



HAL
open science

Analyse économique et droit pénal: contributions, débats, limites

Eric Langlais

► **To cite this version:**

| Eric Langlais. Analyse économique et droit pénal: contributions, débats, limites. 2011. hal-04140948

HAL Id: hal-04140948

<https://hal.science/hal-04140948>

Preprint submitted on 26 Jun 2023

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.



<http://economix.fr>

Document de Travail

Working Paper

2011-33

Analyse économique et droit pénal :
contributions, débats, limites

Eric LANGLAIS



UMR 7235

Université de Paris Ouest Nanterre La Défense
(bâtiments T et G)
200, Avenue de la République
92001 NANTERRE CEDEX

Tél et Fax : 33.(0)1.40.97.59.07
Email : nasam.zaroualete@u-paris10.fr



Analyse économique et droit pénal : contributions, débats, limites

Eric LANGLAIS*

EconomiX-Paris Ouest Nanterre

11 novembre 2011

Résumé

L'article passe en revue les objections opposées à la théorie économique du crime inspirée par l'article fondateur de Becker (*JPE*, 1968), en distinguant celles qui relèvent d'une critique méthodologique radicale - externe - de celles - internes - qui interrogent plutôt la robustesse de ses conclusions en adoptant la même méthodologie. Les critiques externes résultent essentiellement de la lecture faite par les juristes des travaux de Becker. Elles visent la classification implicite entre comportement criminel et actes légaux qui est supportée par l'analyse économique du crime, ou la représentation stylisée et par trop simplificatrice du droit pénal qui en découle, qui oublierait les fonctions principales du droit pénal (sanction/réhabilitation) pour ne se focaliser que sur la dissuasion. Les juristes les plus avertis des principes méthodologiques fondant plus généralement l'analyse économique, ont aussi cherché à montrer les incohérences internes de la théorie économique du crime, qui postule l'existence d'une valeur sociale pour le crime. Les critiques internes se sont, elles, concentrées sur le résultat central de Becker : l'efficacité des sanctions monétaires élevées (maximales) pour la dissuasion des comportements criminels et en contrepartie, l'optimalité d'une fréquence de contrôles et de d'application de ces sanctions aussi faible que possible. La littérature a justifié que ce *mix* n'est socialement optimal que dans la mesure où l'utilisation des sanctions monétaires se fait à un coût marginal nul soit pour les autorités publiques, soit pour les criminels. Mais dans de nombreuses circonstances, les sanctions monétaires ont un coût marginal social (positif), qu'il soit

*EconomiX, UMR CNRS 7235 et Université Paris Ouest-Nanterre, 200 avenue de la République, 92001 Nanterre. Email : Eric.Langlais@u-paris10.fr.

public ou privé. L'article conclut sur quelques enseignements fournis par les tests empiriques de la théorie du crime. Si ceux-ci mettent clairement en évidence que l'effet de dissuasion résulte principalement (de la fréquence) du contrôle des activités illicites, de façon plus générale, ils corroborent les principales prédictions de la théorie économique du crime.

Mots-clés : économie du crime, Becker, dissuasion et politique de mise en oeuvre optimale, fonctions du code pénal.

JEL codes : K14, K42

1 Introduction

En lui décernant le prix Nobel en 1992, l'Académie Royale Suédoise des Sciences avait souligné l'originalité de la démarche de Gary Becker : elle consiste dans l'application des outils de l'analyse microéconomique à un grand nombre de questions relatives aux comportements humains, allant des interactions de marché aux relations non marchandes. De tous les domaines dont Becker s'est saisi, celui où la transposition de la démarche économique usuelle (déduire des règles de décision d'un principe d'optimisation) est apparue comme l'une des plus radicales concerne celui des comportements illicites et de la criminalité. Becker incitait ainsi les économistes à y systématiser l'application du postulat de rationalité, là où les chercheurs d'autres sciences sociales (sociologie, psychologie) décrivaient des comportements irrationnels. Sur ce plan, son héritage intellectuel et méthodologique s'est avéré inestimable, d'autant qu'il a dépassé le cadre strict du débat académique (interdisciplinaire) pour s'immiscer dans le débat public sur la répression du crime et des activités illicites. Gary Becker a considéré que, si l'on met à part le cas des psychopathes certes dangereux mais en nombre limité, il est pertinent et fécond du point de vue méthodologique d'admettre que les comportements des délinquants et des criminels procèdent eux aussi de décisions rationnelles, au sens où ils reflètent les bénéfices, les coûts et les risques supportés par les individus commettant ces actes illégaux. Une conséquence essentielle qui peut en être déduite est qu'on peut s'attendre à ce que les délinquants et les criminels réagissent à des changements dans l'orientation des politiques publiques. Ces idées exposées principalement dans son article de 1968 du *Journal of Political Economy*, ont sans doute été parmi les plus controversées ; elles ont suscité le plus souvent une grande hostilité, voire un rejet définitif, aussi bien de la part des criminologues et des sociologues que de certains économistes.

Pourtant, l'approche préconisée par Becker pour l'étude des comportements criminels marque une rupture méthodologique importante, sinon déci-

sive. Comme Levitt et Miles (2007) le rappellent, certains courants longtemps influents de la criminologie se fondaient soit sur un déterminisme biologique, soit sur un déterminisme social, pour expliquer l'origine de la criminalité. La contribution et l'héritage intellectuel sans conteste essentiels de Becker viennent de l'intérêt porté à la question de la *dissuasion* des activités criminelles.

Dans l'histoire de la criminologie, on a pendant longtemps compté sur les doigts d'une seule main le nombre des auteurs qui ont mis sur le devant de la scène cette question de la dissuasion du crime. Steven Shavell (1985) insistait sur ce point auprès de la communauté académique des juristes américains en utilisant comme tribune la prestigieuse *Columbia Law Review* : hormis dans les écrits de Beccaria (1767), Montesquieu (1748) et Bentham (1789) qui se sont intéressés au problème de la dissuasion, mais qui ont été vite oubliés sur ce point, celui-ci a été totalement ignoré par la pensée juridique. Il n'a ressurgi qu'avec et grâce à Becker. Par tradition, la majorité des auteurs étaient plus enclins non seulement à admettre, mais surtout à ne considérer que la dimension morale du droit pénal. Il en découlait que les fonctions principales attribuées au droit pénal ne pouvaient être que la sanction (la punition pour des comportements deviants par rapport à la norme admise par la société), la réhabilitation (le rachat par la sanction et la réintégration dans la société) ou l'incapacitation (la mise à l'écart de la société, y compris la mise hors d'état de nuire). *A contrario*, avec les travaux de Becker, la conception du droit pénal qui apparaissait en filigranes *via* la question de la dissuasion, était celle d'un droit qui aurait pour souci d'être *efficace* en modelant les comportements individuels. L'incompréhension (quant au sens du projet beckerien et de celui de ses successeurs/continuateurs) et le rejet (des bases méthodologiques) manifestés de façon durable par les juristes notamment se sont prolongés bien au-delà des mises au point pourtant didactiques tentées par un auteur aussi averti et soucieux d'entretenir un dialogue avec les juristes que Steven Shavell. Mais ces échanges avaient tout du dialogue de sourds : d'un côté, Shavell (1985) consacrant beaucoup d'énergie à souligner que, que l'on veuille ou non, les dispositifs prévus par le code pénal n'agissent pas seulement et uniquement *ex post*, mais ils se traduisent toujours par des effets *ex ante*, la question étant alors de savoir si ceux-ci contribuent ou non à l'efficacité économique et judiciaire ; de l'autre, Dau-Schmidt (1990) et Lewin et Trumbull (1990) continuant à affirmer avec constance que le problème principal du code pénal est un problème *ex post*, ce qui correspond tout simplement au travail des magistrats et des tribunaux, et sa fonction essentielle ne concerne pas les incitations et la dissuasion, mais la sanction et la réhabilitation.

Il est vrai aussi que la disproportion qui apparaît dans les travaux des

économistes entre la question (surinvestissement) de la dissuasion et celles de la réhabilitation ou de l'incapacitation, peut étonner. Elle ne peut se comprendre que si on la replace dans une perspective plus large, celle du projet élaboré par le courant *Law & Economics*, qui s'est avant toute chose attaché à mettre en avant les effets induits par la règle de droit - autrement dit, les incitations *ex ante* fournies aux agents économiques contenues dans la règle de droit. En ce sens, l'économie de la criminalité d'inspiration beckerienne partage aussi le postulat que les dispositions contenues dans le code pénal exercent des effets dont la nature n'est pas fondamentalement différente des incitations pécuniaires, justifiant alors le recours aux catégories de l'analyse microéconomique. De façon intéressante, les critiques les plus sérieuses adressées à l'approche beckerienne sont venues précisément de juristes "éclairés", familiers du raisonnement et de la méthodologie économique. Dau-Schmidt (1990) et Lewin et Trumbull (1990) notamment ont cherché à mettre en évidence la double incohérence du cadre beckerien à la fois au regard du contenu et de la fonction du droit pénal, mais aussi au regard des principes de l'analyse économique elle-même. Je discuterai dans la section 3 certaines de ces critiques que je qualifie d'externes, dans la mesure où elles visent à établir la vanité voire la vacuité de l'approche économique du crime. Toutes ne portent pas avec la même force, certaines sont datées (et s'adressent tout autant à la science économique en général qu'à l'économie du droit plus spécifiquement, dans l'état où elles se trouvaient à l'époque où Becker écrit sur le crime), mais elles permettent utilement de cerner certaines des limites de l'analyse économique du crime.

Il reste qu'en dépit de ces réfutations, l'approche initiée par Becker a suscité une littérature foisonnante qui s'est attachée à discuter ses résultats et étendre son champ d'application (voir les surveys de Garoupa (1997), Kaplow et Shavell (2000,2007), Langlais, Gabuthy et Jacquemet (2009)). Le cadre d'analyse qui s'est imposé dans la littérature est celui d'un modèle stylisé où les comportements illicites sont décrits comme étant associés à des activités génératrices d'externalités négatives, et dont le contrôle du point de vue de l'autorité publique est soumis à un certain nombre de contraintes transactionnelles, technologiques et/ou informationnelles. Il est remarquable de constater que la conclusion principale de Becker selon laquelle des sanctions sévères ont un (le meilleur) effet dissuasif sur les comportements criminels, a eu une grande influence dans le débat public sur la répression des activités criminelles. Pourtant, dans le débat académique, la robustesse de cette conclusion n'a pas cessé d'être discutée et contestée, à commencer par ceux qui partageaient les mêmes convictions méthodologiques et ont adopté le cadre d'analyse beckerien. Je discuterai certaines de ces critiques internes dans la section 4. La section 5 sera consacrée à la question tout aussi contro-

versée de la validation de l'analyse de la criminalité d'inspiration beckerienne.

Nous commencerons tout d'abord par fixer le cadre d'analyse dans la section 2, et présenter les principales prédictions.

2 L'enforcement public de la loi dans le modèle canonique

Dans son article fondateur, Becker (1968) posait la question du montant des ressources qu'un pays devait consacrer à la lutte contre la criminalité. Il jetait les bases de l'approche économique des politiques publiques de lutte contre la criminalité, en portant la discussion sur le mixage optimal entre la sévérité et la fréquence d'application des sanctions. Son analyse conduisait alors au résultat essentiel qu'il était socialement bénéfique d'appliquer les sanctions monétaires les plus élevées possibles et, en contrepartie, d'utiliser la fréquence des contrôles la plus faible possible. Becker donnait ainsi des fondements explicites au principe de la dissuasion des activités criminelles, retrouvant ainsi un courant de pensées dont les grands précurseurs sont Beccaria (1767), Montesquieu (1748) et Bentham (1789).

L'argumentation centrale peut être développée à partir du cadre d'analyse suivant.

Un individu appartenant à une population neutre vis-à-vis du risque peut décider de s'engager dans une activité illégale qui lui donne un bénéfice qui, exprimé en équivalent-monnaire, sera noté $g \in [0, G]$ (gain monétaire : évasion fiscale, vol ; ou non pécuniaire : infraction au code de la route, homicide). La valeur du dommage externe subi par le reste de la société pour chaque délit qui est commis est notée $E > 0$ (avec $E \ll G$).

Le gouvernement n'observe pas la valeur de g (qui définira le *type* du criminel) mais sait en revanche que g est distribué selon une loi caractérisée par une fonction de répartition notée $H(g)$ à valeur dans $[0, G]$, et de densité $h(g) > 0$ (*a priori* aucune condition de monotonie du taux de hasard $\frac{h}{H}$ n'est requise). Le problème pour l'autorité publique (gouvernement) est de choisir une amende (sanction monétaire) $f > 0$ et une fréquence de contrôle et de conviction $p(x)$ où x est le coût des investissements publics dans le contrôle des activités criminelles ; on supposera que $p(0) = 0$, $p' > 0$ et $p'' < 0$.

2.1 La stratégie de dissuasion à la Becker

La solution est caractérisée de la façon suivante. Considérons une stratégie de dissuasion quelconque avec $x > 0$, $f > 0$.

Un individu de type $g \geq p(x)f$ commettra le délit, alors que celui qui a un type plus faible $g < pf$ restera honnête. La sanction monétaire espérée $p(x)f$ fixe donc le seuil de dissuasion. L'objectif des autorités est alors de choisir (x, f) pour maximiser le bien-être social :

$$(1) \quad \int_{p(x)f}^G (g - E)dH(g) - x$$

sous une contrainte : $f \leq F$, où F est le montant maximum de pénalité que le gouvernement peut appliquer ; il peut s'agir par exemple de la richesse personnelle du criminel (du montant des actifs personnels qu'il n'a pas été en mesure de dissimuler). Le premier terme dans (1) correspond au gain espéré du crime, net du coût externe pour le reste de la société. Le second terme est le coût des contrôles supportés par l'autorité. Dans la mesure où la pénalité monétaire n'est qu'un simple transfert *ex-post* non coûteux entre le criminel (neutre au risque) et le gouvernement, elle n'intervient pas dans l'expression de la fonction de bien-être social : elle n'a aucune valeur sociale.

De façon à nous concentrer sur le point essentiel, nous ne nous intéresserons qu'à la solution intérieure (ou « dissuasion conditionnelle », correspondant à un $p^* = p(x^*) \in]0, 1[$)¹. Le résultat principal tient en quatre propositions : 1) La sanction monétaire optimale est le niveau maximum F . 2) La probabilité optimale p^* est aussi faible que possible. 3) Le seuil optimal de dissuasion est inférieur au coût externe des délits : $p^*F \equiv g^* < E$. 4) Le seuil de dissuasion g^* augmente avec le niveau maximum possible de la sanction F , ou avec le coût externe des délits E .

L'argument est simple. Si l'autorité choisit $f < F$, elle peut atteindre le même niveau de dissuasion à un coût social plus faible : en réduisant la probabilité et en augmentant la sanction de telle sorte que $p(x)f = \text{constant}$, le premier terme dans (1) reste constant (les bornes de l'intégrale ne changent pas) pendant que le second diminue ; le bien-être social serait donc accru. Ceci prouve que $f^* = F$. La condition de premier ordre en x indique alors que la probabilité optimale de contrôle p^* est choisie de telle sorte que² :

¹Théoriquement évidemment, la solution peut correspondre à l'absence totale de dissuasion. Par exemple lorsque la sanction maximum possible et/ou le coût externe du crime sont négligeables, ou encore si le rendement marginal des contrôles est faible, toute action de répression entreprise par les autorités ne ferait qu'accroître la perte sociale en raison du coût des contrôles publics. Il serait alors justifier que le gouvernement n'investisse pas dans la dissuasion. À l'opposé, on pourrait avoir une solution avec dissuasion complète, si le rendement marginal des contrôles était suffisamment élevé. De même, on supposera ici que les conditions requises pour que le bien-être social d'équilibre soit non négatif sont toujours vérifiées.

²Il est aisé de vérifier que la condition de second ordre est satisfaite.

$$(2) \quad (E - g^*)h(g^*)p'(x^*)F = 1$$

Le terme de gauche représente le bénéfice marginal social de la dissuasion, soit la variation induite de la fréquence des délits $h(g^*)p'(x^*)F$, pondérée par le gain de la dissuasion (coût externe des délits moins bénéfice marginal illégal) $E - g^*$. Le terme de droite est son coût marginal social. Puisque $p' > 0$, on obtient d'après (2) qu'à l'équilibre : $E - g^* > 0$. A l'optimum, le seuil de dissuasion, qui est déterminé par la sanction espérée $g^* = p^*F$, est donc tel qu'il y a *sous dissuasion* des activités criminelles. Enfin, le dernier point, que g^* augmente avec F et E , découle de la statique comparative élémentaire du modèle (Garoupa (2001)).

La justification de cet équilibre de sous dissuasion est que toutes les décisions individuelles engendrent une externalité sur la société - mais seulement celles qui produisent un bénéfice supérieur à E devraient être considérées comme légales (au sens de socialement utiles). En revanche, les comportements qui devraient être considérés comme criminels, sont ceux qui sont associés à un bénéfice inférieur à E . Ici, tous les individus qui sont dissuadés de passer à l'acte auraient obtenu un bénéfice illégal inférieur au coût externe du délit ($g < E$); mais parmi ceux qui ne sont pas dissuadés, certains ont *aussi* un bénéfice inférieur au dommage externe qu'ils induisent ($g \in [g^*, E]$), alors que d'autres obtiennent un bénéfice strictement supérieur ($g \in]E, G]$). Finalement, comme le bénéfice illégal n'est pas observable, les sanctions en cas de contrôle (et de conviction) sont appliquées indifféremment à ceux dont le comportement est socialement inefficace (au sens où $g \in [g^*, E]$) comme à ceux dont l'action est socialement souhaitable (ceux pour qui $g \in]E, G]$). Littéralement, des innocents seront punis en même temps que de vrais coupables.

2.2 La proportionnalité des peines et des délits

Les grands réformateurs de la matière pénale au siècle des Lumières, que ce soit Beccaria (1767), ou Bentham (1789), prônaient un régime de peines sanctionnant les délits qui s'avérait moins sévère que les châtiments (et tortures) dont étaient punis les criminels de leur époque. Leur argumentation n'était pas étrangère au raisonnement économique, avec une intuition du principe de la dissuasion qui les conduisaient à établir un lien direct entre la sanction anticipée et le coût que l'acte criminel fait supporter au reste de la société. Becker (1968) fait largement référence à Bentham par exemple. D'une certaine façon, le résultat central de Becker signifie que c'est la sanction

anticipée qui doit être raisonnable au regard du crime (coût externe du crime) et que ceci est compatible avec un régime de sanctions sévères (amendes atteignant le niveau maximum possible).

Par ailleurs, Becker développe son analyse de la dissuasion en introduisant la question du choix simultané de f et x : ceci signifie que les décisions relatives aux moyens attribués aux forces de police et à la justice (x), comme celles qui concernent la détermination du niveau des sanctions (f) sont concertées et coordonnées. Mais en pratique, on peut imaginer que plusieurs circonstances peuvent conduire à déconnecter le choix de p et f . D'abord, le contenu des lois (la fixation des sanctions) portant sur la répression des activités illicites est le résultat du processus politique (notamment, débat parlementaire) et est déconnecté dans le temps du débat sur le vote du budget de la police et de la justice (x). De plus, évidemment, ce dernier est lui-même le fruit d'arbitrages complexes où le plus souvent l'enveloppe attribuée à la justice (conditionnant la qualité des services de justice : la fréquence avec laquelle les sanctions sont correctement appliquées) est mise en concurrence avec celle de la police (conditionnant l'efficacité des contrôles de police, et la fréquence avec laquelle les délinquants sont interpellés - ce qui influence la qualité des services de justice, en particulier, la fréquence des mises en examen). Ensuite, la lutte contre certaines activités illégales peut demander, en plus des efforts et investissements généraux dans la dissuasion, des investigations plus spécifiques qui sont très coûteuses. En cas d'impossibilité de faire ces investissements, la probabilité de les détecter peut être très faible, l'effet de dissuasion étant alors essentiellement assuré par le montant des sanctions.

Considérons donc qu'au moment où le niveau de la pénalité monétaire f est choisie, le montant des ressources attribuée au contrôle des activités criminelles (x) est fixé de façon exogène, de sorte que la probabilité de contrôle et de conviction est fixée au niveau exogène \bar{p} . L'autorité choisit simplement un niveau f qui maximise $\int_{\bar{p}f}^B (g - E) dH(g)$ avec $f \leq F$ toujours. Il est facile de voir que la sanction qui sera choisie dans ce cas est $f^* = \max\left(\frac{E}{\bar{p}}, F\right)$: un accroissement de f entraîne une variation du bien-être social qui s'écrit $\frac{\partial W}{\partial f} = (E - \bar{p}f)h(\bar{p}f)\bar{p}$. Par conséquent, soit $E - \bar{p}F < 0$ et alors la pénalité qui maximisera le bien-être est celle qui vérifie $E - \bar{p}f^* = 0$, *i.e.* $f^* = \frac{E}{\bar{p}}$. Soit on a $E - \bar{p}F \geq 0$ et alors la seule sanction qui peut-être choisie est $f = F^*$.

En d'autres termes, dans le cas où les criminels sont impécunieux ou insolubles (F faible), la sanction maximale qui peut leur être appliquée est déterminée par leur niveau de richesse personnelle ; sinon, la sanction optimale doit être telle que la pénalité espérée est égale au dommage externe du crime : $\bar{p}f^* = E$. Ceci implique que les criminels «actifs» sont ceux dont

le bénéfice est supérieur au coût externe : $g > E$. Toutefois, dès lors que $F < \frac{E}{p}$, la solution correspond toujours à une situation de sous dissuasion.

Les développements et amendements successifs du modèle de Becker ont conduit à nuancer ses principales conclusions, comme nous le verrons en section 4. En revanche, le dialogue avec les juristes s'est caractérisé et se caractérise encore par une grande incompréhension (voir Bonnet (2006)). Nous discutons maintenant ce point. Cette conception des activités criminelles a suscité de nombreux débats et une vive opposition à l'approche économique du crime.

3 Les critiques externes de la théorie économique du crime

Les fondements du modèle économique de la criminalité, où les criminels se comportent selon une logique économique, et où les autorités publiques se fondent sur une analyse coûts/bénéfices pour définir leur politique d'intervention, ont été contestés, pour résumer, avec deux arguments : 1) l'irréalisme formel des hypothèses ; 2) l'incompréhension de la nature du droit pénal et la représentation stylisée caricaturale qu'en donnent les économistes. Le débat a porté sur les grandeurs principales du modèle : E (le crime comme activité génératrice d'externalités négatives), (p, f) (la fonction du droit pénal et l'importance accordée par les économistes à la dissuasion) et g (quelle peut être la valeur social des bénéfices illégaux?).

3.1 Qu'est-ce qu'un comportement criminel ?

Les critiques des juristes se sont focalisées sur le message porté par le modèle canonique selon lequel les actes dont le bénéfice privé est supérieur à leur coût externe sont par essence socialement utiles, pendant que ceux qui rapportent au criminel un gain inférieur à ce coût externe sont les seuls qui doivent être qualifiés de criminels. Les objections principales relevaient que l'application de la méthodologie économique à la matière pénale n'était en rien légitime car d'une part, il n'y avait pas lieu de définir la nature d'un acte criminel, et d'autre part, il y avait déni de la dimension morale du domaine pénal.

3.1.1 Les caractéristiques intrinsèques d'un acte illégal ?

Qu'un crime ou un délit soit par nature un comportement nuisible entraînant un préjudice pour la société, n'a pas été un point de débat à strictement parler. Notons toutefois que la ligne de démarcation en pratique entre ce qui relève du civil et du pénal peut être floue.

Le Code Pénal définit les peines associées aux différents types d'infractions, et les classe en trois catégories : crimes, délits et contraventions ; ceci constitue un premier critère permettant d'apprécier la gravité d'un comportement illégal. Un second critère de démarcation est le mode de fixation des peines encourues : la loi ou le règlement. Un troisième critère est donné par les juridictions compétentes : les cours d'assise, les tribunaux correctionnels, les tribunaux de police ou de proximité (Dreyer (2006), Le Code Pénal (2005)). En ce sens, il n'y a rien d'autre à comprendre sur la nature d'un acte : soit il est proscrit par le code pénal (et donc, illégal), soit il ne l'est pas – ce qui implique qu'il est légal à moins qu'il ne soit passible de poursuites au civil. Pour nombre de contempteurs de la théorie économique du crime, cette évidence aurait échappé aux économistes, et leurs interrogations sur ce qui est un acte criminel et ce qui ne l'est pas, seraient sans objet.

La théorie juridique s'intéresse en la matière essentiellement aux caractéristiques intrinsèques de l'activité et du comportement afin d'établir s'il est criminel ou pas : de façon prescriptive, il en ressort que la qualification de crime devrait être réservée aux comportements volontaires, commis dans l'intention de nuire, et portant les atteintes les plus graves aux intérêts publics et/ou privés, de façon générale à l'ordre social et/ou à la moralité. Récemment, Bowles, Faure et Garoupa (2008) remarquent alors que sous cet angle, la question de la nature de l'acte criminel reste intacte, puisque la criminalisation des comportements évolue dans le temps et/ou l'espace, reflétant l'adaptation du droit à l'attitude et à la demande de la société.

On pourra objecter que les économistes n'ont pas vraiment mieux à proposer. La distinction opérée par Posner (1985) entre crimes (en tant qu'activités coercitives de transferts purs entre deux parties) et dommages accidentels (activités productives mais soumises à un risque d'accidents) est fondée non pas sur les caractéristiques intrinsèques des actes, mais sur leur rôle et position dans la technologie d'échange entre les individus - ce serait donc les caractéristiques de celle-ci qui éclaireraient sur la perception sociale de la nature de l'acte. Pour Posner, l'existence d'un consentement à payer et à recevoir entre les parties notamment est le critère majeur permettant de départager un acte légal d'un acte illégal (Lewin et Trumbull (1990)). Ceci étant, l'interprétation posnérienne conduit le plus souvent à la même impasse que l'approche juridique, car il est aisé de trouver des contre-exemples où, en dépit

de son caractère volontaire, l'échange entre les deux parties est néanmoins considéré comme délictueux et sanctionné par le code pénal (trafic de drogue, prostitution dans une certaine mesure).

En d'autres termes, le test du passage de la théorie à la pratique n'est pas convaincant, ni côté juristes, ni côté économistes. De ce fait, on peut comprendre que les juristes aient souvent recouru à l'argument d'autorité dans leurs critiques de l'approche de la criminalité à la Becker, consistant à dire que c'est le code pénal qui qualifie l'acte de criminel. L'une des difficultés pour l'analyse économique comme l'analyse juridique, au moins jusqu'à présent, est de justifier l'évolution de la définition des catégories criminelles au cours du temps – pensons à l'adultère, au divorce, à la consommation d'alcool, à l'avortement ; voire aux mutilations rituelles ou aux crimes d'honneur etc. Dans cette perspective, il est difficile d'éviter d'envisager la question sous l'angle éthique.

3.1.2 La dimension morale du droit pénal ?

Dau-Schmidt (1990) comme Lewin et Trumbull (1990) faisaient alors grief aux économistes de persister, à la suite de Becker, à ne pas comprendre que les catégories du droit pénal résultent d'une délibération, d'une évaluation, qui se fait en dehors de la sphère juridique ou économique. Cette appréciation est du ressort du champ social, institutionnel et politique. Le droit pénal est donc essentiellement porteur d'une dimension morale que l'analyse économique était incapable de restituer.

Notons seulement ici que cette critique manque largement son objet aujourd'hui. La théorie du choix social élaborée à partir des années 70 (les travaux de Amartya Sen) ou la théorie des biens publics à partir des années 80 (les travaux de James Andreoni, Robert Sugden) sont l'illustration que si les économistes n'ont pas d'avantages spécifiques en tant qu'experts dans l'analyse des questions d'éthique et de morale, celles-ci peuvent quand même être aussi au coeur de leurs préoccupations. Ces questions n'ont été abordées de façon explicite que plus récemment dans le courant du *Law & Economics*. Kaplow et Shavell (2001, 2002, 2004) ont porté le débat sur la question de l'objectif du droit, entre la recherche de l'efficacité et la recherche de l'équité (voir aussi Dari-Mattiacci et Garoupa (2007) Fleurbaey, Tungodden et Chang (2003)).

Par ailleurs, à ce stade de la critique, on peut admettre sans grand dommage ni pour les uns ni pour les autres, que sur la question de la définition de l'acte criminel, les conceptions juridique et économique ne sont pas très éloignées l'une de l'autre, pour peu que l'on se limite à en donner une définition minimaliste, autour de deux caractéristiques : d'une part, les com-

portements criminels induisent des externalités négatives, qu'elles soient ou non pécuniaires - mais précisément, de nombreux actes sources d'externalités négatives ne tombent pas dans le champ pénal (certains relèvent du droit civil : les erreurs médicales ; ou du droit administratif : les infractions à la régulation sectorielle ou au droit de la concurrence : les ententes) ; d'autre part, donc, ils résultent d'un processus de validation sociale, institutionnelle et politique : les comportements criminels comme les comportements tolérés et licites, sont avant toute chose socialement évalués et validés, certains étant valorisés et promus en tant que norme de comportement à adopter, alors que les autres sont proscrits, prohibés et stigmatisés par la sanction pénale.

Mais ni la théorie économique ni la théorie juridique n'ont pour objet l'étude spécifique du processus précis de cette validation – à la limite, celui-ci peut rester totalement exogène par rapport à l'approche économique du crime. Tout juste peut-on envisager de dresser des typologies de comportements illicites, qui sont périodiquement amendées.

3.1.3 Les coûts/bénéfices des différents droits

Dans l'esprit de l'analyse de Posner, Bowles, Faure et Garoupa (2008) proposent une définition alternative de l'acte criminel, afin de sortir de cette impasse. Pour ces auteurs, l'approche dominante en *Law & Economics* présente l'avantage de déplacer la question de la nature (intrinsèque) des actes vers celle de la structure des coûts et bénéfices qui sont associés aux différents instruments permettant leur contrôle - le droit pénal n'étant qu'un instrument parmi d'autres : le droit administratif, la régulation, le droit privé.

Le problème de fond est le choix du meilleur instrument pour atteindre le niveau socialement souhaitable des activités nuisibles. Dans la pure tradition coasienne, ils défendent l'idée que l'avantage d'un *enforcement* public sur l'*enforcement* privé se justifie dans toutes les situations où il existe des coûts d'information et de transaction élevés ; ceux-ci apparaissent parce qu'il est difficile d'établir les intentions du criminel/délinquant ; ou parce que l'information des victimes est imparfaite - ou tout simplement parce que les victimes ne sont pas clairement identifiées. L'avantage ultime du droit criminel sur le droit administratif résulte des moyens qu'il peut mobiliser pour sanctionner les coupables : lorsque le taux de détection est faible mais les dommages élevés, les amendes ne sont pas suffisantes pour atteindre la dissuasion voulue (d'autant que le criminel peut être insolvable) ; il est nécessaire d'utiliser des sanctions non monétaires (voir ci-dessous) qui ne sont pas en vigueur en droit administratif. Ceci entraîne en même temps des coûts additionnels pour pouvoir appliquer le droit criminel : la perspective d'avoir à décider de prononcer des sanctions telles que la peine de prison ou la suppression de certains droits,

impose au préalable de mobiliser des moyens pour éliminer les erreurs de jugement (voir ci-dessous), notamment, en séparant et spécialisant les étapes d’investigation et d’instruction, comme en procédure criminelle. *A fortiori*, l’avantage va au droit criminel (aux sanctions associées) lorsque l’objectif est l’incapacitation du criminel.

Bowles, Faure et Garoupa aboutissent ainsi *indirectement* à une typologie des actes criminels qui est fondée directement sur les avantages comparatifs des trois domaines principaux du droit (pénal, administratif, privé), en fonction de leur capacité à internaliser des externalités négatives qui peuvent différer en termes d’intensité et de diffusion :

dommage	<i>concentré</i>	<i>diffus</i>
<i>faible</i>	droit privé	droit criminel <i>ou administratif</i>
<i>élevé</i>	droit criminel	droit criminel

Il en ressort pour le droit criminel un domaine d’application beaucoup plus étendu que celui du droit civil ou du droit administratif, mais aussi des zones contiguës entre droit pénal et droit administratif.

Ceci peut peut-être fournir une justification *a posteriori* à l’inflation de criminalisation dont semble atteint le code pénal dans certains pays développés, qui sous couvert de parvenir à un meilleur contrôle des comportements et des risques, multiplient les catégories de délits et/ou étendent l’usage des sanctions non monétaires au-delà du strict domaine criminel (dommages punitifs, restrictions de liberté). Cette analyse peut aussi éventuellement contribuer à expliquer pourquoi les autorités de la concurrence (lutte contre les cartels) ou les régulateurs sectoriels (responsabilité environnementale) ont étendu la panoplie de leurs instruments de répression, et adopté des sanctions non pécuniaires. Ainsi, en pratique, la ligne de démarcation entre civil, administratif et pénal n’est pas pas toujours aussi claire qu’il le semblerait *a priori*, et tend parfois à s’estomper (Dreyer (2006), Le Code Pénal (2005)).

Une fois que l’on a reconnu que l’objet/domaine auquel s’intéresse le pénal est par nature mouvant, il reste que le message essentiel de l’approche initiée par Becker concerne l’analyse de l’objectif, des instruments et des effets des politiques publiques de lutte contre la criminalité. Sur ce point, la critique s’est attachée à montrer que les travaux économiques donnaient une vision extrêmement caricaturale, voire erronée, du droit pénal.

3.2 La représentation stylisée du droit

Les critiques portant sur la représentation du droit pénal restituée par la théorie du crime à la Becker, relevaient deux confusions dont les économistes se seraient rendus coupables : d'une part, il y aurait une confusion sur l'objectif du droit pénal ; d'autre part, il y aurait une confusion entre sanctions pénales et sanctions civiles.

3.2.1 Dissuasion *versus* incapacitation/réhabilitation

Dau-Schmidt (1990) avance ainsi que la littérature issue du travail de Becker qui discute principalement la question de la dissuasion, se focalise sur la fonction la moins importante du droit pénal. Le droit étant fortement marqué par des préoccupations d'ordre moral, la fonction de punition, avec la dualité incapacitation/réhabilitation primerait de loin sur celle de la dissuasion. En se polarisant sur cette dernière, l'analyse économique du crime commettrait une erreur de perspective.

Cette erreur est illustrée par Dau-Schmidt en empruntant à la méthodologie, si ce n'est au formalisme, de l'analyse économique. La méthodologie économique usuelle laisse entendre que pour la société, il peut y avoir aux moins deux façons d'induire les comportements socialement valorisés au niveau individuel : soit en modifiant l'ensemble d'opportunités des individus (à préférences données) ; soit en modifiant les préférences des individus (à opportunités de consommation inchangées). L'objectif du droit criminel est essentiellement le second, alors que le droit civil concerne le premier. A ce titre, le droit pénal fait partie d'un ensemble d'institutions et de mécanismes (la famille, l'école, la religion etc) ayant la même fonction sociale et morale : façonner les préférences individuelles en les alignant sur les normes de comportement socialement valorisées. L'analyse de Dau-Schmidt conduit à la conclusion qu'un comportement est alors stigmatisé comme criminel dès lors que la société a considéré que le bénéfice social résultant du changement de préférences induit par l'utilisation du droit pénal est supérieur à son coût social (Dau-Schmidt p 36, 1990)). En revanche, il reste dans le champ du droit civil si pour la société, la solution la moins coûteuse est de modifier l'ensemble des opportunités de choix des individus, alors que le changement des préférences dans ce cas dégagerait un bénéfice social net négatif.

Toutefois, la thèse de Dau-Schmidt n'explique pas *comment* le droit criminel façonne les comportements individuels, et notamment les préférences des criminels. Or, il y a une difficulté majeure : à l'image des évolutions que connaissent les normes et préférences sociales, les changements attendus des préférences des criminels ne peuvent être que des phénomènes s'inscrivant

dans le long terme. En outre, l'institution judiciaire intervient en tout dernier lieu, lorsque les autres institutions qui contribuent à façonner les préférences, la famille, l'école et/ou la religion, n'ont pas rempli leur fonction.

La question du temps et de l'efficacité du contrôle des comportements criminels se retrouve à un autre niveau : Stigler (1970, p 534-535) fait ainsi remarquer qu'il existe une grande inertie dans les processus législatifs, de telle sorte qu'il est plus facile de modifier les ressources affectées à l'application de la loi et au contrôle des comportements, que de changer les règles juridiques elles-mêmes pour façonner les préférences individuelles.

En fait, ce que la thèse de Dau-Schmidt affirme de façon tautologique c'est que le droit criminel est une transcription, un codage des «bonnes» préférences et «comportements», sous la forme d'un ensemble de sanctions infligées aux individus qui s'en écartent ; on retrouve simplement l'idée que le droit aurait essentiellement une dimension morale, négligée par les économistes. La sévérité et la hiérarchisation des sanctions auraient pour rôle de transmettre une information aux individus, concernant la gravité de leur comportement.

A la limite, on accordera à Dau-Schmidt que chez les économistes, il y a une disproportion marquée entre les travaux consacrés à la dissuasion en droit pénal, alors que les autres fonctions ont retenu de façon plus marginale leur attention. La fonction d'incapacitation (et notamment l'arbitrage entre la peine capitale et l'incarcération de longue durée) a été peu analysée : Ehrlich (1971), Shavell (1987), et plus récemment Miceli (2010). Shavell montre plus particulièrement que (la durée de) la peine optimale à laquelle un individu interpellé doit être condamné, résulte de la comparaison entre le dommage externe anticipé (net du bénéfice obtenu par le criminel) que sa mise en liberté pourrait causer, et le coût marginal total (privé et public) de son incarcération. Ceci suggère que la peine de prison ne doit donc être utilisée que pour mettre en état d'incapacitation les individus qui infligent les dommages nets (anticipés) les plus élevés ; en outre, la longueur des peines doit être fixée en fonction de la durée de temps pendant laquelle le dommage anticipé est supérieur au coût social de l'emprisonnement de l'individu. Dans la mesure où il semble que le risque d'adopter un comportement criminel décroît avec l'âge, cette analyse de l'objectif d'incapacitation suggère en outre qu'il est justifié de ne pas maintenir en prison les prisonniers les plus âgés.

Très récemment, D'Antoni et Galbiati (2007) s'intéressent à la double fonction de dissuasion et de transmission d'information du droit pénal. Ils montrent notamment que lorsque la population ne connaît pas les véritables objectifs du régulateur, mais sait que celui-ci dispose d'une information supérieure sur les conséquences des comportements nuisibles, alors les sanctions non monétaires jouent un rôle de signal (transmission d'information sur les

actes), et sont accompagnées d'amendes limitées.

3.2.2 Sanction pénale *versus* compensation des dommages

Une seconde critique (Lewin et Trumbull (1990)) a pointé la confusion entretenue par les économistes entre les sanctions civiles et les sanctions pénales. De fait, la terminologie parfois utilisée n'est pas toujours conforme à son acception légale – en d'autres termes, les économistes du *LEE* feraient un amalgame entre crimes, délits et contraventions, qui sont justement distingués par le droit pénal, et le cadre formel adopté situe l'analyse entre celle de la responsabilité civile et celle de la responsabilité pénale (par exemple : Polinsky et Shavell (2000)). Enfin, les exemples mobilisés par les différents auteurs pour contextualiser leurs analyses sont essentiellement des emprunts aux domaines des infractions au droit administratif ou à la régulation sectorielle (pollution environnementale chez Shavell (1992a) ; stationnement en double file chez Polinsky et Shavell (1979) ; excès de vitesse chez Malik (1990) et Langlais (2008) etc), et beaucoup plus rarement au domaine de la criminalité au sens strict du droit pénal (kidnapping et meurtre chez Shavell (1992a)).

Pour Lewin et Trumbull (1990), il s'agit de cas intermédiaires entre droit pénal, droit civil et droit administratif. Ces auteurs reviennent alors aux catégories traditionnelles du code pénal – la qualification de «crime» dépend 1/ des procédures qui seront appliquées pour poursuivre le contrevenant, et 2/ de la sanction qui est (sera) appliquée. Ce sont les deux critères (principaux) démarquant en pratique le civil du pénal, indépendamment de la tradition juridique d'un pays (*common law* ou *civil law*). Plus généralement, les règles de procédures qui encadrent l'instruction et le déroulement d'un procès en pénal, qu'il s'agisse de la présomption d'innocence, du jugement par un jury non professionnel, de la charge de la culpabilité (en fonction d'un standard élevé : «intime conviction» en France, «au-delà d'un doute raisonnable» aux Etats-Unis), sont des garanties pour le prévenu qui n'existent pas lors d'un procès en civil. En outre, les poursuites en pénal sont à l'instigation (du représentant) de l'Etat, et non pas de ou des victimes, comme en civil.

Dau-Schmidt (1990) comme Lewin et Trumbull (1990)) mettent aussi en avant qu'aux yeux des juristes, un critère a une importance essentielle dans le travail de qualification qui est réalisé lors d'un jugement pénal, alors qu'il est ignoré par les économistes dans leurs travaux : la question des intentions et l'état psychologique ou mental des criminels. Alors qu'en droit civil, l'offenseur est jugé sur la base des conséquences de ses actes, en droit pénal dans les pays de *common law* notamment, le criminel est jugé en fonction de ses intentions et de son état de conscience au moment où il a adopté un

comportement nuisible (*mens rea*).

Quant à la distinction entre sanction civile ou pénale, elle renvoie aux motivations du législateur (et donc à la construction de la loi elle-même). Les sanctions sont civiles dès lors que l'objectif est de dissuader les comportements nuisibles et ont pour effet de réparer les torts occasionnés aux victimes ; elles ont une fonction «compensatrice» que n'ont pas les sanctions pénales. Elles fonctionnent comme un prix payé par le fautif à la victime, afin de la dédommager du préjudice subit, et créant les incitations en faveur de l'internalisation de ces effets externes négatifs. Des sanctions pénales ont au contraire pour fonction de punir les auteurs de comportements nuisibles, en les stigmatisant au regard de la société : en particulier les sanctions non monétaires (peine de prison, peine capitale etc) n'existent pas au civil. Même dans le cas d'une sanction monétaire, il ne s'agit pas d'un prix (elle n'est pas versée à la victime) ni d'une taxe, puisque son montant n'est pas directement lié à l'externalité créée (Dau-Schmidt (1990)). Finalement, l'effet qui est recherché dans l'immédiat par la sanction pénale c'est le plus souvent une privation totale ou partielle de liberté *via* la prison, la liberté conditionnelle, ou le retrait de certains droits (droits civiques, retrait de permis de conduire, interdiction d'exercer sa profession) – même si dans un second temps l'individu qui s'est acquitté de sa peine, est réhabilité.

A nouveau, soulignons que la critique a pu porter un temps, les économistes ne s'étant que peu intéressés jusqu'à une date récente aux questions relatives aux procédures spécifiques au droit pénal, et à leur impact sur le fonctionnement de la justice. Toutefois, les travaux ultérieurs, plus récents, se sont largement diversifiés sur ces questions, et abordent des thèmes tels que : la punition des actes et intentions (Garoupa et Obidzinski (2007), Shavell (1990)), l'effet de la qualité de l'information sur les activités illicites (Kaplow et Shavell (1994), Lando et Shavell (2004), Shavell (1991)) la détermination des standards de preuve (Demougin et Fluet (2006), Emons (2005)), la procédure du plaider-coupable (Garoupa et Stephen (2006)), la comparaison entre système inquisitoire et système accusatoire (Emons et Fluet (2005), Froeb et Kobayashi (2001), Shin (1998)), le rôle du juge dans la recherche de l'efficacité du système judiciaire (Deffains, Demougin et Fluet (2007)), ou encore l'effet de la reconnaissance des préjudices et droits de l'accusé (Curry et Klumpp (2008), Garoupa (2007)). L'extension du champ des questions s'est réalisée sans déroger à la méthodologie économique – à savoir interroger le droit pénal sous l'angle de l'efficacité de ses procédures, de ces règles et des incitations qu'il crée.

On peut reconnaître *ex post*, que l'objectif initial des économistes à la suite de Becker n'était ni de caractériser la nature des actes criminels, ni la spécificité des procédures pénales, mais bien plus généralement de s'in-

téresser au problème de la dissuasion, et de l'approcher avec les outils des économistes. Comme on l'a déjà mentionné, Shavell (1985) a longuement défendu ce programme de recherches auprès des juristes, tant l'importance attachée à la dissuasion a pu ou pourrait encore apparaître à ceux-ci comme peu naturelle (Shavell, note 1 p 1232, 1985).

Le troisième axe de la critique, à l'origine initié par Stigler (1970), nous ramène à la dimension éthique du droit pénal, et concerne la valeur des bénéfices procurés par le crime.

3.3 La valeur sociale du crime ?

Le critère (1) sur lequel se fonde la politique de dissuasion, incorpore le gain du crime, ce qui a été objet d'étonnement, et a permis de contester l'approche économique du crime pour son incohérence. Qu'est-ce qui justifie de comptabiliser des bénéfices obtenus de façon illégale dans la fonction de bien-être social ? Si les activités illégales sont nuisibles, comment les bénéfices illégaux peuvent-ils avoir une valeur sociale ? Pour les juristes, il semblerait plutôt que, par construction, la valeur sociale du crime soit nulle pour des raisons de cohérence à la fois juridique et économique.

3.3.1 La cohérence du droit pénal

Pour Lewin et Trumbull (1990, p 272), l'idée que les bénéfices des criminels aient une valeur sociale ne se comprend que dans une perspective purement utilitariste du bien-être social. Elle trouve effectivement ses origines et justifications chez Beccaria et Bentham. Chez ces auteurs, les criminels font partie de la société en dépit de leur comportement déviant, et par conséquent la satisfaction qu'ils en retirent, de même que la perte d'utilité résultant de la sanction, des restrictions dans l'accès aux opportunités criminelles ou de leur disparition, doit être prise en compte. Lewin et Trumbull concluent alors que ce postulat a deux conséquences pour l'analyse des politiques de lutte contre la criminalité : d'un côté, le seuil de dissuasion (ainsi que le niveau atteint par les efforts entrepris par les autorités publiques) doit être plus faible que si les gains et les pertes des criminels étaient exclus du bien-être social ; de l'autre, cela revient à considérer qu'un acte criminel (le vol, par exemple) est une simple opération de transfert entre le criminel et sa victime (Lewin et Trumbull (1990, p 273)), de telle sorte que l'on devrait conclure de façon assez paradoxale qu'une diminution des activités criminelles dans le domaine des atteintes à la propriété ne dégage aucun bénéfice social.

Dau-Schmidt (1990) rejoint ce point de vue et argumente que le fait d'attribuer une valeur aux bénéfiques criminels ne peut paraître que choquant d'un point de vue moral ... à moins d'être totalement imprégné de l'approche en termes d'efficience à la manière des économistes. L'exemple en général introduit par les économistes pour supporter cette hypothèse n'est pas convaincant : la «parabole des Goldilocks», où un individu commet un vol de nourriture afin de ne pas mourir de faim, est un cas où le crime pourra être justifié par les circonstances (l'individu est contraint dans ses choix : voler ou mourir de faim). Mais ceci n'entraîne pas pour autant que la société attribuera une valeur aux bénéfiques illégaux en général, notamment dans le cas de meurtres, hold-up, cambriolages, enlèvements etc.

Pour ce type d'actes, le jugement de la société est inscrit dans le code pénal : le bénéfice obtenu par le criminel n'a aucune valeur pour la société, puisqu'il sera sanctionné (s'il est arrêté et condamné). Par exemple, une condamnation à une peine de prison et/ou une suppression des droits civiques le mettra à l'écart de la société et ne permettra pas au criminel de participer au processus politique et institutionnel de détermination des stéréotypes de comportements qui ont une valeur sociale. L'exclusion des bénéfiques illégaux du bien-être social est donc une question de cohérence avec le droit pénal.

3.3.2 La cohérence de l'analyse économique

Lewin et Trumbull (1990) ajoutent que l'exclusion des gains illégaux est en fait tout simplement une question de cohérence avec les prémisses mêmes de la théorie économique de la criminalité à la Becker, à savoir : prendre en compte les différentes contraintes imposées par les institutions politiques et sociales dans la modélisation. Du coup, indépendamment de l'explication de l'émergence des normes sociales (qui reste à ce moment exogène au modèle), ignorer les gains illégaux traduit la contrainte imposée par le droit criminel qui affirme que certains comportements sont expressément prohibés par la société, *i.e.* leur valeur sociale est nulle. Pour le dire autrement, les règles du jeu définies par le droit criminel prévoient l'exclusion des criminels et des bénéfiques qu'ils se sont appropriés illégalement.

Shavell reconnaît qu'il existe une divergence entre la valeur sociale et la valeur privée des gains illicites, que ceux-ci soient obtenus de façon intentionnelle (Shavell, 1985) ou accidentelle (Shavell, 1997). Mais il conclut en même temps que dans la mesure où ces questions d'éthique ne sont pas du (seul) ressort de l'économiste, il est justifié d'introduire un coefficient pour pondérer ces gains dans la fonction de bien-être social, sans les en exclure totalement d'emblée.

Par rapport à cet argument de cohérence au droit ou aux principes de l'analyse économique, on peut aussi argumenter que, dans la mesure où l'un des objectifs de la sanction en droit pénal est la réhabilitation des criminels une fois leur peine acquittée (conduisant à leur réinsertion dans la société), il est difficile de négliger totalement leur satisfaction au moment de la sanction. Ceci est aussi une question de cohérence interne au droit et une question d'éthique. Peut-on considérer la satisfaction d'un individu qui adopte un comportement conforme aux normes sociales, sans prendre en compte aussi celle qu'il obtient par des comportements déviants ? Pour répondre de façon plus satisfaisante à ces objections, il faudrait mieux tenir compte de la dimension essentiellement dynamique, séquentielle, des effets du droit sur les comportements criminels. Il est clair que l'analyse économique de la criminalité n'en est qu'à un stade très préliminaire sur ces aspects³. Les contraintes de la modélisation des comportements criminels conduisent inévitablement à un compromis, le choix de l'objectif de l'analyse (par exemple, dissuasion ou incapacitation), et l'horizon temporel dans laquelle elle s'inscrit (court ou long terme) ayant un poids déterminant.

Du point de vue méthodologique, il y aurait de toute façon un paradoxe à ce que l'analyse économique des politiques de lutte contre la criminalité ignore les motivations économiques des criminels et les bénéfices (pécuniaires et non pécuniaires) qu'ils en retirent : en dernier lieu, le choix des instruments de la politique de dissuasion doit résulter de la confrontation entre la disponibilité à payer de la société pour réduire le niveau de la criminalité et la disponibilité à payer des criminels pour échapper à la détection.

La théorie économique du crime n'a donc pas répondu de façon totalement convaincante à cette dernière critique, si ce n'est en « bottant en touche » à la manière de Shavell. Laissant entre parenthèse ce point - mais nous verrons qu'une solution purement fonctionnelle peut être proposée - une littérature abondante (voir Garoupa (1997), Polinsky et Shavell (2000,2007), Langlais, Gabuthy et Jacquemet (2009)) s'est développée après Becker, afin de discuter ses conclusions principales, que nous allons passer en revue maintenant.

³Certains types de comportements criminels ont par exemple souvent été associés à un problème d'incohérence temporelle, comme dans les analyses de l'addiction (Becker, Grossman et Murphy (1991)). Une autre piste consisterait à admettre que l'individu tout au long de sa vie est en fait la succession d'égos différents ayant ses propres préférences (Carillo et Mariotti (2000)).

4 Les critiques internes du résultat de Becker

Nous aborderons ici les différentes objections qui ont été formulées à l'encontre du résultat d'optimalité des sanctions maximum. Incidemment, certains auteurs ont mis en évidence que l'intensification des efforts publics de dissuasion pouvait avoir des effets contraires à ceux prédits par le modèle canonique.

4.1 La minimisation du coût social du crime

On peut tout d'abord remarquer que du point de vue fonctionnel, on peut répondre simplement aux objections des juristes discutées aux points 3.1 et 3.3 – Becker et les économistes auraient une conception erronée de la nature des actes punis par le code pénal, les bénéfices criminels n'ont pas de valeur sociale.

Modifions à la marge l'hypothèse sur la distribution des types $g \in [0, G]$, de sorte que maintenant l'on ait : $G \ll E$ (Kaplow (1992)). L'implication majeure de cette reformulation est que l'équilibre atteint, quel qu'il soit, correspondra toujours à un état de sous dissuasion – d'emblée, tous les criminels ont ici un comportement nuisible. En fait, on peut légitimement considérer que dans l'approche à la Becker, le résultat selon lequel le seuil de dissuasion sépare la population de criminels (non dissuadés) entre ceux dont le comportement est nuisible, et ceux dont l'acte est néanmoins socialement bénéfique, n'est pas essentiel, mais simplement un artifice de présentation – qui a nourri une longue controverse et une franche opposition.

De plus, par rapport au débat suscité par la prise en compte des gains illégaux, le modèle canonique peut être reformulé ainsi. L'objectif des autorités est de choisir (x, f) pour minimiser le coût social du crime, défini par :

$$(3) \quad \int_{\hat{g}}^G EdH(g) + x$$

où $\hat{g} \equiv p(x)f$ est le seuil de dissuasion qui peut être atteint : en effet, on a toujours qu'un individu de type $g \geq p(x)f$ commettra le délit, alors que celui qui a un type plus faible $g < pf$ restera honnête. La sanction optimale restant ici $\hat{f} = F$, la probabilité de contrôle optimale vérifiera maintenant la condition :

$$(4) \quad Eh(\hat{g})p'(\hat{x})F = 1$$

Stigler (1970) avançait un argument en ce sens. Les prédictions principales du modèle canonique resteraient alors parfaitement valables – il en est par conséquent de même de ses critiques internes, que nous discutons maintenant.

4.2 Les sanctions combinées

De nombreux auteurs, juristes comme économistes, ont objecté que les amendes sont modérées en pratique et, surtout, qu'elles sont utilisées conjointement avec d'autres types de sanctions (non monétaires). Un premier argument factuel est que les criminels peuvent être insolubles : soit parce qu'ils sont objectivement impécunieux, soit parce qu'ils ont «organisé» leur insolvabilité de façon à échapper à leur responsabilité pénale (problème du *disappearing defendant* ; Summers (1983)), ou encore du fait du montant de l'amende (problème du *judgment proofness* ; Shavell (1986), Dari-Mattiacci et Mangan (2008)). Dans ces conditions, si le code pénal ne prévoyait que des sanctions monétaires alors le niveau de dissuasion serait faible et un grand nombre de délits/crimes resteraient impunis. Ceci expliquerait que dans la plupart des pays, les amendes sont assorties de peines de prisons, de la déchéance des droits civiques (pour les infractions les plus graves et les crimes), de peines de substitution (travaux d'intérêt général, contrôle administratif, assignement à domicile), ou encore de condamnations dont la nature est mixte (publications de la condamnation dans la presse etc).

En fait, Polinsky et Shavell (1984) et Shavell (1987a) ont établi que même si le coût (marginal) d'application des sanctions non monétaires est faible, il reste socialement optimal de fixer les amendes à leur niveau maximum et de les compléter seulement ensuite par d'autres types de sanctions (non monétaires). Pour illustrer, l'argument est qu'au contraire des sanctions monétaires, l'utilisation de la peine de prison a un coût social (construction de maisons d'arrêt, embauche de personnels, éventuellement, coût des fonds nécessaires à leur financement etc), de telle sorte que plus les peines sont sévères, plus le coût social dû à leur application est élevé. Par ailleurs, le coût marginal social de la peine de prison comporte deux composantes : la première représente le coût marginal direct dû à un alourdissement de la peine de prison frappant tous les individus effectivement condamnés (combinant l'accroissement du coût marginal pour l'autorité et de la désutilité marginale des criminels) ; la seconde peut être interprétée comme le bénéfice indirect (ou l'économie de coût) dû à la baisse attendue du nombre de délinquants due à l'accroissement de la peine. Dès que le premier domine le second, l'utilisation de la peine de prison tend à maintenir une dissuasion de faible intensité (sous dissuasion) ; réciproquement, lorsque le second est dominant, l'effet de

dissuasion a une forte intensité (et peut conduire à une dissuasion excessive).

Polinsky et Shavell (2001) ont étendu ce même résultat au cas où les agents publics chargés de la mise en œuvre du code pénal peuvent se laisser corrompre. Garoupa et Klerman (2004) montrent en particulier que les peines de prison sont utilisées plus fréquemment et qu'elles sont plus sévères qu'en l'absence de corruption. L'argument est le suivant : bien que la corruption tende à avoir un effet de dilution de la dissuasion, un agent public corrompu a toujours une incitation à appliquer une sanction non monétaire puisqu'elle améliore le montant du pot-de-vin qu'il peut recevoir (alors qu'un agent non corrompu a parfois intérêt à ne pas le faire). Implicitement, la corruption transforme ainsi une sanction socialement coûteuse en un transfert monétaire (le pot-de-vin).

Des résultats plus contrastés s'appliquent lorsque les autorités choisissent les dépenses générales et spécifiques de mise en œuvre de la loi de façon endogène. Lorsque les dépenses générales de dissuasion concernent les contrôles alors que les dépenses spécifiques concernent la conviction des criminels (précision des contrôles et de la conviction des accusés ; Kaplow et Shavell (1994)), les sanctions maximum restent optimales. Mais si les dépenses spécifiques concernent la détection de certaines activités criminelles, alors certaines seront punies de sanctions inférieures au maximum possible (Shavell (1991)).

4.3 Le coût social des sanctions

Plus généralement, pour comprendre ce qui permettrait de « faire tomber » le résultat d'optimalité des sanctions monétaires maximales, il faut revenir à l'intuition de la stratégie de dissuasion à *la* Becker : celle-ci repose sur l'idée que les autorités ont intérêt à utiliser l'instrument qui est socialement non coûteux (les sanctions monétaires) jusqu'à atteindre son niveau d'application maximum possible, avant d'intensifier l'usage de celui qui est coûteux (les contrôles). *A contrario*, dès que l'utilisation des sanctions monétaires aura elle-même un coût social, le gouvernement devra faire un arbitrage entre la sévérité des amendes et leur fréquence d'application. Différents cas de figures ont alors été mis en évidence dans la littérature, selon que les sanctions monétaires ont un coût marginal *public* positif, ou d'un coût marginal *privé* positif.

Par exemple, lorsque la culpabilité du prévenu est établie et que sa condamnation a déjà été prononcée, l'autorité publique devra parfois supporter des coûts additionnels afin d'obtenir le paiement effectif de l'amende : soit dans le but d'établir la solvabilité du condamné, soit parce qu'elle doit utiliser des méthodes plus coercitives afin de collecter l'amende (nouvelle interpellation, saisie). Kaplow (1990) a alors montré qu'en présence d'un coût marginal de

collecte positif, des sanctions inférieures au montant maximum peuvent être optimales. Plus généralement, en fonction de la nature de l'information privée des criminels (richesse individuelle, ou dommage externe au reste de la société, ou probabilité spécifique d'appréhension) et de la structure des coûts d'information supportés par l'autorité publique, il est possible de montrer que des sanctions monétaires modérées (inférieures au maximum possible) peuvent se justifier, au moins pour une partie de la population des criminels (Bebchuk et Kaplow (1993), Friehe (2008), Polinsky et Shavell (1984), Shavell (1987), Polinsky (2007)).

La même conclusion prévaut également lorsque l'usage des sanctions monétaires a un coût (marginal) positif pour les criminels eux-mêmes. Ce coût peut s'expliquer parce que ceux-ci ont de l'aversion au risque (Polinsky et Shavell (1979)). Toutefois, si l'aversion au risque des criminels tend à rendre la dissuasion plus aisée en raison des primes de risques demandées pour s'engager dans une activité criminelle (Polinsky et Shavell (2007)) et peut justifier que des sanctions monétaires modérées soient appliquées, elle a des effets complexes sur l'usage de la combinaison amendes/prison/contrôles (Chu et Jiang (1993)).

Dans un autre ordre d'idées, les efforts de dissuasion publics vont entraîner des coûts additionnels pour les criminels/délinquants, dès lors que ceux-ci vont adopter des stratégies actives pour faire échec à la détection, plutôt que de la subir passivement. Ces « efforts d'évitement de la dissuasion » permettent de réduire la probabilité effective d'être appréhendé et/ou condamné (Malik (1990) ; exemple : détecteurs de radars), et/ou d'atténuer les conséquences d'une interpellation (Nussim et Tabbach (2007,2008) ; exemple : lobbying pour obtenir des exemptions à certaines obligations réglementaires, destruction de preuves, ou corruption d'agents de l'Etat). Ils entraînent trois types de conséquences principalement. D'abord, ils peuvent rendre inutile l'application de sanctions monétaires élevées maximum, en raison du coût (marginal) qu'ils représentent pour les criminels (Malik (1990)). Ensuite, par définition, ils limitent l'efficacité des efforts publics de dissuasion puisqu'ils réduisent la probabilité d'arrestation et de conviction des criminels, et ils entraînent un gaspillage de ressources publiques et privées considérable du fait de la situation stratégique dans laquelle se trouve les autorités et les criminels (Sanchirico (2006)). Enfin, ils induisent une relation ambiguë entre le niveau des sanctions et le seuil de dissuasion (Langlais (2008)). Nussim et Tabbach (2007) et Friehe (2008) mettent alors en évidence qu'au lieu de chercher à accroître le coût direct du crime (ce qui induit des dépenses inefficaces d'évitement), il est préférable d'en accroître le coût d'opportunité : une solution par exemple consiste à subventionner des activités légales ou des programmes d'éducation.

Finalement, des effets assez similaires apparaissent dans l'analyse des comportements d'auto-dénonciation (Friehe (2006), Polinsky et Shavell (1994)). Plutôt que d'attendre que leur comportement frauduleux ou illégal soit détecté par les autorités publiques (évasion fiscale, non respect des normes environnementales, collusion etc), certains délinquants vont préférer révéler de façon volontaire qu'ils ont enfreint la loi. En contrepartie, ils seront sanctionnés moins sévèrement que ceux qui ne se sont pas dénoncés. Le fait qu'une partie des délinquants payent une amende inférieure au maximum tend également à diluer l'effet de dissuasion. Polinsky et Shavell (2000) avancent que l'effet négatif sur le bien-être social associé à un effet de dissuasion moins intense peut être compensé par les effets positifs dus à la divulgation de l'information sur la nature des activités illégales : celle-ci va permettre la baisse des coûts de mise en œuvre de la loi (les autorités n'ont plus à identifier et établir la culpabilité de tous les suspects), ou du coût externe des délits (par exemple, connaître la nature des produits toxiques répandus par une entreprise améliore l'efficacité des mesures de confinements, de protection de la population, ainsi que les interventions de restauration *ex post*).

4.4 Déplacement et composition de la criminalité

Une des critiques adressée très tôt à l'approche de la Becker a fait valoir qu'elle privilégiait l'*enforcement public* de la loi sur l'*enforcement privé*. Ireland (1972) argumentait ainsi que les victimes potentiellement les plus exposées aux tentatives criminelles pouvaient aussi développer des stratégies de défenses, et que par conséquent, la cause première de dissuasion des activités criminelles était la peur de la réaction des victimes⁴. En même temps, Ireland interprétait le phénomène de substitution de la dissuasion publique à la dissuasion privée comme la conséquence du développement économique et de l'enrichissement individuel (réduction de l'utilité marginale de la richesse), lequel conduirait à la baisse de la propension/volonté des agents privés à s'auto-défendre.

Des travaux ultérieurs ont montré clairement que l'*enforcement privé* peut avoir des effets complexes (pervers) sur la composition et/ou la localisation des activités criminelles. Hui-Wen et Png (1994) mettent ainsi en évidence que si les dépenses privées de sécurité ont un effet général de prévention, elles ont aussi un effet de diversion vers d'autres victimes potentielles qui peut annuler le premier. Ceci étant, l'*enforcement public* peut tout autant induire de tels effets de déplacement de la criminalité (Marceau (1997), Marceau et

⁴Cet argument trouve un écho dans les débats qui se déroulent de façon récurrente à propos du premier amendement de la Constitution aux USA, ou en France, dans les discussions qui ressurgissent périodiquement à propos de la légitime défense.

Mongrain (2002)). Mialon et Wiseman (2005) étudient par exemple l'effet de la réglementation sur le port d'arme, et montrent qu'un durcissement de la réglementation induit des effets de substitution entre crimes commis avec armes et ceux commis sans arme.

L'intuition que le code pénal a un effet sur la structure des crimes et pas seulement sur le niveau de la criminalité, a été discutée très tôt dans la littérature, à nouveau par Beccaria (1767), Montesquieu (1748) et Bentham (1789), qui introduisaient la question de la « dissuasion marginale » : si la peine encourue pour un vol de 5 euros est une mutilation (condamnation à avoir une main tranchée), un voleur préférera tout aussi bien voler 50 000 euros. En d'autres termes, des sanctions sévères appliquées à tous les délits pourraient bien réduire le bénéfice espéré des criminels, mais elles risquent d'induire des effets contraires qui s'avèreront pires, puisque les criminels n'auront aucun avantage à commettre les délits les plus bénins. Il se pose donc un problème de « dissuasion marginale » (Stigler (1970)), ou encore de hiérarchisation des sanctions. La solution est que la sanction anticipée pour les délits les plus graves soit supérieure à celle qui frappe les délits mineurs (Shavell (1992a), Wilde (1992)). Mais on voit immédiatement que cette solution peut entrer en contradiction avec l'objectif général de dissuasion des activités illicites. En effet, pour que la sanction soit proportionnée à la gravité de l'acte *pour l'ensemble* des délits tout en donnant des incitations suffisantes à ne pas commettre les crimes les plus graves ⁵, il peut être nécessaire que les délits mineurs ne soient pénalisés que par des sanctions très faibles. Ceci implique alors que l'effet de dissuasion générale sera atténué puisque certains individus auront une incitation à commettre un petit délit, et au total un plus grand nombre de délits pourrait être commis (Shavell (1992a)).

Face à une critique externe qui a tenté de prouver la vacuité de l'analyse économique du crime à la façon de Becker, les critiques internes ont tenté de cerner son caractère par trop simpliste quant aux stratégies prêtées aux différents protagonistes - criminels comme autorité publique. Il en est ressorti un élargissement du domaine des prédictions possibles, avec notamment une incertitude sur les effets de la dissuasion. Le test critique pour l'approche économique du crime resterait donc sa validation empirique. Il n'est pas question ici de passer en revue l'ensemble des questions qui ont été abordées dans la littérature empirique, ni même d'être exhaustif sur les travaux qui questionnent directement les prédictions du modèle canonique. On cherchera simplement à mettre en évidence les résultats les plus robustes.

⁵Littéralement, la fonction de punition doit être convexe par rapport à la gravité du crime : elle avoir une pente plus élevée pour les délits les plus graves que pour les délits mineurs.

5 Les tests de la théorie économique du crime

Du point de vue méthodologique, la validation empirique de la théorie de Becker pose deux difficultés principales. D'abord, elle se place dans un cadre où les criminels réagissent à des changements exogènes de la politique de dissuasion publique : les conditions idéales (choc exogène sur la politique de lutte contre la criminalité) pour la tester ne se rencontrent que rarement (par exemple attribution de moyens supplémentaires aux forces de police avant des échéances électorales ; ou réformes du code pénal). Ensuite, elle est essentiellement basée sur les comportements individuels⁶. Ensuite, l'absence de données individuelles a longtemps contraint les chercheurs à mobiliser des données agrégées, limitant par là-même la portée des résultats empiriques.

Nous évoquerons quatre points : la dissuasion via la probabilité de contrôle, la dissuasion via la sévérité des sanctions, le cas de la peine de mort, et enfin, les approches expérimentales.

5.1 L'augmentation des effectifs de police a-t-elle un effet sur la criminalité ?

Concernant l'impact des ressources attribuées aux forces de police sur la criminalité, les premières études menées dans les années 70 concluaient souvent à l'absence d'effet, voire mettaient en évidence une corrélation positive. Les critiques qui leur ont été adressées (voir Levitt et Miles (2007)) se sont concentrées sur les sources statistiques (qualité et taille des échantillons) et les méthodes utilisées, dont le problème majeur était de ne pas tenir compte du problème d'endogénéité : l'augmentation des moyens affectés à la police peut aussi être le résultat d'une augmentation de la criminalité.

Les études les plus récentes fondées sur des échantillons plus larges et des méthodes économétriques plus sophistiquées pour traiter le problème de simultanéité, concluent dans le sens de la théorie du crime : une augmentation des effectifs de police entraîne un taux de criminalité plus faible. En revanche, il semble que statistiquement la relation entre les effectifs de police et le nombre d'arrestations soit ambiguë : si les moyens de police augmentent, la fréquence des contrôles croît (Levitt et Miles (2007)). Ceci ne permet donc pas de trancher quant à l'influence des efforts d'évitement : en réponse à

⁶Une littérature microéconomique s'est aussi développée sur les questions relatives à la criminalité organisée : corruption, gangs, mafia etc. Nous n'abordons pas ces questions ici.

un risque d'arrestation plus important, les criminels selon les cas peuvent réduire leur activité, ou redoubler leurs efforts d'évitement.

5.2 Le durcissement des peines de prison a-t-il un effet sur la criminalité ?

L'analyse empirique de l'effet de la sévérité des peines de prison a donné lieu aux mêmes types de débats. Toutefois, un point plus spécifique apparaît : si les travaux plus récents montrent un lien négatif entre taille de la population carcérale et taux de criminalité, ils ne permettent pas d'expliquer si cette diminution de la criminalité résulte d'un effet de dissuasion (effet *ex ante* de la prison sur la criminalité, *via* les incitations à commettre ou pas un crime) ou d'incapacitation (effet *ex post* de la prison sur la criminalité, *via* l'impact des restrictions de liberté sur la possibilité de commettre un crime).

Pour déterminer si l'impact de l'augmentation des peines sur la criminalité résulte de l'un plutôt que de l'autre de ces effets, on peut mesurer les effets de diffusion/déplacement sur la structure de la criminalité, qui dépendent du degré de spécialisation des criminels. Supposons que les peines sanctionnant un crime spécifique (par exemple, le vol à l'étalage) deviennent plus sévères ; si on observe que le nombre de délits augmente ensuite dans les autres catégories qui sont de proches substituts (cambriolage etc), ceci suggère un effet de dissuasion : certains criminels «généralistes» auront préféré se reporter sur des délits relativement moins sévèrement sanctionnés. En revanche, si l'on observe une diminution du nombre de crimes dans toutes les catégories (qui sont de proches substituts), cela suggère un effet d'incapacitation.

Les résultats empiriques concernant ces effets de déplacement sont mitigés. Il semble qu'aux USA, il y ait un faible degré de spécialisation dans les activités criminelles. Néanmoins, il apparaît que certains crimes sont plus sensibles aux effets de dissuasion (atteintes à la propriété de façon générale), alors que d'autres le sont plus aux effets d'incapacitation (atteintes aux personnes : enlèvements, viols). Certaines études montrent également que le durcissement des sanctions pour les homicides entraîne un effet de déplacement important vers des crimes sans violence. En d'autres termes, il semble que les peines de prison aient à la fois un effet de dissuasion et un effet d'incapacitation, mais dans des proportions qui dépendent du type de délits.

5.3 La question de la peine capitale

C'est la question de la peine capitale et de ses effets dissuasifs, qui a sans doute suscité le plus de controverses dans la littérature empirique, depuis le

travail initial de Erhlich (1975). De fait, il semble que les stratégies de validation développées jusqu'à présent constituent un florilège des problèmes méthodologiques posés par les tests empiriques de la théorie économique du crime. Par ailleurs, à la différence de ce qui s'est produit pour l'analyse de l'impact des moyens de police ou des peines de prison, il semble que la sophistication des méthodes utilisées dans le cas de la peine de mort (augmentation de la taille des échantillons, prise en compte de variables de contrôle) ait conduit à élargir (au lieu de resserrer) le domaine des prédictions possibles ; il apparaît ainsi une grande sensibilité des résultats à des modifications mineures du modèle testé.

Pour certains auteurs (Levitt et Miles (2007)) d'autres considérations suggèrent qu'il est douteux que la peine de mort ait un effet dissuasif important. D'un côté, il faut tenir compte du faible taux d'application effective de la peine capitale (de l'ordre de 2 à 3% par an, dans la période récente aux USA) : alors que le nombre de condamnations à la peine capitale augmente, le nombre d'exécutions diminue aux USA. De l'autre, le risque de mort violente pour certaines catégories de criminels est sensiblement du même ordre de grandeur : 1 à 2% pour les membres de gangs, ou les revendeurs de drogue en général.

5.4 L'apport des méthodes expérimentales

Le problème de disponibilité des données individuelles a motivé certains chercheurs à développer de nouvelles stratégies de test, utilisant les questionnaires et/ou les méthodes expérimentales.

Viscusi (1986) a testé sur données américaines l'hypothèse de dissuasion en estimant la pente de la frontière risque/revenu illicite (prime de risque) associée à différentes activités criminelles. Il montre que les primes de risque associées aux activités criminelles sont beaucoup plus élevées (de l'ordre de 50 à 75% du revenu des criminels) que celles associées aux activités légales (de l'ordre de 10% d'un revenu légal) en fonction de la catégorie de crime commis. Il met en évidence aussi l'existence de biais de perception de risque chez les criminels. Toutes catégories de crimes confondues, la probabilité que le délinquant soit interpellé est de 8,7% et la probabilité (inconditionnelle) qu'il soit condamné à une peine de prison est de 1,4 % - ce qui fait du risque auquel s'expose le criminel un «petit risque» comparable à ceux de la vie quotidienne, compris entre la probabilité d'être victime d'un accident du travail non mortel : 1/30, et celle d'un accident du travail mortel : 1/10 000. Or, le questionnaire auquel Viscusi soumet la population de délinquants de son échantillon révèle que ceux-ci, en grande majorité, surestiment la probabilité d'arrestation et/ou de condamnation - ce biais pessimiste est d'ailleurs

conforme à ce qui est observé dans le domaine des «petits risques» de la vie quotidienne. Par conséquent, l'ampleur de ces primes de risque comme la présence de biais de perception suggèrent que l'efficacité de la politique publique de dissuasion peut-être accrue du fait même de la sensibilité au risque des criminels : même si le risque d'arrestation est faible, un durcissement de la politique de lutte contre la criminalité accroît le risque perçu par les délinquants (surestimation du risque), et accroît donc la dissuasion.

D'autres travaux sont plus directement consacrés à comparer l'efficacité de la dissuasion obtenue par la sanction (F) par rapport à celle qui résulte de l'intensification des contrôles (p). Grogger (1991) estime une relation empirique entre, d'un côté, l'espérance conditionnelle d'arrestation et de l'autre, la probabilité de conviction et la sévérité des sanctions, à partir de données du Ministère de la Justice de l'Etat de Californie ; il montre qu'un accroissement du taux de conviction de 1% entraîne une diminution de l'espérance conditionnelle d'arrestation de 19%, alors qu'un accroissement de la durée de la peine de prison de 1% suscite une diminution de l'espérance conditionnelle d'arrestation de seulement 3%. Block et Gerety (1995) simulent de façon expérimentale le fonctionnement d'un marché où l'attribution des droits exclusifs de production d'un bien se fait par un mécanisme d'enchères, pour tester comment le comportement de collusion entre un petit nombre d'offres (fixation du meilleur prix au-dessus du coût marginal de production) répond à la sanction anticipée qui est imposée par l'autorité publique (13 modalités différentes de sanction sont considérées) ; ils mettent en évidence que lorsque les groupes de joueurs sont constitués à partir d'individus purgeant une peine de prison, la collusion entre les joueurs est plus facilement dissuadée par l'accroissement de la fréquence d'application de la sanction que par l'augmentation de la sévérité de la sanction. Par ailleurs, Block et Gerety utilisent un modèle logit pour évaluer l'effet sur la propension à la collusion d'une augmentation de la sévérité des sanctions compensée par une diminution de la fréquence de leur application, et ils montrent que cette variable est affectée d'un coefficient positif - les criminels exhibant ainsi une préférence pour une augmentation (compensée) de la pénalité payée en cas d'arrestation. Ceci suggère donc l'existence d'un effet de dissuasion mais avec des préconisations qui sont clairement à l'inverse de celles de la théorie du crime à la Becker : de tels résultats indiquent en effet que l'on doit s'attendre à ce que la fréquence des contrôles ait un effet en termes de dissuasion plus important que les sanctions.

Finalement, Drago, Galbiati et Vertova (2007) ont testé empiriquement l'effet dissuasif de la prison sur la récidive, dans les conditions d'une expérience naturelle (variation exogène de la sanction anticipée) : ils étudient les conséquences d'une loi votée par le parlement italien (Loi d'Amnistie Collec-

tive), réduisant de trois ans la durée d’incarcération de tout prisonnier dont la peine avait été prononcée avant le 2 mai 2006. Ces auteurs ont montré que si l’augmentation des peines de prison a bien un effet sur la probabilité de récidive, cet effet est d’autant plus faible que la première condamnation a été lourde. Ceci impliquerait donc qu’en termes de dissuasion, l’efficacité d’une nouvelle sanction est d’autant plus faible que la peine initiale a été sévère. En contrepartie, pour maintenir un niveau de dissuasion donné vis-à-vis des récidivistes, il serait nécessaire d’appliquer des sanctions croissantes avec le temps de séjour passé précédemment en prison. De façon caricaturale, l’enseignement serait donc que la meilleure stratégie de dissuasion est d’entretenir la peur du gendarme, mais que la justice doit être clémentine.

6 Conclusion

La simplification et la stylisation poussées à l’extrême des modèles économiques a été source d’incompréhensions quant à la théorie économique du crime, et la «confusion» que ferait les économistes entre des catégories d’infractions distinctes au sens du code pénal (crimes, délits, contraventions) a été très tôt (et est encore) l’objet de critiques de la part de juristes mais aussi d’économistes.

Il reste que la polarisation des économistes sur la problématique de la dissuasion constitue un changement déterminant de perspective dans l’analyse de la criminalité, qui permet d’échapper aux explications par trop simplistes se référant soit à un déterminisme biologique, soit à un déterminisme social. Montrer alors dans quelle mesure les délinquants peuvent se comporter selon une logique économique, c’est aussi montrer qu’ils sont susceptibles de réagir aux changements de la politique de lutte contre la criminalité, ou aux arbitrages entre les différents domaines d’intervention publique (code pénal, fiscalité, politique sociale).

7 Références

BECKER G. (1968), « Crime and punishment : an economic approach », *Journal of Political Economy*, **76** : 169-217.

BECKER G, GROSSMAN S. & MURPHY K. (1991), « Rational Addiction and the Effect of Price on Consumption », *The American Economic Review*, **81** : 237-241.

BECKER G. & STIGLER G. (1974), « Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers », *Journal of Legal Studies*, **3** : 1-18.

BEBCHUK L. & KAPLOW L. (1993), « Optimal sanctions and differences in individuals' likelihood of avoiding detection », *International Review of Law and Economics*, **13** : 217-224.

BECCARIA C. (1764), *Traité des Délits et des Peines*, Edition de F. Hélie, Paris 1856 ; nouvelle édition chez Garnier-Flammarion en 1991.

BENTHAM J. (1789), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislations*, reproduit in *The Utilitarians*, Rept. Garden City NY : Anchor Books, 1973.

BLOCK M. & GERETY V. (1995), « Some experimental evidence on differences between student and prisoner reactions to monetary penalties and risk », *Journal of Legal Studies*, **24** : 123-138.

BONNET F. (2006), « De l'analyse économique du crime aux nouvelles criminologies anglo-saxonnes ? Les origines théoriques des politiques pénales contemporaines », *Déviance et Société*, **30** : 137-154.

BOWLES R., FAURE M. & GAROUPA N. (2008), « The scope of criminal law and criminal sanctions : an economic view and policy implications », *Journal of Law and Society*, **35** : 389-416.

CARRILLO J. & MARIOTTI T. (2000), « Strategic Ignorance as a Self-Disciplining Device », *The Review of Economic Studies*, **67** : 529-544.

CHU C. & JIANG N. (1993), « Are fines more efficient than imprisonment ? », *Journal of Public Economics*, **51** : 391-413.

CURRY P. & KLUMPP T. (2008), « Crime, punishment and prejudice », à paraître dans *Journal of Public Economics*.

D'ANTONI M. & GALBIATI R. (2007), « A signalling theory of non monetary sanctions », *International Review of Law and Economics*, **27** : 204-218.

DARI-MATTIACCI G. & GAROUPA N. (2007), « The unsolvable dilemmas of a paretian policymaker », à paraître dans *Supreme Court Economic Review*, George Mason University School of Law.

DARI-MATTIACCI G. & MANGAN B. (2008), « Disappearing defendants versus judgment proof injurers », *Economica*, **75** : 749-765.

DAU-SCHMIDT K. (1990), « An economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy », *Duke Law Journal*, **1** : 1-38.

DEFFAINS B., DEMOUGIN D. & FLUET C-D. (2007), « Economie des procédures judiciaires », *Revue Economique*, **58** : 1265-1290.

DEMOUGIN D. & FLUET C-D. (2006), « Preponderance of evidence », *European Economic Review*, **50** : 963-976.

DRAGO F., GALBIATI R. & VERTOVA P. (2007), « The deterrent effects of prison : evidence from a natural experiment », à paraître dans *Journal of*

Political Economy.

DREYER E. (2006), *Droit Pénal Général*, Flammarion, Champs Université.

EMMONS W. & FLUET C-D (2005), « The optimal amount of falsified testimony », *Mimeo*.

EHRlich I. (1975), « The deterrent effect of capital punishment : a question of life and death ? », *American Economic Review*, **65** : 397-417.

EMONS W. (2005), « Perjury versus truth revelation : quantity or quality of testimony », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, **161** : 392-410.

FLEURBAEY M., TUNGODDEN B. & CHANG H. (2003), « Any non-welfarist method of policy assessment violates the Pareto Principle : a comment », *Journal of Political Economy*, **111** : 1382-1385.

FOUGERE D., KRAMARZ F. & POUGET J. (2005), « L'analyse économétrique de la délinquance. Une synthèse de résultats récents », *Revue Française d'Economie*, **19** : 3-55.

FRIEHE T. (2006), « Fairness and self-reporting in optimal law enforcement », *Economics Bulletin*, **11** : 1-7.

FRIEHE T. (2008), « Optimal sanctions and endogeneity of differences in detection probabilities », *International Review of Law and Economics*, **28** : 150-155.

FROEB L. & KOBAYASHI B. (2001), « Evidence production in adversarial vs. inquisitorial regimes », *Economics Letters*, **70** : 267-272.

GAROUA N. (1997), « The theory of optimal law enforcement », *Journal of Economic Surveys*, **11** : 267-295.

GAROUA N. (2001), « Optimal magnitude and probability of fines », *European Economic Review*, **45** : 1765-1771.

GAROUA N. (2007), « On the optimal choice of enforcement technology », *Revue Economique*, **58** : 1353-1362.

GAROUA N. & KLERMAN D. (2004), « Corruption and the optimal use of nonmonetary sanctions », *International Review of Law and Economics*, **24** : 219-225.

GAROUA N. & OBIDZINSKI M. (2007), « The scope of punishment : an economic theory of harm-based vs. act-based sanctions », *Paper No 5899*, CEPR Discussion Papers Series-Public Policy.

GAROUA N. & STEPHEN F. (2006), « Law and Economics of plea bargaining », *SSRN Working Paper series*.

GROGGER J. (1991), « Certainty vs. severity of punishment », *Economic Inquiry*, **29** : 297-309.

HUI-WEN K. & PNG I. (1994), « Private security : deterrent or diversion ? », *International Review of Law and Economics*, **14** : 87-101.

- IRELAND T. (1972), « Optimal enforcement of laws : a comment », *Journal of Political Economy*, **2** : 421.
- KAPLOW L. (1990), « A note on the optimal use of non monetary sanctions », *Journal of Public Economics*, **42** : 245-247.
- KAPLOW L. (1992), « The optimal probability and magnitude of fines for acts that definitively are undesirable », *International Review of Law and Economics*, **12** : 3-11.
- KAPLOW L. & SHAVELL S. (1994a), « Optimal law enforcement with self-reporting of behavior », *Journal of Political Economy*, **102** : 583-606.
- KAPLOW L. & SHAVELL S. (1994b), « Accuracy in the determination of liability », *Journal of Law and Economics*, **32** : 1-15.
- KAPLOW L. & SHAVELL S. (2001), « Any non-welfarist method of policy assessment violates the Pareto Principle », *Journal of Political Economy*, **109** : 281-286.
- KAPLOW L. & SHAVELL S. (2002), *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- KAPLOW L. & SHAVELL S. (2004), « Any non-welfarist method of policy assessment violates the Pareto Principle : reply », *Journal of Political Economy*, **112** : 249-251.
- LANGLAIS E. (2008), « Detection avoidance and deterrence : some paradoxical results », *Journal of Public Economic Theory*, **10** : 371-382.
- LANGLAIS E. (2009a), « On the ambiguous effects of repression », *Annales d'Economie et de Statistique*, **93/94** : 349-362.
- LANGLAIS E. (2009b), « Les criminels aiment-ils le risque? », *Revue Economique*, **61** : 63-280.
- LANGLAIS E., GABUTHY Y. & JACQUEMET N. (2009), « Analyse économique de la criminalité », dans *Analyse Economique du Droit*, Editions De Boeck-Université, sous la direction de Bruno Deffains et Eric Langlais.
- Le Code Pénal* (Edition 2005), introduit et commenté par H. Leclerc, Edition du Seuil, Collection Points-Essais.
- LEVITT S. & MILES T. (2007), « Empirical study of criminal punishment », chapitre 7 dans POLINSKY M. & SHAVELL S., *Handbook of Law and Economics (volume 1)*, Amsterdam-Oxford, North-Holland, Elsevier.
- LEWIN J. & TRUMBULL W. (1990), « The social value of crime? », *International Review of Law and Economics*, **10** : 271-284.
- MARCEAU N. (1997), « Competition in crime deterrence », *Canadian Journal of Economics*, **30** : 844-854.
- MARCEAU N. & MONGRAIN S. (2002), « Dissuasion du crime et concurrence entre juridictions », *Revue d'Économie Politique*, **112** : 905-919.
- MALIK A. (1990), « Avoidance, screening and optimum enforcement », *RAND Journal of Economics*, **21** : 341-353.

- MARJIT S. & SHI H. (1998), « On controlling crime with corrupt officials », *Journal of Economic Behavior & Organization*, **34** : 163-172.
- MIALON H. & WISEMAN T. (2005), « The impact of gun law : a model of crime and self-defense », *Economics Letters*, **88** : 170-175.
- MICELI T. (2010), « A model of criminal sanctions that incorporate both deterrence and incapacitation », *Economics Letters*, **107** : 205-207.
- MONTESQUIEU C-L. (1748), *De l'Esprit des Loix*, réédité par Garnier-Flammarion, 1993.
- MOOKHERJEE D. & PNG I. (1994), « Marginal deterrence in enforcement of law », *Journal of Political Economy*, **102** : 1039-1066.
- NEILSON W. & WINTER H. (1997), « On criminals' risk attitude », *Economics Letters*, **55** : 97-102.
- NUSSIM J. & TABBACH A. (2007), « Punishment, deterrence and avoidance », *Working Paper No 28-2007*, Tel Aviv University Law School.
- NUSSIM J. & TABBACH A. (2008), « Controlling avoidance : ex-ante regulation versus ex-post punishment », *Review of Law and Economics*, **4** : article No 4.
- POLINSKY M. (2007), « Optimal fines and auditing when wealth is costly to observe », *International Review of Law and Economics*, **26** : 323-335.
- POLINSKY M. & SHAVELL S. (1979), « The optimal trade-off between the probability and magnitude of fines », *American Economic Review*, **69** : 880-891.
- POLINSKY M. & SHAVELL S. (1984), « The optimal use of fines and imprisonment », *Journal of Public Economics*, **24** : 89-99.
- POLINSKY M. & SHAVELL S. (2000), « The theory of public enforcement of law », *Journal of Economic Literature*, **38** : 45-76.
- POLINSKY M. & SHAVELL S. (2001), « Corruption and optimal law enforcement », *Journal of Public Economics*, **81** : 1-24.
- POLINSKY M. & SHAVELL S. (2007), « The theory of public enforcement of law », chapitre 6 de *Handbook of Law and Economics (volume 1)*, édité par Polinsky M. & Shavell S, North-Holland, Elsevier.
- POSNER R. (1985), « An economic theory of the criminal law », *Columbia Law Review*, **85** : 1193-1231.
- SANCHIRICO C. (2006), « Detection avoidance », *New York University Law Review* **81** : 1331-1399.
- SHAVELL S. (1985), « Criminal law and the optimal use of non monetary sanctions as a deterrent », *Columbia Law Review*, **85** : 1232-1262.
- SHAVELL S. (1986), « The judgment proof problem », *International Review of Law and Economics*, **6** : 45-58.
- SHAVELL S. (1987a), « The optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent », *American Economic Review*, **77** : 584-592.

- SHAVELL S. (1987b), « A model of optimal incapacitation », *American Economic Review*, **77** : 107-110.
- SHAVELL S. (1990), « Deterrence and the punishment of attempts », *Journal of Legal Studies*, **19** : 435-466.
- SHAVELL S. (1991), « Specific versus general enforcement of law », *Journal of Political Economy*, **99** : 1088-1108.
- SHAVELL S. (1992a), « A note on marginal deterrence », *International Review of Law and Economics*, **12** : 345-355.
- SHIN H. (1998), « Adversarial and inquisitorial procedures in arbitration », *RAND Journal of Economics*, **9** : 378-405.
- STIGLER G. (1970), « The optimum enforcement of laws », *Journal of Political Economy*, **78** : 526-536.
- SUMMERS J. (1983), « The case of the disappearing defendant : an economic analysis », *University of Pennsylvania Law Review*, **132** : 145-85.
- TABBACH A. (2009), « The social desirability of punishment avoidance », à paraître dans *Journal of Law, Economics and Organization*.
- VISCUSI W. (1986), « The risks and rewards of criminal activity : a comprehensive test of criminal deterrence », *Journal of Labor Economics*, **4** : 317-340.
- WILDE L. (1992), « Criminal choice, nonmonetary sanctions and marginal deterrence : a normative analysis », *International Review of Law and Economics*, **12** : 333-344.