.

### 3 L'INSTITUTION JUDICIAIRE GESTIONNAIRE DES CONFLITS ET CLÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE DE COERCITION MUTUELLE

#### 3.1 L'approche institutionnaliste

L'institutionnalisme contemporain, dans le domaine de l'analyse économique du droit et de la justice, est représenté aux Etats Unis par des auteurs qui se réclament de Commons, comme Samuels, Schmid, Mercurio. Ils inscrivent leur recherche dans une problématique néo-institutionnaliste qui prétend traiter l'ensemble des problèmes soumis à l'analyse économique en s'opposant assez radicalement à la problématique néoclassique traditionnelle sur plusieurs points importants :

1- les agents sont considérés comme rationnels, mais pas au sens néoclassique de maximisation d'un objectif par un calcul entre des alternatives connues. L'idée de rationalité limitée ou procédurale est substituée à celle de rationalité substantive. Comme l'a montré Herbert Simon, l'information dont disposent les individus est limitée, coûteuse à obtenir mais aussi à traiter car la capacité à calculer est elle aussi une ressource rare, ayant une valeur et un coût d'opportunité, donc économisée, de sorte que se développent des modes de comportement qualitativement différents de celui de l'agent maximisateur rationnel, des procédures de décision autres. Si les individus recherchent la réalisation de certains objectifs, ils ne cherchent pas nécessairement la maximisation stricte de fonctions objectifs (gagner le plus d'argent possible, obtenir le dédommagement maximal,..) ; les individus recherchent plutôt l'obtention d'un niveau moyen (c'est-à-

dire approximatif) déterminé (obtenir « justice » c'est-à-dire un dédommagement raisonnable,..) [Ménard 1990]. Ces procédures sont des formes d'organisation qui émergent du social pour faciliter les prises de décisions, comme le recours à des conventions. La rationalité substantielle se définit par la rationalité du contenu de la décision, indépendamment de toute caractéristique relative aux formes de la prise de décision (l'agent rationnel choisit ce qui est optimal pour lui). La rationalité procédurale établit un rapport entre contenu de la décision et formes de la prise de décision. La décision n'est pas rationnelle in abstracto, en soi, par rapport à son seul contenu, elle est rationnelle par rapport à une procédure de choix. Avec une autre procédure, les mêmes données donneraient une autre décision, tout aussi rationnelle. Les procédures, souvent organisationnelles (l'individu doit décider dans le cadre d'une organisation, entreprise, famille, ...), incluent notamment des schémas de référence, donc des "points de vue", des visions du réel (cf. le cas du magistrat des enfants, de l'assistante sociale, de la police,..) ; elles définissent de même l'information à rechercher pour décider (qui doit-on consulter, avertir ?..).

Les acquis de la sociologie contemporaine tendent à renforcer ce point de vue en montrant comment les contextes sociaux façonnent les comportements et conduisent à des « habitus », formes intériorisées de comportement qui suivent des schèmes sociaux prédéterminés notamment par le statut social des individus (le plaideur n'aura pas le même type de comportement et d'arbitrage entre coûts et avantages si c'est un plaideur professionnel, l'avocat d'une compagnie d'assurance, et un plaideur occasionnel, le propriétaire d'un logement cherchant à recouvrer une créance de loyer). Les rationalités deviennent des rationalités socio-historiquement situées. La complexité des rationalités s'accroît encore quand, comme c'est le cas en analyse économique de la Justice, les décisions portent sur des éléments hétérogènes parce que pluridimensionnels (cf. l'idée de recherche, dans le procès, d'avantages monétaires mais aussi symboliques).

2- les phénomènes économiques sont influencés par l'apprentissage des agents économiques, ce qui implique généralement une analyse dynamique, mais aussi par des institutions non spécifiquement économiques, ce qui impose une analyse pluri-disciplinaire.

3-la coordination des activités économiques ne résulte pas de la seule intervention de transactions marchandes, incapables à elles seules d'instaurer la coordination et la coopération nécessaire en dépassant les conflits d'intérêts, mais met en cause un ensemble d'institutions économiques et sociales à analyser (institutions qui peuvent être à côté du marché comme la justice, ou faire partie du marché réel et historique comme les associations de marchands, les intermédiaires, les groupements d'intérêts, les organismes de surveillance et régulation des marchés,...). De ce fait, la relation entre marché et justice n'est plus du tout analysée comme elle l'était dans le *Law and Economics* de Chicago.

Le droit et la justice sont vus par rapport à la résolution des conflits. Le droit est fondamentalement un processus de création et recréation de droits et la justice est vue par rapport à cela. Le système juridique constitue un ordre, conciliant liberté et contrôle, autonomie et coordination, incluant égalité et hiérarchie. Il implique des processus pour décider entre les intérêts en concurrence et des méthodes pour dire comment résoudre ces conflits d'intérêts [Mercurio and Medema, 1998, p.115]. Le système juridique (via la loi, les règlements, ...) construit un système de *droits relatifs* (qui a quels droits mais aussi quels droits l'emportent sur quels autres), de *pouvoirs relatifs* (qui peut contraindre qui et dans quelle mesure), de *responsabilités relatives* (qui est considéré comme auteur et responsable d'un dommage).

Sur cette base, l'analyse institutionnaliste s'efforce en premier lieu d'analyser le sous-système juridico-judiciaire dans sa liaison au sous-système économique et de rendre compte de son évolution. Il s'agit d'analyser le fonctionnement réel du juridique et du judiciaire et leurs effets sur l'économique, tant en matière d'efficacité qu'en matière de répartition des droits, pouvoirs, richesses, revenus, etc.. avec leurs conséquences sur la production, les échanges,... L'analyse a une portée critique puisqu'elle remet en cause les situations existantes en les qualifiant de relativement arbitraires car relatives à une structure de droits et pouvoirs préalable. C'est pourquoi ces auteurs insisteront sur la nécessaire transparence du judiciaire. Les décisions doivent être motivées parce que cela oblige le juge à s'écarter des apparences et à expliciter les critères sur lesquels il se fonde pour décider. Le droit et la justice évoluent en liaison avec les changements économiques comme en témoigne l'analyse de l'évolution de la conception juridique de la propriété. L'évolution se déroule dans un processus qui oppose continuité et changement parce qu'il oppose aussi d'un côté des intérêts jusque là protégés et qui seront mis en cause et de l'autre des intérêts qui pourront se déployer dans la nouvelle configuration de droits.

En second lieu, les institutionnalistes, en mettant l'accent sur le rôle des institutions, donnent une grande importance à la comparaison des diverses configurations de droits. Ils privilégient les études comparatives. Puisque qu'aucune configuration de droits n'émerge spontanément ni d'un ordre naturel exogène ni d'un marché parfait, il convient d'étudier les diverses configurations de droits possibles, leurs effets directs et indirects, via les stratégies des agents, et d'en comparer les mérites en fonction de différents critères, ne se limitant évidemment pas à l'efficacité. Cela peut aussi permettre de prédire, en cas de nouveau problème soumis au judiciaire, les effets de solutions juridico-judiciaires différentes et donc de fonder des recommandations normatives. De même différents modes de fonctionnement du juridique et du judiciaire peuvent être étudiés et comparés. Ainsi du fonctionnement des systèmes juridico-judiciaires anglo-saxons de *common law* et des systèmes continentaux romano-germaniques.

L'analyse institutionnaliste se présente comme une critique de l'analyse standard du Law and Economics. Elle en critique la méthode, l'individualisme méthodologique, et particulièrement le recours à un postulat de rationalité substantielle abstraite. De façon générale l'institutionnalisme insiste sur le conditionnement social et institutionnel des comportements individuels et cherche à constituer une analyse dialectique du couple comportements - institutions. Les institutions conditionnent les comportements, qui, du coup, ne peuvent plus être étudiés de façon formelle et a-historique, mais les comportements jouent aussi sur les institutions et le contexte qu'ils contribuent à façonner. D'où le parti-pris d'une étude évolutionniste.

L'approche institutionnaliste critique le critère d'efficacité parce que, pour elle, toute attribution de droits modifie les droits relatifs, les pouvoirs relatifs, les richesses relatives et a donc un effet économique, modifiant les prix, les niveaux de production de chaque branche, les revenus des facteurs, .. et définissant une efficacité propre à cette configuration. Si à toute configuration de droits correspond une solution d'efficacité particulière, l'efficacité ne peut plus servir de critère, indépendamment de tout jugement sur la répartition. Cela prend le contre-pied de la problématique normative de Chicago.

L'analyse institutionnaliste conduit à une relativisation des normes marchandes qui s'oppose à la proposition d'alignement du judiciaire sur le fonctionnement marchand. Les normes marchandes ne peuvent servir de référence normative à qui voudrait que la justice évite les comparaisons d'intérêts et les préoccupations de répartition pour se cantonner dans le simulacre du marché. Le marché est un système de normes

encadrées par des intérêts déterminés, intérêts que le marché a précisément pour objet de légitimer. Accepter les prix existants, être "*price-taker*", c'est accepter la configuration de droits qui prévaut, c'est être "*rights-taker*".

### **3.2 un développement de l'approche systémiste**

#### *3.2.1 Compléter les apports des approches individualistes*

L'analyse institutionnaliste nous semble fournir une base de départ intéressante pour l'étude du système judiciaire. Elle ne contredit pas les résultats obtenus par les analyses traditionnelles fondées sur la micro-économie des institutions et des comportements rationnels et efficaces mais les relativise et les insère dans le contexte plus large des rapports entre justice, marché et société. L'enrichissement ainsi apporté par l'institutionnalisme peut être prolongé dans une perspective régulationniste et systémiste, s'efforçant de préciser la logique de l'articulation entre système judiciaire, système économique et système social, voire d'établir des périodisations permettant de rendre compte de l'évolution des formes judiciaires et de leur efficacité systémique. Cela paraît d'autant plus séduisant que le judiciaire fonctionne en système, système hiérarchisé et hétérogène, sur la base d'un droit qui constitue lui-même un système et, d'autre part, que le système judiciaire est amené à collaborer avec d'autres institutions à finalité différente (la police, les services sociaux, l'administration pénitentiaire...). L'analyse des comportements individuels et des relations inter-individuelles peut alors, non pas être remplacée par une analyse holiste des structures juridico-judiciaires posées a priori, mais complétée par l'étude des relations entre système judiciaire et société à partir du rôle régulateur affecté au judiciaire dans nos sociétés. L'approche hayékienne de l'évolution des organisations et des ordres sociaux peut aussi être prolongée vers une dynamique combinée des structures et des stratégies, incluant son effet sur les préférences, rationalités et comportements d'individus et de groupes socio-historiquement institués.

Si le judiciaire peut être conçu comme institution de régulation sociale, il convient cependant de s'écarter du fonctionnalisme fréquent des conceptions systémistes. Les institutions ne sont pas purement fonctionnelles et les systèmes sociaux pleinement cohérents. Comme toute régulation sociale, la régulation judiciaire reste toujours partielle, imparfaite, contrainte par des données incompatibles les unes avec les autres (contraintes budgétaires d'un côté, demande sociale de Justice de l'autre, par exemple). Elle reflète les contradictions sociales, elle ne supprime pas totalement le désordre en imposant un ordre parfait. Elle n'épouse pas complètement et immédiatement le mouvement social pour rester fonctionnelle. Les "retards", "inadaptations", "échecs", "limites",... sont monnaie courante. Ces "échecs" ne sont pas du domaine de l'imperfection. Ils résultent, plus fondamentalement, des tensions, pouvoirs et oppositions présentes dans l'ordre social, ordre qui ne saurait être pensé comme un ensemble organique unifié et monolithique.

Une perspective régulationniste permet de tenir compte de ces tensions et particulièrement, pour une analyse économique du judiciaire, de dépasser le réductionnisme economiciste pour tenir compte de la pluridimensionnalité du judiciaire. Il ne suffit cependant pas de relever l'hétérogénéité du judiciaire, les limites de son adaptation aux « besoins sociaux », ou de rappeler la nécessité de tenir compte des diverses dimensions du judiciaire, encore faut-il en proposer une clé d'interprétation et donc avancer un principe d'articulation entre judiciaire, économique et social. C'est ce que nous esquissons maintenant.

### 3.2.2 le dualisme judiciaire

Un premier aspect de l'hétérogénéité du judiciaire provient de la pluridimensionnalité des phénomènes judiciaires, qui ont des dimensions juridiques, sociales, psychologiques, politiques, ... et aussi économiques. Cette dimension économique est plus ou moins importante par rapport aux autres, selon les cas et les situations objectives, mais aussi selon l'importance qu'on lui accorde, en fonction d'un système de valeurs, de préoccupations. De même, dans les critères d'action (donc aussi de décision), le poids de la dimension économique varie selon le système de représentation qui encadre l'action. Ainsi, les critères de la décision judiciaire ne peuvent a priori ni ignorer les conditions et effets économiques de la décision ni se ramener à la recherche de l'optimum économique entendu comme allocation efficace de ressources rares. Il y a fréquemment, et là réside toute la complexité de la décision judiciaire, conflit entre objectif économique et autres objectifs, entre contraintes économiques et autres contraintes (la décision de placement d'un enfant a des conséquences économiques, mais aussi d'innombrables autres conséquences de nature non économique et le poids de chaque contrainte doit être apprécié au cas par cas, ce qui explique le caractère unique de chaque décision).

Un second aspect de cette hétérogénéité est que, contrairement aux apparences, le droit n'est pas une construction totalement cohérente. La donnée première est au contraire la diversité juridique. Celle-ci apparaît d'abord comme diversité par pays ou diversité par matières [Arnaud 1991]. Une réflexion historique montre cependant que cette diversité va plus loin et conduit à rompre avec une vision étatiste du droit (l'Etat établit le droit dont a besoin la société) : le droit cède la place aux droits. Il en est de même pour la Justice : il existe des justices, la Justice passe par des Justices.

Les droits et les justices naissent des besoins d'ordre et sont occasion de pouvoir. Ils ne s'unifient que partiellement en constituant des synthèses spécifiques. Cette unification n'est pas seulement synthèse de formes locales différentes (comme la formation d'un droit médiéval effaçant les différences entre droit gallo-romain, droit wisigoth, burgonde et franc) mais aussi unité entre des droits et des justices relevant de fondements différents car liés à des ordres différents (le droit canonique expression de l'ordre et du pouvoir religieux et le droit régalien expression de l'ordre et du pouvoir royal). "Le" droit et la Justice qui en résultent - et l'on voit l'intérêt de leur préférer les notions de système juridique et de système judiciaire plus aptes à intégrer la diversité et la dialectique interne tout en indiquant l'unité - ont souvent été "tirillés" entre des ordres différents et des ordres en concurrence, chacun de ces ordres aspirant à gérer l'ensemble du social, poussé par les forces qu'il favorise, c'est-à-dire à soumettre à sa logique propre l'ensemble du fonctionnement social, à devenir hégémonique.

Notre système judiciaire, comme notre système juridique, hérite d'un double fondement, lié au fait que nos sociétés s'organisent principalement autour de deux logiques différentes : une logique du marché, régissant l'économique mais par voie de conséquence régissant aussi en partie le social, une logique de la République (ce sont des sociétés organisées en nations autour d'un Etat démocratique républicain), régissant d'abord le politique mais définissant aussi des principes sociaux. De ce fait, le droit et le juste renvoient à des normes hétérogènes, les unes expression de la société républicaine, les autres de la société marchande.

L'ordre républicain, imposé en France par la Révolution, mais largement diffusé à travers le monde, repose sur des principes élaborés et mis en œuvre des siècles plus tôt, dans les démocraties grecques ou la république romaine, mais développés par la philosophie politique du 17<sup>e</sup> et du 18<sup>e</sup> siècle, avec les notions de

corps social, de contrat social, de gouvernement selon la raison,... Il distingue entre domaine privé et domaine public, domaine de l'individu et domaine du collectif, domaine de l'intérêt individuel privé et domaine de l'intérêt général des individus citoyens et membres d'un corps social. L'ordre républicain fait émerger la dimension politique et l'autonomise en un espace politique, distinct du religieux comme du privé, organisé autour d'institutions et de processus spécifiquement politiques et publics (les élections, la loi, le gouvernement, ... et non plus le cabinet du Roi, la Cour du Seigneur ou le bon vouloir du Prince). Il met en place une nouvelle représentation de la société comme société politique de citoyens, et non plus comme Chrétienté ou comme famille élargie du Prince. Dans ce modèle, les institutions politiques reçoivent la charge d'organiser la recherche de l'intérêt général, du bien commun, de fixer les orientations du développement, de conduire la société. La société politique est responsable de son auto-organisation, de son auto-gouvernement et de son avenir, l'Etat devient le personnage central de la société, forme et garant de son unité. La cohésion sociale est assurée par la soumission de tous à la loi.

L'ordre républicain prend des formes diverses, des républiques totalitaires où la chose publique est confisquée par un chef, un clan, un parti ou une classe aux républiques démocratiques dans leurs multiples variantes. Les formes contemporaines de démocratie politique développent les potentialités démocratiques de l'ordre public républicain, étendant les prérogatives du citoyen à l'ensemble des membres du corps social. Tous les individus sont identiques par statut, en tant que citoyens, donc citoyens égaux, tous titulaires de droits, quels que soient leur sexe, leur condition sociale, leur âge, leur religion,.. La souveraineté politique et la définition de la loi commune et de ses appareils de mise en œuvre appartiennent au peuple, ensemble des citoyens.

L'ordre marchand est, lui, fondé sur le respect des lois économiques véhiculées par le marché et met en relation des échangistes dont les droits sont définis : liberté des échanges, propriété privée, .. A l'égalité politique un homme = un homme s'ajoute l'égalité économique un franc = un franc. L'hétérogénéité relative entre ordre du marché et ordre de la République est à la source de tensions possibles entre ces deux modes de socialisation, socialisation par le politique, et plus précisément par la République, socialisation par l'économique, et plus précisément par le marché.

Une telle lecture, qui s'oppose à la lecture réductionniste de l'Ecole de Chicago en termes d'une seule logique, celle de l'échange volontaire efficient, et donc à la conclusion normative qu'elle en tire pour le judiciaire (respecter l'échange volontaire ou le singer), conduit à une conception différente du statut et du fonctionnement du judiciaire.

### *3.2.3 les fonctions du judiciaire*

Le système judiciaire a deux fonctions classiques : faire appliquer la loi, interpréter la loi, loi qui doit gérer à la fois la dimension républicaine et la dimension marchande de la société. Cependant, elles passent par une fonction préalable. La Justice doit mettre en forme la réalité, produire une représentation légitime fondée sur un mode de lecture spécifique du réel, un mode judiciaire, intégrant le mode juridique, mais ne s'y limitant pas. Le point de départ de l'acte judiciaire est la constitution de cette lecture, lecture qui s'oppose à d'autres lectures sociales, la lecture psychologique,.. ou la lecture économique. De plus, elle devra justifier de la pertinence sociale de la lecture judiciaire pour légitimer le caractère officiel qui est accordé à cette dernière, la lecture judiciaire étant la limite de l'énoncé performatif [Bourdieu 1982]. Enfin, la délimitation du domaine d'application de la lecture juridique - judiciaire ne dépend

pas non plus de la simple application directe de la loi, de facteurs techniques, mais de choix idéologico-sociaux. Les Tribunaux doivent-ils se préoccuper ou non des accidents du travail, des coups échangés au sein de la famille, en faire des affaires juridiques - judiciaires, leur appliquer les principes du droit, ou les considérer comme affaires privées ou problèmes économiques, ou faits divers, c'est-à-dire leur appliquer d'autres modalités de lecture.

Cela est d'autant plus délicat que l'institution judiciaire ne se borne pas à faire "appliquer" la loi en énonçant ses conséquences évidentes. Dans de multiples cas elle doit interpréter des principes généraux et en tirer une solution pour un cas particulier parce que la loi ne prévoit pas tous les cas particuliers mais établit des principes, des règles générales. Le degré d'interprétation est variable, plus grand quand il s'agit de l'application des droits généraux, plus faible mais néanmoins non nul quand il s'agit de l'interprétation des droits précis (le contrat n'a pas tout prévu et il y a lieu d'apprécier la bonne foi des parties,...).

De plus, l'institution judiciaire ne se borne pas à "arbitrer" entre des intérêts au sens où tous les intervenants dans l'action judiciaire dresseraient un constat analogue de la situation et demanderaient seulement au juge d'arbitrer entre les prétentions (ou, en matière pénale, de déterminer la bonne proportion entre faute et sanction). La Justice doit trancher entre des constats différents, des représentations différentes et produire sa propre représentation qui deviendra la représentation *légitime*.

Enfin, le problème n'est pas seulement d'interpréter le texte juridique mais de le faire en tenant compte d'autres informations. La représentation légitime est fondée sur un mode de lecture spécifique du réel, un mode judiciaire, intégrant le mode juridique, mais ne s'y limitant pas ; le juge n'est pas simple juriste. Et il utilise des lectures non judiciaires pour constituer sa propre lecture (faire appel à l'enquête sociale, à l'avis de l'expert en construction,...), ce qui pose des problèmes, d'une part de cohérence, d'autre part de concurrence, différentes lectures pouvant s'affronter comme fondement principal de la mise en forme judiciaire (privilégiera-t-on une lecture sociale de la délinquance ou au contraire une lecture en termes de sécurité individuelle ?).

La complexité sociale contemporaine entraîne deux modifications de ce point de vue. D'une part, la marge de manœuvre laissée au judiciaire est plus grande parce que la complexité sociale appelle de nouvelles formes de gestion fine et décentralisée. La logique de la négociation, de la souplesse, de l'insertion du moment judiciaire dans un contexte plus large et plus long (l'organisation de l'après-divorce, de l'après-conflit du travail, de l'assistance éducative,...) s'impose ici aussi. L'institution judiciaire tranche en prenant des décisions, mais, de plus en plus, organise des situations, participant aux micro - régulations qui tendent à remplacer la gestion bureaucratique par le haut et par le centre. Ce faisant, l'institution judiciaire, comme le montre l'activité des juges des enfants ou de l'instance, plonge dans le fonctionnement social. Plutôt que de se contenter d'énoncer les règles du jeu social, de les rappeler périodiquement à l'occasion de leur transgression, de les préciser en cas d'équivoque et de définir alors leurs conséquences pratiques, elle doit mener des politiques continues de prévention-sanction-organisation pour réguler le fonctionnement social.

D'autre part, un tel approfondissement de la logique judiciaire conduit simultanément au dépassement de son extériorité (et donc de celle de l'institution judiciaire) par rapport aux autres logiques à l'œuvre dans le social. La logique judiciaire rencontre en effet ces autres logiques et doit collaborer avec elles. La décision judiciaire s'intègre dans des ensembles, des situations traitées dans leur globalité (état des

ressources par rapport aux dettes et aux autres charges, situation du mineur dans sa famille, choix des peines facilitant la réinsertion des condamnés au lieu de la compromettre, ...). Le passage progressif d'une logique décision-répression à une logique conciliation/adhésion-prévention/réinsertion marque de plus en plus l'institution judiciaire, ces deux grands types de logiques étant profondément différents et induisant des procès de travail différents.

Le lien avec le double fondement de nos sociétés intervient alors. Le problème est en effet, pour l'institution judiciaire, de construire une vision du droit et du réel alors que les sources du droit sont hétérogènes et qu'elles renvoient à des logiques qui sont différentes donc éventuellement concurrentes. En outre, l'institution judiciaire transforme cette fonction préalable d'élaboration d'une lecture proprement judiciaire en une fonction de décision spécifiquement judiciaire, dire le juste, qui intègre l'ensemble des fonctions judiciaires. Elle ne dit pas le droit comme la doctrine mais le dit sous la forme du juste : elle arbitre entre prétentions contraires, droits qui s'opposent, pondère dommage et dédommagement, proportionne peine et faute,.. c'est-à-dire dit le juste, au sens d'un juste partage des torts, d'un juste dédommagement, d'une juste répartition des droits. Au symbole du glaive (imposer le droit) s'adjoint le symbole de la balance (imposer le juste). Le système judiciaire doit combiner l'affirmation-gestion de l'ordre socio-politique avec l'affirmation-gestion de l'ordre marchand et arbitrer éventuellement entre le poids de chaque mode de gestion dans la gestion d'une affaire donnée. Là réside une partie des difficultés de la décision judiciaire et le caractère singulier (mais aussi discutable car subjectif) de toute décision. Comment arbitrer en pesant les deux plateaux de la balance quand d'un côté se trouvent des critères d'inspiration socio-politique républicaine et de l'autre des critères économiques d'inspiration marchande ?

La construction du "*Law and Economics*" peut être réinterprétée en ces termes. Elle correspond à une tentative d'imposer une lecture économique du réel comme base de la formulation juridico-judiciaire des problèmes, donc des critères économiques comme critères décisifs et, en fin de compte, de donner de plus en plus d'importance au fondement marchand de nos sociétés par rapport à leur fondement socio-politique républicain.

#### 3.2.4 *La dimension économique du judiciaire*

Les études menées sur la justice par les économistes peuvent être regroupées en trois ensembles. Elles concernent :

le contenu économique de la décision (dimension économique des motifs et des effets de la décision judiciaire, qu'il s'agisse de la décision de l'institution judiciaire ou des transactions, arbitrages, médiations,..)

la dimension économique du fonctionnement judiciaire (coût et rendement, modes de gestion, types de régulation entre besoins, demande et offre de justice, formes alternatives de règlement des litiges, qualité du produit judiciaire,..).

la dimension économique du statut du système de l'institution judiciaire (le rapport économie - droit - justice).

Toutes supposent cependant de construire au préalable une représentation générale des rapports justice – économie et justice – société. Ce texte s'est précisément efforcé de rendre compte de telles tentatives. La dimension économique de la justice résulte d'abord de ce qu'elle intervient comme garante de l'ordre économique. L'économie mixte que nous connaissons a besoin de règles du jeu précises et détaillées (la liberté du commerce et de l'industrie, ...) ainsi que d'instruments déterminés (le contrat, la propriété,..), exprimés en termes juridiques et dont

l'application soit garantie par le pouvoir judiciaire qui les fait « respecter ». Le fonctionnement du marché comme l'intervention de l'Etat sur les structures et le fonctionnement économiques les requièrent. Ce faisant, le système judiciaire affirme officiellement l'ordre économique (fonction de définition-affirmation) mais doit également contribuer à sa gestion quotidienne (fonction de gestion-organisation) en interprétant la loi et les principes du droit et en définissant leurs conséquences.

A côté de ces effets économiques directs, la Justice est créatrice de nombreux effets économiques indirects, parce que, dans une société complexe, l'intervention judiciaire a de plus en plus d'effets indirects ayant une composante économique, effets économiques externes en ce qu'ils ne correspondent pas à une logique de production marchande mais découlent de sa tâche de dire le droit.

La dimension économique du système judiciaire ne se limite donc pas à la relation directe justice-économie et, a fortiori, aux questions du droit de l'économie. L'ordre économique contemporain s'inscrit plus largement dans un ordre social, l'ordre social marchand, parce que l'économie n'est pas un monde clos et que les institutions économiques supposent aussi des institutions non économiques (de l'éducation à la police). Comme le social ne peut aujourd'hui être découpé en deux ensembles autonomes, l'économique et le non économique, la relation justice – économie n'est pas indépendante des relations justice – société et notamment des fondements non économiques du droit. L'économie du judiciaire ne peut se limiter à l'application de la logique économique traditionnelle à l'objet particulier que serait la justice mais suppose de prendre en compte systématiquement l'aspect pluri-dimensionnel du réel et l'hétérogénéité des logiques qui gouvernent nos sociétés.

En gérant le droit, la justice entre dans la catégorie des organisations productives. Elle produit un bien rare spécifique, les décisions de justice, qui sont des biens d'information, biens économiques particuliers, non matériels, mais produits et stockés, ayant un coût et une valeur, plus ou moins mesurables et plus ou moins connus. Etablir une régulation juridico-judiciaire c'est créer et gérer de l'information. Ce faisant, la justice est une organisation économique, partie prenante de l'allocation des ressources. Elle produit avec des inputs (travail des magistrats, avocats, juristes, greffiers,..., équipements,..) et les transforme en outputs (les décisions,..). Elle peut donc être soumise aux questions traditionnelles de la théorie économique de l'allocation des ressources : comment se détermine la quantité d'inputs qu'elle utilise, comment se forment les combinaisons productives, comment se déterminent les orientations de la production puisque le système produit une gamme de services, comment les inputs sont-ils transformés en output (quel procès de travail fonctionne, avec quelle efficacité,..), comment se réalise l'adéquation entre besoin de justice et réponse de l'institution, demande et offre de justice, ..

Pour ce faire, l'on ne peut analyser la dimension économique du système judiciaire sur le seul modèle du marché concurrentiel traditionnel. Le système judiciaire est particulièrement riche puisqu'il réunit des acteurs publics et des acteurs privés, des acteurs autonomes et des institutions, des formes marchandes et des formes non marchandes, des formes privées (l'arbitrage) et des formes publiques. S'il connaît des échanges, il connaît également la hiérarchie et la contrainte. L'institution judiciaire (les « tribunaux ») intervient à la fois comme un acteur ordinaire des marchés, dans le cadre d'échanges libres (quand l'administration centrale du ministère de la Justice contracte avec des fournisseurs d'équipement) mais aussi, plus fréquemment, comme un acteur qui recourt à la contrainte, à la différence cette fois du fonctionnement marchand habituel, en imposant des décisions à effet économique (quand elle prononce une liquidation d'entreprise ou annule un plan social de licenciement). En tant qu'administration, elle est prisonnière de ressources préétablies si bien que sa gestion est fortement contrainte ; en tant que régisseur du

droit mais elle-même régie par le droit, elle développe un procès de production particulier encadré par l'existence d'un droit processuel qui fait que les acteurs du judiciaire ont peu de liberté d'organisation de leur procès de travail. Le système judiciaire voit ainsi coexister, parfois conflictuellement, des logiques de gestion différentes.

A l'analyse des comportements individuels, pour laquelle les apports des approches traditionnelles sont irremplaçables, s'ajoute ainsi une analyse de la justice comme institution et comme système, prenant des formes historiquement variables, dans des sociétés où fonctionnent d'autres institutions et d'autres systèmes, dans le contexte de la reproduction d'un ordre social fondamentalement dualiste.

On voit que le programme de travail ainsi ouvert est considérable. L'approche économique du judiciaire a alors de beaux jours devant elle...

## Bibliographie

- Arnaud, A.J. 1991 Pour une pensée juridique européenne, Paris, PUF.
- Axelrod, R. 1984 Comment réussir dans un monde d'égoïstes ? Odile Jacob
- Barzel, Y. 1989 Economic Analysis of Property Rights Cambridge University Press
- Becker, G. 1976 The Economic Approach to Human Behavior. Chicago. University of Chicago Press.
- Bourdieu, P 1982 Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques. Fayard.
- Buchanan, J.M. 1974 « Good Economics Bad Law » Virginia Law Review, March 1974, 60, pp. 483-492.
- Caro, J.Y. 1990 "Les dimensions économiques de la décision judiciaire : perceptions et pratiques des magistrats". Rapport pour le Ministère de la Justice, Paris. Février 1990.
- Coase, R.H 1960 The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, 3, pp. 1-44.
- Côme, T. et Rouet, G. 1997 Les stratégies juridiques des firmes. Vuibert.
- Cooter, R.D 1994 Structural Adjudication and the New Law Merchant : A Model of Decentralized Law International Review of Law and Economics, 14 (2), June, 215-31.
- Cooter, R.D et Ulen, T.S ., 1988 Law and Economics, Glenview, Scott, Foresman.
- Deffains, B. 1997 « Analyse économique de la résolution des conflits juridiques », Revue française d'économie, n°12, 1997, pp. 57-99.
- Demsetz, H. 1967 "Toward a Theory of Property Rights" American Economic Review, 57, n°2 : 347-59.
- Ellickson, R.C 1991 Order without Law, Harvard University Press, Cambridge.
- Facchini, F. 1997 Gestion des externalités, droit de propriété et responsabilité civile. In Economie Appliquée, tome L. 1997, n°4, p. 97-125.
- Facchini, F. 1999 "L'apport de la théorie de l'évolution culturelle à l'économie des institutions" Cahiers du CERAS n° 31 Janvier 1999
- Foucault, M. 1976 La volonté de savoir. Gallimard.
- Galanter, M 1981 Justice in Many Rooms : Courts, Private Ordering, and Indigenous Law, Journal of Legal Pluralism, 19, pp. 1-47.
- Harnay, S. 1999 "Economie positive de la justice administrative", Thèse de sciences économiques, Université de Paris 1.
- Landes, W.M et Posner, R.A 1979 Adjudication as a Private Good, Journal of Legal Studies, VIII (2), March, 235-84.
- Lemennicier, B. L'économie de la justice : du monopole d'Etat à la concurrence privée, Justices, n°1, 1995, pp. 135-146.
- Ménard, C. 1990 Economie des organisations, La Découverte.
- Mercuro, N. et Medema, S.G. 1997 Economics and the Law, From Posner to Post-Modernism, Princeton University Press.
- Posner, R.A. 1973 Economic Analysis of the Law. Boston, Little Brown.
- Posner, R.A and Parisi, F 1997 Law and Economics 3 vol. Edward Elgar
- Samuels, W.J 1971 Interrelations between Legal and Economic Processes, Journal of Law and Economics 14 (October 1971) pp. 435-450.
- Schmid, A.Allan Property, 1987 Power, and Public Choice : an Inquiry into Law and Economics, 2° ed New York Praeger
- Schmid, A.Allan 1989 Law and Economics : an Institutional Perspective in Law and Economics ed by N.Mercuro, 57-85, Boston, Kluwer.
- Schmid, A.Allan 1994 Institutional Law and Economics, European Journal of Law and Economics 1 March 1994, 33-51.
- Tartarin, R. 1987 Efficacité et propriété. In Revue Economique, 38 p. 1120-1155.
- Tullock, G. 1974 The Politics of Bureaucracy, Public Affairs Press, Washington
- Tullock, G. 1980 Trials on Trial, the Pure Theory of Legal Procedure, Columbia University Press, New York
- Williamson, O.E. 1981 Contract Analysis : The Transaction Cost Approach. In P.Burrows and C.G.Veljanovski 'Eds.), The Economic Approach to Law, Butterworths, London.