



**Bureau  
d'économie  
théorique  
et appliquée  
(BETA)**  
UMR 7522



**Nancy-Université**  
Université Nancy 2



# **ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT ET THEORIE DU DROIT : PERSPECTIVES METHODOLOGIQUES**

Responsables du projet:

Bruno Deffains, EconomiX-CNRS, Université de Paris Ouest-La Défense

Samuel Ferey, Beta-CNRS, UDS, Nancy-Université

**GIP Mission de recherche Droit et Justice**

**UNIVERSITE NANCY 2**

**Faculté de Droit, Sciences Économiques et Gestion**

**BETA UMR CNRS n° 7522**

**13, Place Carnot - CO 70026 - 54035 Nancy Cedex**

**Tel : 03-54 50 44 02 Fax : 03-83-19-26-01**

**JANVIER 2010**

**Le présent document constitue le rapport final d'une recherche financée par le GIP Mission  
droit et justice pour le projet :  
« Analyse économique du droit et théorie du droit : perspectives méthodologiques »**

**Convention de recherche n°27.10.10.12 en date du 10 octobre 2007**

**Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.**

# SOMMAIRE

SOMMAIRE .....	3
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE .....</b>	<b>4</b>
<b>PREMIERE PARTIE. REVOLUTION HERMENEUTIQUE ET REVOLUTION COGNITIVE .....</b>	<b>23</b>
INTRODUCTION .....	24
CHAPITRE 1. LE TOURNANT INFORMATIONNEL EN THEORIE ECONOMIQUE.....	27
CHAPITRE 2. LE TOURNANT HERMENEUTIQUE EN THEORIE DU DROIT .....	44
CONCLUSION.....	52
<b>DEUXIEME PARTIE. DEUX CAS POLAIRES : LA THEORIE AUTRICHIENNE ET L'ECOLE DE CHICAGO .....</b>	<b>54</b>
INTRODUCTION .....	55
CHAPITRE 1. LA THEORIE HAYEKIENNE DES REGLES DE DROIT .....	57
CHAPITRE 2. L'ECONOMIE DU DROIT POSNERIENNE .....	62
CONCLUSION.....	82
<b>TROISIEME PARTIE. DEUX CAS INTERMEDIAIRES : ECONOMIE DU DROIT COMPORTEMENTALE ET THEORIE DES CONTRATS .....</b>	<b>83</b>
INTRODUCTION .....	84
CHAPITRE 1. SUNSTEIN : DU CALCUL AU JUGEMENT .....	86
CHAPITRE 2. THEORIE DES CONTRATS INCOMPLETS : L'IMPERFECTION DU JUGE.....	104
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>110</b>
<b>ANNEXES .....</b>	<b>113</b>
MANIFESTATIONS SCIENTIFIQUES - PRESENTATION DU RAPPORT - VALORISATION.....	114
BIBLIOGRAPHIE.....	116
TABLE DES MATIERES .....	126

# **INTRODUCTION GÉNÉRALE**

*« The object of our study, is prediction... the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law »*

Oliver Wendell Holmes, *The path of Law*, 1897.

En 1995, Neil Duxbury écrivait que la situation de l'économie du droit se caractérisait par la plus grande « confusion » (Duxbury, 1995). Plutôt que de confusion, il faudrait parler d'un pluralisme méthodologique et théorique de plus en plus marqué et qui n'a cessé de se renforcer depuis une dizaine d'année (Medema et Mercurio, 1997). En effet, à peine constituée comme champ autonome de la théorie économique au tournant des années 1980, l'économie du droit – *Law and Economics* – a su développer une très grande variété d'approches. Cette variété ne tient pas uniquement à la diversité des objets juridiques étudiés – des régimes de responsabilité au droit pénal en passant par le droit du travail ou le droit des faillites – mais par une variété d'hypothèses, de modèles et de représentations économiques de la règle de droit (Deffains et Langlais (eds.), 2009).

Ainsi, derrière cet éclatement, se cachent en réalité des articulations alternatives, et à tous égards opposées, entre théorie économique et théorie du droit. C'est là où ce pluralisme devient bien plus qu'une curiosité épistémologique mais ouvre sur des questions méthodologiques fondamentales : quelle est la représentation implicite que les théories économiques se font du droit et, plus fondamentalement, ces représentations ont-elles un sens du point de vue de la théorie du droit ?

Ce pluralisme pose donc, à l'historien des idées comme au praticien de l'économie du droit, un défi à savoir : quel sens faut-il lui donner ? Est-il la marque d'une crise du paradigme standard en économie du droit ou au contraire celle de la fécondité de ce champ ? Faut-il simplement, avec Mercurio et Medema (Medema et Mercurio, 1997), prendre acte de l'éclatement de ces pratiques théoriques ou ne peut-on pas en proposer une lecture raisonnée ? Conformément à la Convention de recherche n°27.10.10.12 en date du 10 octobre 2007, l'objet de cette recherche est de tenter de fournir une grille d'interprétation de l'économie du droit contemporaine mais d'un point de vue non pas purement théorique ou empirique mais méthodologique. Notre objectif est donc d'emblée interdisciplinaire et vise à faire dialoguer théorie du droit et analyse économique. Comme nous le montrerons, une telle perspective proprement méthodologique présente plusieurs séries d'enjeux mais, à titre liminaire, on peut

se contenter de dire que, contrairement à la célèbre phrase de Minsky<sup>1</sup>, une approche scientifique qui commence à réfléchir sur ses fondements fait preuve de sa maturité. C'est donc à un travail interdisciplinaire auquel nous nous sommes attachés. On présentera d'abord nos propres choix méthodologiques concernant la manière dont nous avons travaillé sur ce pluralisme (**Section 1. Présentation du corpus et méthodologie**) pour ensuite préciser la problématique générale du rapport et ses principaux axes de recherche<sup>2</sup> (**Section 2. L'économie du droit entre révolution herméneutique et révolution cognitive**).

### *SECTION 1. PRESENTATION DU CORPUS ET METHODOLOGIE*

Une telle perspective interdisciplinaire nécessite de préciser les hypothèses méthodologiques qui ont été les nôtres pour mener à bien ce travail. Trois éléments de méthode sont ici à développer avant de préciser ce que nous entendons par pluralisme en économie du droit.

#### **Sous-section 1. Éléments de méthode : typologie et critique interne**

Premièrement, et conformément à notre idée de départ, nous proposons ici une typologie des courants principaux en économie du droit. Un tel exercice de typologie suppose d'être capable d'identifier clairement des écoles de pensées autonomes, en concurrence sur « le marché des idées » concernant les rapports entre économie et droit. L'expertise de l'équipe du projet de recherche en économie du droit a permis d'identifier quatre écoles principales en économie du droit : l'école autrichienne, l'économie comportementale, l'économie des contrats et l'école de Chicago<sup>3</sup>. Préalable nécessaire à notre recherche, identifier des écoles ne suffit cependant pas pour pouvoir traiter de questions interdisciplinaires. En effet, chacune de ces écoles se caractérise par des travaux extrêmement nombreux et riches.

---

<sup>1</sup> Interrogé par un historien de la cybernétique, Minsky avait répondu : « une science dynamique n'a que faire de son passé. Elle va de l'avant » (cité *in* Dupuy, 1999, p. 34).

<sup>2</sup> Ces axes reprennent, largement, ceux présentés dans le rapport intermédiaire remis en novembre 2008 même si certains d'entre eux ont pu être modifiés ou infléchis en fonction des résultats que nous développons.

<sup>3</sup> Par rapport au projet proposé et accepté par le GIP Mission droit et justice en octobre 2007, nous avons rajouté l'école autrichienne car, comme on le verra, elle permet de caractériser un cas polaire intéressant des rapports entre droit et économie. Cependant, à ces quatre courants, on pourrait en ajouter d'autres comme l'économie néo-institutionnaliste autour du prix Nobel d'économie Douglass C. North., l'économie des conventions en France ou encore la neuro-économie appliquée au droit.

Il est évidemment inenvisageable, dans le cadre qui est le nôtre, de prétendre dresser un inventaire complet de toutes les recherches menées au sein de chacune de ces traditions. Mais surtout, chercher à traiter exhaustivement de tous ces travaux nous aurait éloigné de notre objectif principal en nous amenant à nous perdre dans une infinité de contributions dont l'apport, même significatifs sur un plan théorique ou empirique, risquait d'être relativement marginal au plan méthodologique. C'est pourquoi, nous avons choisi d'associer à chacune de ces traditions en économie du droit, un représentant – certains diraient un « grand auteur » – qui nous semblait particulièrement emblématique. Le choix, évidemment déterminant pour la suite de l'analyse, de l'auteur représentatif a été guidé par deux principes. D'une part, nous avons considéré qu'il était assez légitime de choisir, dans chaque cas, un représentant qui est reconnu, unanimement, par les économistes du droit comme ayant structuré sa tradition : non pas qu'il a nécessairement fondé cette tradition mais qu'il a fourni les fondements méthodologiques et théoriques pour analyser les rapports entre droit et économie. D'autre part, nous avons choisi des auteurs qui avaient, autant que possible, à la fois une œuvre d'économiste et de juriste ou de théoricien du droit. Nous assumons évidemment toutes les conséquences de cette méthode en termes d'analyse des idées. En effet, elle a tendance à surestimer le rôle de certains auteurs dans le développement plus général des idées et des théories. Ainsi, d'un strict point de vue de sociologie de la connaissance, ce postulat peut être discuté. Mais, dans la mesure où ce sont moins les questions de sociologie des sciences que celles de théorie pure et de méthodologie qui nous intéressent, il a semblé pertinent d'analyser l'œuvre d'auteurs où la théorie du droit et la méthode interdisciplinaire est à la fois la plus développée et la plus forte.

Deuxièmement, nous avons choisi d'effectuer sur chacun des corpus une critique interne. Plutôt que de critique interne, il faudrait d'ailleurs plutôt parler de reconstruction rationnelle dans la mesure où, lorsque cela était nécessaire, nous avons reconstruit certains arguments ou certaines articulations théoriques. La difficulté est bien connue en histoire des idées et en épistémologie et consiste ici à faire le départ entre ce que les auteurs disent qu'ils font et ce qu'ils font effectivement. Les deux choses ne vont pas nécessairement de paire et une critique interne est intéressante dès lors qu'elle va au-delà des textes pour reconstruire une signification plus précise des travaux étudiés. Ainsi, certains points délicats peuvent être plus ou moins omis par les auteurs, des articulations peuvent être manquantes et il appartient au commentateur de comprendre les raisons de ces omissions. Le corollaire de cette méthode est de faire le plus grand crédit possible aux textes étudiés en supposant qu'ils sont les plus

cohérents possibles. Dans la suite, on cherchera donc à comprendre cette cohérence entre représentations du droit et économie.

De plus, l'objet de cette recherche est d'expliquer de manière systématique comment les auteurs articulent droit et économie. Or ce lien n'est pas toujours fait de manière explicite. Les clefs de lecture proprement interdisciplinaires – à savoir les types d'articulation entre théorie du droit et théorie économique – peuvent parfois être faiblement théorisées ou même complètement absentes<sup>4</sup>. L'un des apports de cette recherche est précisément de tenter de reconstruire ces articulation afin qu'elles puissent être des points d'appui à la fois d'une meilleure compréhension de la logique interne de ces travaux, d'une meilleure critique de leurs atouts et de leurs faiblesses et d'une meilleure évaluation de leurs implications théoriques et, dans un second temps, empiriques.

Troisièmement, il nous a semblé utile et pertinent d'effectuer alors, sur le fondement de ces analyses courant par courant, une typologie générale qui permette de comprendre comment – au-delà des apparences parfois trompeuses – ces traditions dialoguent ou s'opposent entre elles. Plus précisément, le travail de typologie est à la fois un travail de mise en forme et de description raisonnée du pluralisme contemporain mais aussi un outil de critique et de réflexivité sur les pratiques et les présupposés des recherches menées en économie du droit.

## **Sous-section 2. Présentation du corpus étudié**

Sur ces fondements, nous avons donc distingué quatre corpus principaux : la théorie autrichienne, représentée par Hayek ; l'école de Chicago représentée par Posner ; l'économie du droit comportementale, représentée par Sunstein et la théorie des contrats, représentée par Tirole et Hart<sup>5</sup>. Nous présentons succinctement ces quatre traditions avant d'aborder dans la sous-section suivantes les difficultés à faire dialoguer des corpus que tout semble, au premier abord, opposer.

### 1. La tradition autrichienne : Hayek

L'école autrichienne, d'abord, est sûrement l'une des traditions en économie à s'intéresser aux questions juridiques de la manière la plus ancienne et la plus continue. Cette tradition,

---

<sup>4</sup> Elles sont faiblement théorisées chez Sunstein et complètement absentes chez Tirole par exemple, voir *infra*.

<sup>5</sup> Il s'agit de l'économiste Oliver Hart et non du juriste Herbert Hart.



fondée initialement par Menger à la fin du XIXe s, puis reprise et développée par Ludwig von Mises, Joseph A. Schumpeter et, plus récemment, par Friedrich A. Hayek, a toujours considéré que les phénomènes économiques avaient partie liée aux phénomènes juridiques. Après-guerre, l'évolution de la tradition autrichienne est congruente aux évolutions de la pensée hayékienne. Ainsi, à partir des années 1940, Hayek explore la nature ontologique et les conditions d'efficacité d'un ordre spontané – marchands – pour gérer l'incertitude et l'information imparfaite (Hayek, 1942, 1945). Suivront des ouvrages importants sur l'ordre politique nécessaire au bon développement de l'ordre spontané (Hayek, 1960) puis, évidemment, la somme *Droit, Législation et Liberté* publiée entre 1973 et 1979 qui propose un exposé systématique de la pensée hayékienne à la fois d'un point de vue politique, économique et juridique.

Au plan politique, la tradition autrichienne est l'héritière et la dépositaire du libéralisme classique, celui de Hume, de Smith ou de Tocqueville. A ce titre, elle est parfois qualifiée par ses contempteurs « d'ultra-libérale ». Et effectivement, elle témoigne d'une fidélité extrême à la doctrine libérale. Dans ce cadre, la puissance d'État risque à tout moment de se retourner contre les membres de la cité politique. Dès lors, le droit a la lourde charge de limiter le plus possible cette puissance en défendant les droits et les libertés formels des individus tel que le droit de propriété, le respect des contrats ou encore la liberté d'entreprendre. Partisane du constitutionnalisme, et opposée à la démocratie, la tradition autrichienne défend donc une posture politique où le droit ne se confond pas avec l'État.

Au plan juridique, le droit est conçu comme « plus ancien » que le droit positif posé par les représentants politiques. Pour simplifier quelque peu, on peut y lire, implicitement, une doctrine du droit naturel opposé au positivisme juridique kelsénien alors dominant (Hayek, 1976). Critiquant la doctrine positiviste qui veut que le droit n'existe - n'est valide - que s'il est posé par un acte de volonté, Hayek au contraire utilise le concept d'ordre spontané comme un outil de critique du droit positif au nom d'un droit plus fondamental, sélectionné par la tradition et l'évolution.

Cette importance donnée aux règles sélectionnées par la tradition et l'évolution trouve son explication dans les présupposés théoriques de Hayek. En effet, le problème essentiel des sociétés politiques et économiques est, selon Hayek, de gérer une information toujours rare, dispersée et décentralisée. Les individus agissent dans un univers informationnel essentiellement opaque et c'est pour cela qu'ils ont besoin de règles (juridiques, sociales, techniques, langagières) pour s'orienter de manière efficace. Le droit est conçu à

l'intersection entre l'action économique en incertitude, les croyances individuelles et la nécessité de règles de conduite.

Ces développements permettent de comprendre les positions proprement épistémologiques de Hayek et notamment son anti-constructivisme et son subjectivisme. Opposé à toute mathématisation des sciences sociales, Hayek a toujours montré une opposition à toute vision constructiviste du social et du droit. C'est là l'origine de son opposition au positivisme juridique tout comme à la microéconomie standard (Ferey, 2008 ; Ferey, 2009).

## 2. L'École de Chicago : Posner

Développée à partir des années 1960 au sein du département d'économie de l'université de Chicago, l'école de Chicago est l'un des courants en analyse économique du droit les plus connus et les plus importants. Traditionnellement, 1960 marque la date de naissance de l'analyse économique du droit à Chicago avec la parution, au sein du *Journal of Law and Economics*, de l'article de Coase sur le coût social (Ferey, 2009). Dans cet article fondateur, Coase montre que, en présence de coût de transaction, les règles de droit jouent un rôle fondamental dans l'allocation des ressources. Dès lors, il offre aux économistes le concept manquant – les coûts de transaction – pour que ceux-ci appliquent leurs outils aux objets juridiques.

Mais la résonance de cet article tient autant à son contenu qu'à un contexte extrêmement favorable aux réflexions sur le rôle des règles de droit et des institutions en économie : soit d'un point de vue appliqué comme l'économie du droit de la concurrence développée par Aron Director ou la régulation par George Stigler ; soit d'un point de vue plus exploratoire comme l'analyse économique de comportements juridiques tel que le crime chez Becker ou les droits de propriété chez Demsetz.

L'ensemble de ces recherches, d'abord dispersé pendant les années 1960, se trouve alors synthétisé par Richard A. Posner<sup>6</sup> dans *Economic Analysis of Law* au début des années 1970. C'est sur le fondement de la méthode proposée par Posner que s'organise largement le champ de l'économie du droit jusqu'au milieu des années 1980 et au-delà<sup>7</sup>. On comprend que la place de l'école de Chicago, et particulièrement des idées posnériennes, ait été si importante

---

<sup>6</sup> Posner utilise notamment les travaux de Calabresi pour la définition de l'efficacité du droit.

<sup>7</sup> Pour être précis, le milieu des années 1980 marque la fin de l'hégémonie de l'école de Chicago en économie du droit pour laisser la place, justement, à un plus grand pluralisme.

puisque c'est autour de ses outils et de ses méthodes que s'est d'abord développée l'économie du droit contemporaine.

Au plan politique, l'école de Chicago est, elle aussi, largement libérale. Mais elle l'est sur d'autres fondements que l'école autrichienne. En effet, Becker ou Posner sont fortement influencés par l'utilitarisme, moins peut-être d'ailleurs celui de Jeremy Bentham que celui de John Stuart Mill. Ce libéralisme politique se fonde largement sur l'utilisation de la théorie de prix aux objets juridiques. Ainsi, le droit est avant tout conçu théoriquement comme un ensemble de contraintes traduisibles par des prix explicites – une amende par exemple – ou implicites liés au coût d'opportunité des sanctions juridiques, pénales ou civiles.

Au plan juridique, l'originalité de l'école de Chicago est sans conteste qu'elle s'enracine, comme on le verra, dans la tradition jurisprudentielle américaine pétrie de réalisme. Ainsi, Posner n'a jamais caché son admiration pour le juge Holmes dont il a d'ailleurs édité les textes les plus importants. Sans anticiper sur ce qui va suivre, le réalisme juridique structure l'économie du droit à la mode Chicago sous plusieurs aspects. Le plus évident est le fait que le droit est conçu explicitement comme un instrument au service de certains objectifs déterminés par la sphère juridique. Il y a donc derrière le phénomène juridique une ingénierie sociale permettant d'orienter les conduites. On voit poindre ici une cohérence forte entre l'usage de la théorie économique pour prédire les comportements des acteurs, et notamment des justiciables, et une représentation essentiellement instrumentale du droit.

Au plan épistémologique, enfin, l'école de Chicago a très tôt revendiqué un instrumentalisme dans l'utilisation de l'hypothèse de rationalité. Supposer que les agents agissent rationnellement – maximisation de leur utilité – lorsqu'ils ont affaire au droit tout comme ils agissent rationnellement lorsqu'ils font des échanges ou produisent a été, il faut le reconnaître, la marque de fabrique de l'école de Chicago en économie du droit. Simplement, contre ceux qui critiquent la pertinence de l'hypothèse de rationalité pour des domaines de la vie sociale qui ne concernent pas directement les activités économiques, l'école de Chicago a, depuis Friedman, une conception instrumentale de cette hypothèse. D'une part, il ne s'agit pas de prétendre que les agents sont effectivement rationnels mais que l'on peut étudier leur comportement *comme s'ils* l'étaient. C'est la fameuse posture de Friedman concernant l'irréalisme des hypothèses. Une hypothèse n'a pas besoin d'être vérifiée pour être pertinente dans le travail scientifique, seul compte qu'elle permette de produire des résultats. En fait, on peut interpréter de différentes façons cette épistémologie : soit que l'on considère que seul compte les prédictions effectuées sur le fondement de la théorie, soit que l'on considère la

position de Friedman comme un conventionnalisme à savoir qu'il est toujours nécessaire de protéger les hypothèses d'un modèle théorique de toute falsification empirique et qu'il faut réserver les tests empiriques aux énoncés tirés de l'utilisation de ces hypothèses. Peu importe ici le sens précis à donner à l'instrumentalisme friedmanien, il nous suffit pour le moment de noter que l'économie du droit dans sa version Chicago partage complètement cet usage de l'hypothèse de rationalité. On doit noter que, notamment sous l'influence d'autres économistes de Chicago, la théorie de la rationalité utilisée s'est enrichie de la prise en compte des anticipations que pouvaient rationnellement construire les acteurs à propos des événements futurs.

### 3. L'Économie du droit comportementale : Sunstein

La synthèse posnérienne n'a cependant, à l'échelle d'une discipline comme l'économie du droit, duré qu'un temps. Dès le milieu des années 1980, de plus en plus de voix discordantes se font entendre pour explorer de nouvelles voies de recherche. L'économie comportementale appliquée au droit constitue l'une de ces dissidences, suffisamment forte pour que Posner lui-même commence à la discuter à partir de la fin des années 1980 (Posner, 1989). L'économie du droit comportementale présente cependant beaucoup moins d'homogénéité que les deux écoles précédentes et ce pour plusieurs raisons : d'abord, car elle ne peut s'appuyer sur l'histoire longue d'une tradition ou d'une communauté de pensée<sup>8</sup>, ensuite car plutôt que d'homogénéiser les pratiques théoriques autour d'un cœur épistémologique et analytique commun, relativement rigide et bien identifié, elle cherche au contraire à produire des anomalies empiriques, à proposer des énigmes.

Son point de départ est d'abord une interrogation sur la notion de rationalité. En effet, le point commun, s'il en est un, que partage les travaux de ce courant est l'insatisfaction devant la théorie de la rationalité parfaite utilisée en économie dans sa capacité non seulement à décrire correctement les processus de décision des acteurs mais également à prédire leur comportement. Reprenant les intuitions de Simon sur la rationalité limitée, l'économie comportementale développe l'idée que le calcul rationnel ne représente qu'une partie du

---

<sup>8</sup> S'il fallait donner une date de naissance de l'économie comportementale, ce serait sûrement 1953. C'est à cette époque que Allais soumet à certains des plus grands théoriciens de la décision de son époque – et notamment Savage – une expérience. Il propose à chacun d'eux une série de loterie et leur demande de les classer en fonction de leurs préférences. Or, les résultats sont pour le moins surprenants puisque de nombreux théoriciens font des choix qui violent la transitivité de leurs préférences. Ce n'est qu'au milieu des années 1970 puis 1980, avec la publication de l'ouvrage de Kahneman et Tversky *Judgment and Bias under Uncertainty*, que l'économie comportementale prend réellement son essor. Le droit a été assez tôt un domaine d'application de la nouvelle théorie.

processus de décision. On ne peut correctement décrire ce processus ou prédire son résultat en termes d'action si l'on s'en tient à penser que tout est calculatoire et rationnel. Ainsi, d'autres facteurs peuvent venir influencer le comportement : des normes sociales, des normes de justice – comme la réciprocité par exemple –, des procédures de jugement et d'évaluation, des heuristiques. On comprend que le droit ait été rapidement intégré comme un objet particulièrement pertinent pour appliquer ces nouvelles idées car le rapport à la norme met en jeu aussi des éléments non rationnels, émotionnels, de légitimité ou encore de « normalité ».

Au-delà de ce point commun, ce faisceau de recherche regroupe, du fait même de sa fécondité, des contributions de statuts et de portées divers. Certains travaux sont explicitement théoriques et tentent de modéliser les processus à l'œuvre dans les décisions des acteurs ; d'autres sont plus expérimentaux et tentent de mettre en évidence des effets de rationalité limitée. Certaines de ces expériences se font « en laboratoire » à savoir sous des protocoles contrôlés et avec des joueurs rémunérés selon un scénario prévu à l'avance ; d'autres sont des « *field experiments* » et , enfin, on trouve également d'autres stratégies empiriques comme des études de cas, choisis pour leur caractère particulièrement illustratif de certains aspects de la théorie. L'enjeu théorique et empirique est de mettre en évidence les effets pervers qui naissent de ces processus mentaux de décisions telles que les cascades informationnelles, la procrastination, les biais systématique dans l'évaluation des probabilités d'occurrence d'événement futurs *etc.*

Cette nouvelle manière d'envisager l'hypothèse de rationalité – à la frontière de l'économie théorique, de l'expérimentation et de la psychologie – s'appuie évidemment sur une épistémologie radicalement différente de l'instrumentalisme friedmanien. On pourrait qualifier cette posture épistémologique de réaliste en ce sens que l'hypothèse de rationalité n'est pas considérée comme un outil théorique infalsifiable servant à construire des résultats et à prédire des comportements mais plutôt comme un phénomène réel, historiquement et socialement situé, qu'il convient d'analyser. Il faut donc se demander comment agissent réellement les acteurs en présence de normes de droit. La difficulté est à la mesure de l'intérêt de la nouvelle approche : l'économie comportementale renouvelle ce que les économistes disent de la manière dont les agents réagissent aux normes mais, en même temps, elle est amenée à développer de multiples modèles dont on ne voit pas toujours la cohérence entre eux et qui risquent potentiellement l'éclatement.

Il faut savoir gré à Sunstein d'avoir au début des années 2000 proposer une synthèse de ces différents travaux (Sunstein, 2000). Sunstein s'est notamment efforcé – sans toujours y

parvenir d'ailleurs<sup>9</sup> – de présenter de manière cohérente et relativement unifiée les pistes de recherche les plus saillantes en économie du droit comportementale. C'est l'une des raisons pour laquelle, nous avons choisi Sunstein comme le plus pur représentant de l'économie du droit comportementale. Cependant, il y a une autre raison qui tient au fait que, parallèlement à son intérêt jamais démenti pour ce champ de recherche, Sunstein a également une œuvre reconnue de juriste, et notamment de constitutionnaliste et, à ce titre, présente l'immense avantage de tenir à la fois le versant économique et le versant juridique. Il faut bien reconnaître que les candidats étaient rares au sein de ce courant de recherche pour jouer un tel rôle. Nous assimilerons donc dorénavant l'économie du droit comportementale à la perspective défendue par Sunstein et ceux qui s'y reconnaissent.

Au plan politique, les conséquences de la théorie semblent assez claires. En reconnaissant que les agents n'agissent pas toujours rationnellement – entendu en tous cas dans son sens traditionnel –, qu'ils peuvent se tromper de manière systématique car ils subissent des biais liés à l'usage d'autres procédures mentales et cognitives que le calcul, Sunstein ouvre la porte à une intervention substantielle efficace de la puissance publique et du droit en particulier. Défendues récemment sous la bannière du paternalisme libéral (Sunstein et Thaler, 2008), ces idées politiques, sensiblement plus progressistes que dans les courants précédents, sont présentes très tôt dans l'œuvre de Sunstein. En effet, le droit peut jouer un rôle important dans le *debiassing* des individus, dans la lutte contre les cascades informationnelles à l'œuvre dans les domaines de la régulation ou du droit pénal par exemple.

Ces recommandations politiques débouchent sur une interrogation concernant les capacités du droit – et du système juridique – à jouer correctement son rôle. En effet, les juges eux-mêmes peuvent être sujets également à des biais cognitifs. Bref, la représentation du droit se fait plus empirique et est centrée sur le personnage central de l'ordre normatif, le juge.

#### 4. L'Économie des contrats incomplets : Tirole et Hart

Terminons cette rapide présentation des courants étudiés par la théorie des contrats et plus précisément la théorie des contrats incomplets. C'est sûrement concernant ce courant que le travail de délimitation est le plus difficile. Certes, on trouve *en économie* un courant bien

---

<sup>9</sup> Ainsi, Sunstein présente comme l'un des enjeux des recherches à venir la construction d'une théorie comportementale unifiée, preuve s'il en est, que l'économie comportementale ne dispose que de bribes de théorie de l'action, chacune intéressante, mais qui ne sont pas encore organisée sur un socle commun. La synthèse apparaît alors comme une somme d'effets cognitifs et de biais bien plutôt que comme une théorie unifiée, et ce en dépit de l'usage des travaux de Kahneman et Tversky.

identifié autour de Hart et de Tirole notamment concernant la théorie des contrats et des incitations. Cependant, ce courant ne discute le droit que de manière indirecte et en ayant souvent une représentation assez caricaturale ou en tout cas assez sommaire et ce, même si elle place la notion de contrat, notion juridique par excellence, au cœur de son analyse des phénomènes économiques. Cette place ambiguë du droit tient largement à la manière dont la théorie des contrats s'est développée. Contrairement aux autres courants, elle est d'abord née d'une insatisfaction de certains économistes par rapport aux hypothèses informationnelles utilisée en microéconomie standard. Construite par des économistes, pour des économistes, elle ne « découvre » le droit que relativement tardivement en suivant sa logique interne de développement. Comme on le verra, on peut montrer que le droit – et notamment le juge – joue un rôle non négligeable dans cette approche mais de manière implicite.

Théoriquement, ce qui distingue la théorie des contrats en général est évidemment l'insistance avec laquelle elle insiste sur l'information. Plus précisément, ces auteurs considèrent que l'information est asymétrique entre les acteurs – parties, juge. Tous les agents ne savent pas la même chose et surtout, certains peuvent être en asymétrie d'information par rapport à d'autres en ce sens qu'ils ne disposent pas d'une ou de plusieurs informations pertinentes. Ce faisant, les relations interindividuelles comme les relations de marché traditionnelles en sont profondément affectées car aucun des résultats standard d'efficacité de l'échange marchands ne tient plus en présence d'asymétrie d'information. Au contraire, certains échanges inefficaces ont lieu et à l'inverse, d'autres échanges efficaces n'ont pas lieu. Développée à partir du début des années 1970 par Akerlof, Stiglitz puis repris par Laffont et Tirole, pour ne citer que les chercheurs les plus connus, la théorie des asymétries d'information – également appelée théorie des incitations ou théorie de l'agence – s'est alors penchée sur les mécanismes institutionnels les plus aptes à résoudre ces inefficacités. Une des solutions est de concevoir les *contrats* entre acteurs comme des mécanismes propres à lutter contre ces inefficacités en prévoyant des incitations adéquates qui conduisent les agents détenant les informations pertinentes à les livrer au principal ou tout du moins à ne pas en faire un usage trop inefficace.

Cependant, on peut distinguer au sein de la théorie des contrats la théorie des contrats complets plutôt développés par Tirole et la théorie des contrats incomplets développée par Hart ou Moore. Dans ce qui suit, on se penchera principalement sur la théorie des contrats incomplets mais on utilisera largement les travaux de Tirole dans la mesure où il en a été l'un des commentateurs les plus influents. On voit bien qu'au plan théorique, la théorie des

contrats fait un pas vers le droit en ce sens que le contrat, ses caractéristiques, son efficacité devient l'objet principal d'analyse. Certes, le sens du mot contrat en économie n'a pas le sens du droit civil et est beaucoup plus large, mais du moins la théorie des contrats jette un premier pont vers des considérations juridiques.

Cette théorie des contrats, du fait même de ses hypothèses et de ses postulats, est donc politiquement moins libérale que l'école de Chicago dans la mesure où ses défenseurs sont parfaitement conscients des imperfections du marché qui naissent des asymétries d'information. Cela étant, ils considèrent que l'intervention publique n'est pas exempte, elle aussi, d'imperfection et pour les mêmes raisons, à savoir que l'information est imparfaite et asymétrique aussi pour la puissance publique. La politique économique doit donc naviguer entre ces deux écueils, imperfection du marché/imperfection de l'État, et la solution doit être trouvée dans des mécanismes contractuels adéquats, des structures d'incitations à tous les niveaux de l'intervention publique. Si l'on voulait considérer cette théorie d'un point de vue franco-français, on pourrait dire qu'elle actualise un libéralisme d'ingénieurs, non pas spontané comme chez Hayek, mais au contraire éminemment construit.

Enfin, ces positions théoriques et politiques ne s'appuient pas sur une épistémologie revendiquées comme chez Hayek, Posner ou Sunstein. Disons que leur méthode est plus proche de l'instrumentalisme friedmanien que du réalisme de l'économie comportementale, encore que l'on pourrait discuter très largement cette caractérisation au vu des récents travaux de Tirole. Un point cependant semble clair, les travaux de ces auteurs ne cherchent pas à faire coller le concept de contrat aux contrats réels existants que l'on trouve en droit si ce n'est de manière lâche à la façon du comme si friedmanien.

D'abord développée sur l'économie des litiges juridiques, cette littérature s'est cependant diversifiée et aborde désormais un nombre important de régimes juridiques. La principale difficulté pour cerner la méthode de ce courant et ses représentations économiques et juridiques est son caractère éclaté. Aucun auteur ne ressort comme réellement structurant. A cette difficulté s'en rajoute une seconde qui est que peu des chercheurs travaillant dans ce champ s'intéressent explicitement aux questions de théorie du droit. C'est pourquoi, nous n'avons pas choisi de traiter d'un auteur en particulier mais plutôt de nous centrer sur la manière dont les théoriciens des contrats, notamment dans leur controverse entre contrats complets et contrats incomplets, envisagent le rôle du juge et du droit.



## SECTION 2. L'ECONOMIE DU DROIT ENTRE REVOLUTION HERMENEUTIQUE ET REVOLUTION COGNITIVE

Après avoir justifié les frontières de chacun de ces courants, on peut s'interroger alors sur la manière dont chacun d'eux articule théorie du droit et théorie économique. La rapide présentation précédente avait pour but essentiel de montrer la grande disparité des approches en économie du droit, leur opposition parfois forte sur des points cruciaux et le spectre des pistes d'analyse pour analyser le droit. En reprenant nos quatre catégories, on pourrait les opposer alternativement sur le plan théorique, épistémologique, juridique ou politique. Mais un tel travail serait relativement stérile en ce sens qu'il serait essentiellement descriptif et apporterait peu d'éléments pour comprendre les enjeux des positions en présence. Les difficultés sont, certes, considérables pour qui veut comparer ces théories dans la mesure où elles apparaissent comme incommensurables les unes avec les autres ; pourtant, on ne saurait se résigner à voir dans le pluralisme actuel qu'une juxtaposition de théories en compétition les unes avec les autres. C'est, nous semble-t-il, parce que les commentateurs n'ont pas assez porté leur attention sur le caractère proprement interdisciplinaire de ces théories et à leur cohérence entre leur représentation économique et juridique, qu'ils s'en tiennent le plus souvent à cette constatation (Medema et Mercurio, 1997).

### **Sous-section 1. Une typologie à double entrée : information et interprétation**

L'objectif de cette recherche est précisément de tenter de construire une telle grille de lecture du pluralisme contemporain. Il nous semble que l'on peut lire la naissance et le développement de l'économie du droit contemporaine comme le fruit d'une double révolution intellectuelle, historiquement datée et située : la révolution cognitive en économie et la révolution herméneutique en droit. Notre but est de montrer que ces deux ordres de considérations sont amenés à dialoguer entre eux en les étudiant d'un point de vue historique, théorique et méthodologique. Tout l'enjeu de notre recherche est de montrer que, loin d'être le fruit du hasard, le positionnement des différents courants en *Law and Economics* obéit à une logique profonde : les hypothèses faites sur l'information et leur traitement en économie (signal, information parfaite ou non, capacités cognitives des agents, anticipations) trouvent leur contrepartie dans une certaine représentation de l'interprétation juridique. On dispose alors d'une grille de lecture extrêmement féconde puisqu'elle permet de décrire, d'un point de

vue critique, les positions qui s'affrontent dans le champ de l'économie du droit et également de servir de clef pour préciser les apports et les limites de chaque corpus en économie et en droit<sup>10</sup>.

Les critères de notre typologie sont doubles. Le premier de ces critères de classification est de s'intéresser aux représentations des courants d'économie du droit du point de vue du droit, et plus précisément bien entendu, du point de vue de l'interprétation juridique. Conformément à la révolution réaliste, les théories de l'interprétation juridique peuvent, selon nous, être classées sur un axe connaissance/volonté. En effet, tous les auteurs en économie du droit reconnaissent que l'interprétation n'est jamais évidente et qu'elles présentent toujours un aspect de décision. Mais, ils n'insistent pas tous avec la même force sur les contraintes qui pèsent sur la volonté de l'interprète. Ainsi, sur l'axe 1, l'interprétation comme connaissance/l'interprétation comme volonté, on retrouve différentes positions qui vont de l'interprétation conçue comme un pur acte de connaissance à l'interprétation conçue comme un acte de pure volonté.

Le second des critères de classement est économique et porte sur les capacités de traitement de l'information des individus. Plus précisément, on peut là encore distinguer en économie du droit les courants qui mettent l'accent sur l'information parfaite des agents et sur leurs capacités illimitées à traiter l'information disponible au mieux de leurs intérêts : l'école de Chicago adopte par exemple une telle représentation. Mais parallèlement, on trouve également des courants qui remettent en cause plus ou moins partiellement cette hypothèse. Ainsi, au sein du courant des asymétries d'information, les agents ne disposent pas de toute l'information sociale pertinente pour prendre leur décision. De même, en économie du droit comportementale, la rationalité individuelle est conçue comme une rationalité limitée : les informations pertinentes ne sont pas toutes disponibles et, surtout, leur traitement par l'agent peut procéder non pas simplement par une délibération rationnelle mais également par d'autres procédés cognitifs (Kahneman et Tversky, 1982 ; Kahneman et Frederick, 2002 ; Sunstein, 2000). Ceci constituera notre second axe de classement.

---

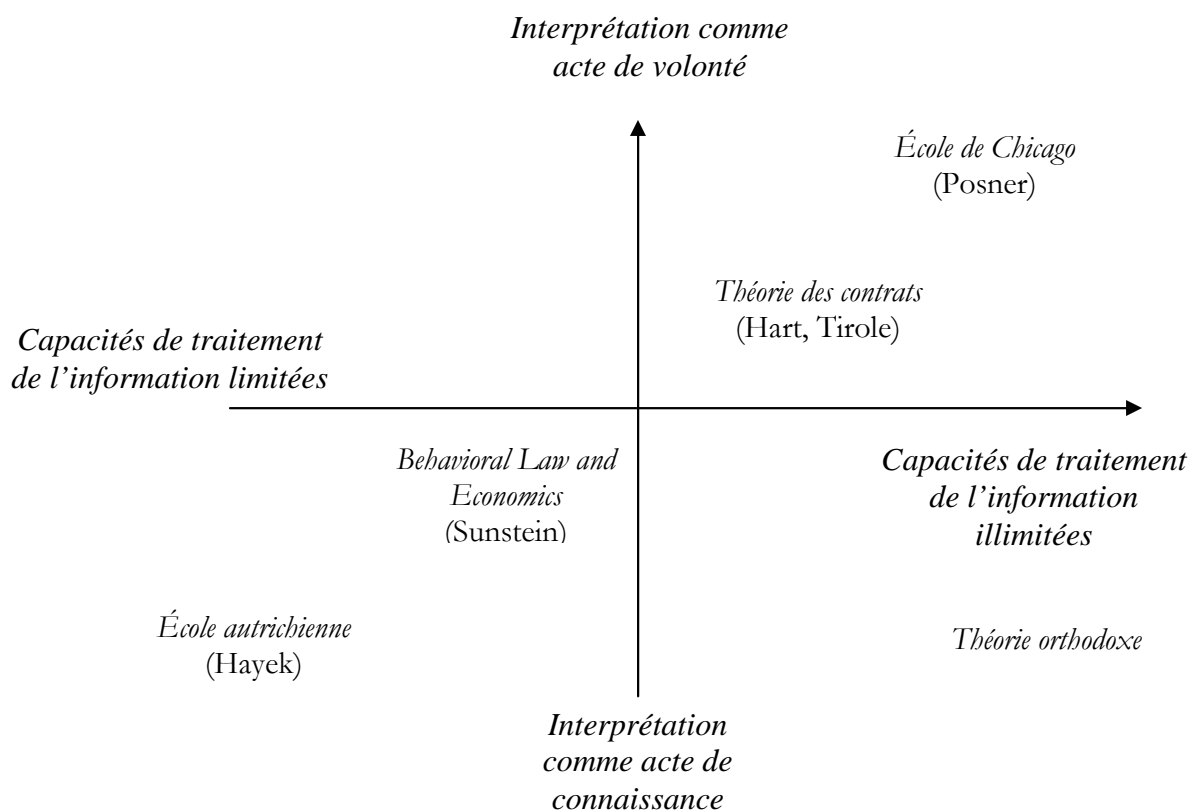
<sup>10</sup> Une telle recherche est d'autant plus impérieuse que la théorie du droit elle-même cherche à prendre appui sur le modèle de l'*homo oeconomicus* pour construire un modèle possible à introduire dans une théorie des contraintes juridiques (voir sur ce point, Troper *et alii.*, 2005, et le commentaire de Jon Elster).

## **Sous-section 2. Règles de droit et capacités informationnelles**

Notre hypothèse est que les choix analytiques et méthodologiques sur ces deux points interprétation/information ne sont pas le fruit du hasard mais sont deux entrées d'une même question, celle de la capacité informationnelle des règles de droit et des processus par lesquels elles dessinent un cadre informationnel dans lequel agissent les individus. Ce qui est en jeu, c'est la capacité des agents à extraire des informations déterminées sur le fondement des règles juridiques quant à leur droits, leurs obligations, leurs capacités d'agir, les décisions des autres *etc.* Or, cette information dépend bien évidemment de la manière dont les agents peuvent anticiper les décisions des juges, donc de leur manière d'interpréter les règles de droit.

Le cœur de notre typologie porte donc sur la **capacité informationnelle** des règles qu'elles soient considérées du point de vue de l'économiste ou du juriste. Dit autrement, on doit s'attendre à ce qu'il existe un lien entre la représentation que l'on se fait de l'information en économie et celle de l'interprétation en droit. C'est cette hypothèse que nous avons fait fonctionner sur les différents corpus choisis. Avant de préciser pour chaque courant comment s'articulent droit et économie autour de ce couple information/interprétation, nous présentons tout d'abord la carte générale du pluralisme contemporain en économie du droit.

On peut dessiner une typologie de ce pluralisme de la manière suivante :



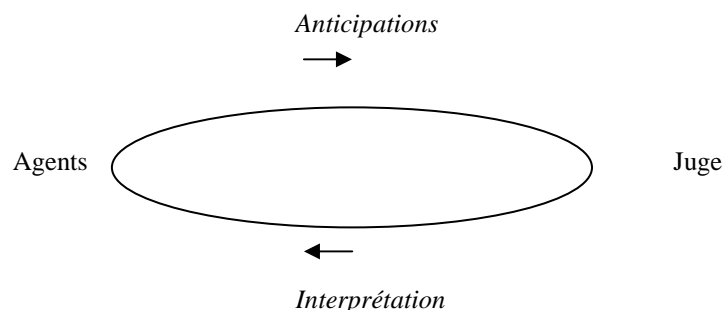
**Diagramme 1.** Le pluralisme contemporain en *Law and Economics* selon les deux axes de l'information (économie) et de l'interprétation (droit).

Cette typologie appelle quelques commentaires généraux sur le positionnement des différents courants avant de préciser, dans la suite du texte, des résultats plus spécifiques. D'une part, il est clair que la théorie orthodoxe en économie, comme celle de l'équilibre général par exemple, se situe au sud-est. Elle considère que l'interprétation juridique ne pose pas de problème, le droit n'étant pas en tant que tel un objet étudié par l'économie. Par ailleurs, elle utilise une théorie de la rationalité où les agents disposent de toutes les informations et où ceux-ci ont une capacité illimitée de traitement de cette information. En revanche, on s'aperçoit que les courants en économie du droit sont orthogonaux à la théorie orthodoxe et placés selon un axe sud-ouest/nord-est. Tout se passe comme si, dès lors que l'on considère que l'interprétation est un acte de volonté, les auteurs sont amenés à renforcer les

capacités informationnelles des agents. Comme on le verra, ceci est attendu car ce qui est en jeu est le fait que l'interprétation juridique est avant tout une *décision* des autorités publiques, en théorie parfaitement libre.

Cette typologie révèle alors comment s'articulent les rapports entre comportements économiques des agents d'une part et comportements interprétatifs des juges d'autre part. Ceci est le cas car, pour l'économie du droit, le comportement des acteurs économiques, les justiciables, dépend de ce qu'ils anticipent sur le comportement du juge tout comme le comportement du juge dépend de ce qu'il anticipe du comportement probable des acteurs.

On est donc face, en économie du droit, à une figure bien connue de l'économie : une boucle rétroaction. De la même manière que, pour la théorie microéconomique standard d'analyse du marché, les agents contribuent à faire émerger le prix d'équilibre sur le marché et que le marché détermine ces comportements, il nous semble que l'on a une figure symétrique en économie du droit. C'est le cas car le bouclage traditionnel des modèles économiques, à savoir le marché, est absent. Au contraire, les relations entre acteurs se font par le biais de dispositifs institutionnels non-marchands, juridiques. Pour autant, l'exigence de bouclage des modèles restent intacte autour de ce que nous proposons d'appeler, à titre liminaire, un équilibre interprétatif. En effet, chacune des théories fournit les conditions sous lesquelles cette co-détermination du droit par les acteurs et par les autorités habilitées à interpréter les normes s'effectue. Nous proposons de qualifier ces boucles de rétroaction sous le terme d'équilibre interprétatif. Le sens final d'une norme sera alors le résultat de cette co-détermination. Comme on le verra, selon les théories, ce sont des modalités alternatives de rétroaction qui sont mises en avant.



### *SECTION 3. PLAN DU RAPPORT*

Dans un premier temps, nous aimerions rappeler quelques éléments généraux concernant notre point de départ, à savoir la construction des axes de notre typologie. Cette partie a pour but de justifier où se situent les critères de départ entre les théories économiques du droit. D'une part, en nous appuyant sur les recherches contemporaines en théorie du droit, on montre que la ligne de fracture concernant l'interprétation porte bien sur la question de savoir si l'interprétation est un acte de volonté ou de connaissance. D'autre part, on montre également pourquoi, du côté des économistes, la ligne de fracture passe par la notion de capacité de traitement de l'information. Ceci permet, enfin de montrer en quoi on doit s'attendre à ce que l'économie du droit se développe au croisement de ces deux ordres de préoccupations analytiques (**Partie I. Révolution herméneutique et révolution cognitive**).

Une fois justifiés de la sorte nos deux axes de classement, nous pouvons alors construire notre typologie. Dans un deuxième temps, on présente alors deux cas polaires d'articulation entre interprétation et information. Ces deux cas polaires sont ceux de la théorie hayékienne d'une part et de la théorie posnérienne d'autre part. Chacune d'elle fait des choix strictement opposées concernant les deux axes de notre problématique. En effet, la théorie hayékienne de l'ordre spontané conçoit l'interprétation comme un acte de connaissance dans un univers informationnel largement opaque tandis que la théorie posnérienne, elle, envisage l'interprétation comme un acte de volonté dans un environnement informationnel où les agents possèdent, eux, des capacités illimitées de traitement de l'information. On cherchera à reconstruire leur cohérence interne (**Partie II. Deux cas polaires : la théorie autrichienne et l'école de Chicago**).

Dans un troisième temps, on complètera notre typologie par l'analyse de deux cas intermédiaires à savoir l'économie du droit comportementale et la théorie des contrats. Plus subtiles que les deux précédentes, ces deux écoles peuvent cependant ressortir de notre analyse de manière assez claire. Mais, elles ne fournissent pas nécessairement des équilibres interprétatifs uniques mais au contraire multiples (**Partie III. Deux cas intermédiaires : économie du droit comportementale et théorie des contrats**).

**PREMIERE PARTIE. REVOLUTION  
HERMENEUTIQUE ET REVOLUTION  
COGNITIVE**

## INTRODUCTION

Dans un premier temps, il s'agit de préciser les tenants et les aboutissants de ces deux mouvements de fond des sciences économiques et juridiques que sont, d'une part, la révolution cognitive en économie et, d'autre part, la révolution herméneutique en théorie du droit. L'histoire récente des deux disciplines montre que ces deux mouvements sont largement contemporains même s'ils obéissent à des déterminants différents et indépendants les uns des autres (Deffains et Ferey, 2007).

Nous entendons caractériser, à l'aide de ces deux expressions, deux types d'évolutions qui nous semblent déterminantes à l'intérieur de ces disciplines que sont la théorie économique et la théorie du droit. Plusieurs remarques liminaires doivent cependant être faites afin de préciser le statut des développements qui vont suivre.

D'abord, il ne faut pas abuser des termes de « tournant informationnel », de « révolution cognitive » ou de « révolution herméneutique » et l'unicité de ces termes ne doit pas évidemment cacher la complexité des réorganisations disciplinaires auxquelles elles se réfèrent. Cependant, l'usage de ces deux termes présentent l'avantage, selon nous, de décrire à grands traits, des évolutions extrêmement profondes des disciplines économiques et juridiques. C'est donc plutôt pour leur caractère heuristique que nous employons ces deux termes que pour leur portée analytique propre.

Ensuite, nous nous en tiendrons dans cette première partie à des interrogations purement disciplinaires. Autrement dit, il s'agira de caractériser ces deux révolutions à l'intérieur de chacune des disciplines. Nous laisserons la question de leur dialogue possible lors de l'étude de l'économie du droit dans les deuxième et troisième parties. Cette première partie a donc pour but de justifier les axes généraux de notre typologie et de montrer qu'ils ont un sens du point de vue *interne* de chacune des disciplines.

Enfin, nous ne traiterons que des aspects proprement méthodologiques et analytiques et nous ne développeront pas, sauf de manière incidente, les aspects empiriques ou appliqués. Conformément à notre projet de recherche, ce qui retient notre attention concerne les fondements des deux discours.



Ces précautions étant prises, décrire l'évolution, depuis un demi-siècle, de la théorie du droit comme travaillée de l'intérieur par les questions d'interprétation et l'évolution de la théorie économique comme travaillée de son côté par les questions d'information nous semble extrêmement fructueux<sup>11</sup>. Il s'agit donc ici de préciser les tenants et les aboutissants de ces mouvements de fond des sciences économiques et juridiques. L'histoire récente des deux disciplines montre que ces deux mouvements sont largement contemporains tout en étant travaillés par des déterminants propres.

En ce qui concerne l'économie, les années 1970 ont été marquées par la levée progressive, dans le paradigme standard, de l'hypothèse d'information parfaite et des capacités illimitées des agents à traiter l'information. Étudier les conséquences de l'introduction d'hypothèse d'information imparfaite, incomplète ou asymétrique tout comme lever l'hypothèse de rationalité illimitée pour aller vers des modélisation en rationalité limitée, a été la grande affaire des modèles contemporains illustrée par exemple par les modèles d'asymétrie d'information ou par les modèles d'économie comportementale (Stiglitz, 2002 ; Sunstein, 2000). Parallèlement, en théorie du droit, ce qui apparaissait comme un *perequisit* de toute analyse du phénomène juridique, à savoir que l'interprétation était un acte non problématique de connaissance, a lui aussi été interrogé. Petit à petit, la représentation traditionnelle de l'activité de juger comme une activité d'application de méthode objective et rationnelle est, elle aussi, entrée en crise : au point que l'interprétation juridique – sa nature comme ses modalités – est désormais la grande affaire de la théorie du droit (Frydman, 2005 ; Rosenfeld, 1998).

L'enjeu n'est pas simplement descriptif. La thèse que nous défendons est que chacune dans leur propre champ, économie et théorie du droit sont amenées à discuter des mêmes questions. Elles ne le font pas avec les mêmes outils ni avec les mêmes concepts ou le même langage mais les référents de ces termes sont en réalité largement commun. Ainsi, il s'agira dans cette première partie de comprendre les fondements de ces deux évolutions congruentes. Ce faisant, cela nous permet de justifier les deux grands axes de notre typologie (l'information d'une part et l'interprétation d'autre part).

---

<sup>11</sup> On ne peut qu'être frappé à cet égard par le fait que la théorie morale et la théorie de la justice ont subi une évolution du même type. Ainsi, avec Rawls notamment et sa stratégie du « voile d'ignorance », la théorie de la justice considère désormais les questions informationnelles comme centrales. Outre Rawls, on peut également citer le renouveau de l'utilitarisme qui s'interroge de plus en plus sur le rôle de l'information (voir par exemple Bernard Williams et son ouvrage sur la *Fortune Morale*) mais également Sen autour du concept de base informationnelle ou encore Elster et ses arguments de justice locale.

Dans un premier chapitre, nous partirons donc de la théorie économique pour montrer en quoi les diverses manières d'introduire l'imperfection de l'information en économie conduit la théorie économique à s'interroger sur la manière qu'ont les individus d'interpréter les règles et notamment les règles de droit (**Chapitre 1. Le tournant informationnel en théorie économique**). Puis, dans un second chapitre, nous faisons le chemin inverse et, partant de la théorie du droit et des renouvellements qui animent cette théorie concernant l'interprétation, on montrera comment ces débats sont amenés à prendre position sur ce que les économistes nomment information (**Chapitre 2. Le tournant herméneutique en théorie du droit**).

# **CHAPITRE 1. LE TOURNANT INFORMATIONNEL EN THEORIE ECONOMIQUE**

Pour de nombreux économistes, l'un des apports fondamentaux des développements contemporains en économie portent sur le traitement de contextes d'information imparfaite. Rejoignant, par un autre biais, les célèbres positions de Hayek lors du débat sur le calcul socialiste à savoir que le problème économique est avant tout un problème de gestion d'une information qui n'est pas toujours disponible, la théorie économique n'a eu de cesse de prendre à bras le corps l'analyse de ces phénomènes. Où que l'on porte désormais son regard en économie, pas un domaine ne semble échapper à cette lame de fond : nouvelle microéconomie autour du modèle d'asymétrie d'information, nouvelle macroéconomie, théorie des anticipations rationnelles, théorie des jeux en information imparfaite, théorie de la décision en incertitude, économie institutionnelle, économie comportementale, économie des coûts de transaction...

Et en effet, l'allocation efficace des ressources dans une société donnée dépend fortement de la capacité des acteurs de cette économie à utiliser à bon escient l'information dont ils disposent et à la gérer avec parcimonie. Dès lors, les mécanismes qui permettent de gérer cette information sont déterminants dans la possible mise en place de structures et de comportements efficaces. Or, évidemment, une information imparfaite se retrouve à tous les étages de la décision économique, qu'elle soit privée ou publique, qu'elle soit le fruit d'individus ou d'organisation ou encore qu'elle soit présente ou tournée vers le futur.

Dans une première section, on rappelle les grands jalons qui ont marqué cette révolution silencieuse en économie. Puis, on développera la manière dont, théoriquement, la théorie économique envisage l'introduction de contexte d'information imparfaite. Enfin, sur l'exemple des anticipations rationnelles, on développera notre thèse à savoir que, dès lors que l'information est supposée imparfaite, les économistes sont amenés à prendre position sur la manière dont les acteurs interprètent les règles de droit. Ce faisant, l'information en économie débouche sur la question de l'interprétation en droit.

## SECTION I. HISTOIRE. LES ETAPES DE LA REVOLUTION COGNITIVE

Si l'on devait donner une date précise de naissance, exercice toujours périlleux, du tournant informationnel qui a touché les sciences économiques, ce serait sûrement 1936, 1937 ou 1945<sup>12</sup>. Ce sont, en effet, les dates de publication, par Hayek, de deux articles fondamentaux qui mettent en évidence l'importance des environnements informationnels opaques ou incertains (Hayek, 1937, 1945). Dans ces articles, Hayek s'oppose à l'hypothèse traditionnellement utilisée en économie que l'information est parfaite. Pour lui, supposer l'information parfaite et des agents disposant de capacités illimitées de traitement de cette information conduit ni plus ni moins à résoudre le problème économique par hypothèse. Au contraire, l'essentiel du problème économique auquel sont confrontées les économies concerne les mécanismes institutionnels par lesquels l'information est agrégée et diffusée. Ainsi, chez Hayek le marché présente cet immense avantage qu'il est capable de synthétiser dans des signaux – les prix – de multiples informations sur la rareté des ressources. Le marché joue ici à la fois comme un immense calculateur et comme un langage que chacun est bien forcé d'écouter et de comprendre s'il veut agir au mieux de ses intérêts.

Mais on pourrait tout aussi bien choisir 1936 et la publication par Keynes de *La Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie* (Keynes, 1936). En effet, parmi les nombreuses innovations qu'introduit Keynes, il en est une qui porte sur l'information des acteurs. Ainsi, lorsque dans le chapitre 12 de la *Théorie générale*, Keynes présente ses idées sur la spéculation et « l'économie de casino » que constitue à ses yeux la bourse, il est l'un des premiers à introduire, dans la théorie économique, les notions d'incertitude, d'information imparfaite, de convention ou encore de mimétisme<sup>13</sup>.

Que les questions d'information aient été introduites par des auteurs critiques de la tradition microéconomique standard alors dominante ne doit pas surprendre. En effet, Hayek, comme Keynes, entend lutter contre la représentation microéconomique de son époque. Chacun d'eux met en évidence que les hypothèses faites sur l'information par la théorie orthodoxe sont trop fortes. Si l'on analyse ainsi le modèle d'équilibre général, qui s'impose après-guerre comme le modèle de référence en économie, on ne peut qu'être frappé par la

---

<sup>12</sup> Il y a évidemment un certain arbitraire à vouloir donner une date de naissance précise à un champ de recherche. Ces propositions d'acte de naissance du tournant informationnel en économie ont un sens disciplinaire même si, si l'on adoptait une perspective plus large d'histoire des idées, il faudrait mentionner ici la naissance, pendant la guerre, de la cybernétique, précurseur de la théorie des systèmes, qui se définit elle-même comme une science de *l'information* et du contrôle (Dupuy, 1999 ; Wiener *et alii.*, 1943).

<sup>13</sup> De nombreux commentateurs ne s'y sont d'ailleurs pas trompés et traitent souvent ensemble – en dépit de leurs oppositions évidentes – les œuvres de Hayek et de Keynes.

justesse de la critique. En effet, sous les hypothèses usuelles de l'équilibre général, les agents – producteurs et consommateurs – sont supposés pouvoir disposer à la fois de toute l'information pertinente (information parfaite) et de capacités illimitées de traitement de cette information (hypothèse de rationalité). Ainsi, l'agent de l'équilibre général connaît par exemple tous les prix possibles et toutes les qualités de tous les biens<sup>14</sup>.

Il faudra quelque temps pour que la théorie microéconomique standard s'approprie ces intuitions de Hayek et les réintègre dans sa méthodologie et ses hypothèses. Si l'on suit Stiglitz, c'est à un véritable changement de paradigme en économie auquel on assiste (Stiglitz, 2002, p. 460)<sup>15</sup>. A partir des années 1950, plusieurs pistes se développent. Une première est interne à la théorie standard et consiste à proposer une axiomatisation du comportement rationnel en incertitude. C'est le travail de Sargent, par exemple, publié en 1954. D'autres pistes, tout en restant orthodoxes, sont plus originales comme la théorie de la recherche d'information développée par Stigler. Dans ce cadre, l'acteur ne dispose pas de toutes les informations mais est toujours supposé rationnel. Stigler modélise alors l'action de rechercher une information comme une activité économique ayant un coût et un bénéfice attendu (Stigler, 1966). L'agent arrêtera sa prospection d'information dès lors que le bénéfice marginal attendu de l'information nouvelle sera égale au coût marginal de prospection.

Enfin, citons également toujours au tournant des années 1950, l'introduction en économie de la notion de coût de transaction. C'est à Coase qu'il revient d'avoir introduit en économie la notion de coût de transaction. Dans un premier article en 1937, Coase utilise ce concept pour expliquer l'existence et la raison d'être des firmes et des organisations. Les coûts de transaction sont définis comme les coûts d'utilisation du mécanisme de prix. Dès lors que l'on pense qu'utiliser le marché est coûteux, on peut expliquer pourquoi certains modes de coordination non-marchands comme les firmes et les organisations sont efficaces : c'est parce qu'il peut être moins coûteux d'organiser une activité économique par le biais d'une firme que par le biais du marché. Dans ce cadre, les acteurs peuvent chercher à économiser sur les coûts de transaction. En 1960, Coase applique ce même raisonnement aux institutions juridiques en montrant que celles-ci peuvent constituer des modes alternatifs d'allocation des ressources en présence de coût de transaction (Ferey, 2009). Or, une partie de la signification

---

<sup>14</sup> Cette hypothèse est ensuite étendue au futur car dès lors que l'on introduit le temps, le modèle Arrow-Debreu est contraint d'introduire une représentation de marchés contingents pour chaque état futur possible de la nature. Or, comme le reconnaît Arrow, les marchés à terme sont rares et les marchés contingents n'existent presque pas.

<sup>15</sup> « J'espère montrer que l'économie de l'information représente un changement fondamental de paradigme dans la science économique » (Stiglitz, 2002, p. 460).

du concept de coût de transaction repose sur les coûts d'information<sup>16</sup>. Utiliser le marché pour se coordonner avec les autres acteurs économiques est coûteux car il faut trouver le bon co-contractant, négocier avec lui et assurer le respect des contrats. Or, on ne dispose pas toujours de l'information concernant le bon co-contractant de même que l'on ne connaît pas son comportement futur, ce qui nécessite d'introduire des clauses contractuelles coûteuses à rédiger et à faire appliquer. Ainsi présenté, on voit que le concept de coût de transaction, si important dans l'analyse néo-institutionnelle, recoupe largement les questions proprement informationnelles.

A côté de ces développements qui restent ancrés au sein de la théorie standard, les années 1950 voient également le développement de programmes de recherche beaucoup plus hétérodoxes comme le début des réflexions en rationalité limitée. L'œuvre de Herbert Simon est évidemment centrale ici. Tentant une synthèse entre la théorie des systèmes, la théorie de l'action rationnelle et la psychologie cognitive, Simon commence à réfléchir aux imperfections non plus de l'information mais des capacités de traitement de l'information par des individus ou des organisations. Dans ce cadre, il développe notamment un modèle de théorie de l'action, alternatif à la théorie de l'action rationnelle standard, qui considère que les acteurs ne cherchent pas nécessairement à maximiser leur utilité mais à obtenir un niveau satisfaisant d'utilité. Dès lors, la recherche d'information prend fin une fois ce niveau de « *satisficing* » atteint.

Bien entendu, la principale difficulté de ce paradigme tient à son éclatement : alors qu'il n'y a qu'une seule manière pour l'information d'être parfaite, il y a en fait de multiples d'être « imparfaite » (Stiglitz, 2002) : information asymétrique, information imparfaite, information incomplète, rationalité limitée *etc.* Ce n'est que dans les années 1970 que ces idées commencent à pénétrer fortement la théorie économique et que la théorie standard se réapproprie ces intuitions pour les réintégrer dans ses modèles.

Ainsi, on voit se constituer au cours de ces années 1970 trois ou quatre sous-disciplines en économie qui commencent à prendre au sérieux les questions informationnelles. Au début modestes, ces champs deviendront extrêmement développés au point qu'ils structurent désormais très largement la théorie économique contemporaine : la théorie des incitations et des asymétries d'information autour de la construction et de l'utilisation du modèle Principal-Agent ; le programme de rationalité limitée autour de la psychologie cognitive, le programme

---

<sup>16</sup> Pour une discussion des coûts de transaction en termes de coût d'information, voir Ferey, 2009.

des coûts de transaction et le *hold-up* à la Williamson et le programme des anticipations et notamment des anticipations rationnelles.

## *SECTION 2. THEORIE. TRAITEMENT DE L'INFORMATION ET CONNAISSANCE*

Plus précisément, les recherches contemporaines n'insistent pas toutes sur les mêmes aspects de l'imperfection de l'information et les termes utilisés peuvent d'ailleurs ne pas renvoyer aux mêmes concepts<sup>17</sup>. Dans ce qui suit, nous nous en tiendrons à un tour d'horizon théorique, et non plus historique, des principales manières de concevoir l'information imparfaite en économie en restreignant notre analyse à ce qui est important pour l'économie du droit. Plus précisément, ce « catalogue raisonné » de l'économie de l'information cherche à montrer que toute interrogation sur ce thème débouche naturellement sur une interrogation sur les institutions et sur les règles de conduite.

### *1. Asymétrie d'information et contrats*

Une première manière de concevoir les problèmes d'information est d'étudier les cas où l'information est détenue de manière asymétrique par les agents. C'est l'optique de la théorie des incitations et notamment des modèles Principal/Agent qui s'intéressent à l'alea moral, à la sélection adverse ou au filtrage<sup>18</sup>. Dans ce cadre, comme l'écrit Stiglitz, « différents agents connaissent différentes choses » (Stiglitz, 2002, p. 470). C'est la perspective d'Arrow lorsqu'il traite du marché des assurances maladie (Arrow, 1965) ou encore de Akerlof (Akerlof, 1970). C'est le cas par exemple d'un consommateur ne connaissant pas complètement la qualité d'un produit qu'il veut acheter, d'un créancier ignorant les capacités réelles de remboursement du débiteur ou encore d'une assurance ne connaissant pas les risques associés à un individu souhaitant s'assurer chez elle. Plus généralement, c'est une situation que l'on retrouve dans toute interaction où l'un des agents connaît une information que l'autre ne connaît pas.

Cette simple modification des hypothèses sur les ensembles d'information des agents a des conséquences très importantes. En effet, le marché n'est plus dans ce cas une institution

---

<sup>17</sup> De manière provisoire – et un peu abusive – nous appellerons information imparfaite toute hypothèse qui renonce partiellement ou totalement à l'hypothèse d'information parfaite des agents à la manière du modèle Arrow-Debreu.

<sup>18</sup> On trouvera dans Stiglitz (2002) et Laffont (2006) des éléments de synthèse concernant l'économie de l'information.

efficace dans la mesure où il peut ne pas exister de marchés pour les biens en question, les équilibres peuvent être mélangeants *etc.* Dès lors, les modèles d'asymétrie d'information débouchent naturellement sur une réflexion sur les institutions les plus à même de résoudre, au moins partiellement, ces problèmes informationnels. En suivant Laffont, on peut dire que « l'économie des incitations peut être décrite comme l'étude de l'élaboration de règles et d'institutions qui induisent les agents économiques à exercer des niveaux d'effort élevés et à transmettre correctement toute information privée qu'ils possèdent et qui est socialement pertinente » (Laffont, 2006, p. 177).

Plus spécifiquement, les institutions dont parlent Laffont sont des contrats proposés par le Principal à l'Agent qui cherche à résoudre le risque de l'utilisation de l'asymétrie d'information à son profit. Le terme de contrat ne doit pas faire illusion, il ne s'agit pas de contrat au sens juridique du terme. Il faut plutôt entendre contrat comme un ensemble de disposition et d'incitations proposées par le Principal à l'Agent que celui-ci est libre d'accepter ou non. Ainsi, le Principal doit construire des contrats qui respectent deux conditions : la contrainte de participation et la contrainte d'incitation. La contrainte de participation consiste en ce que accepter le contrat pour l'agent doit lui permettre d'atteindre davantage d'utilité que ce qu'il pourrait trouver dans une meilleure alternative (accepter un contrat d'un autre principal par exemple). L'agent doit donc trouver son intérêt à accepter le contrat. La contrainte d'incitation consiste en que les incitations présentes dans le contrat font qu'il est aussi dans l'intérêt de l'Agent d'agir au mieux des intérêts du Principal c'est-à-dire de ne pas profiter de l'information qu'il détient.

## 2. Incertitude et futur

Une seconde manière de concevoir les problèmes informationnels est de s'intéresser aux processus de décision en incertitude. Le cœur du questionnement économique porte alors sur les modalités de formation des anticipations des acteurs. Il faut ici rappeler que l'une des caractéristiques essentielles de la théorie de l'action rationnelle est qu'elle est fondamentalement tournée vers le futur. C'est en fonction des informations que l'agent possède sur le futur et de ses anticipations qu'il va choisir une action ou une série d'actions aujourd'hui (Dupuy, 1992). Dès lors, la représentation que se fait l'agent de ce futur est cruciale pour expliquer son comportement.



Les années 1970 ont été marquées en économie par l'étude systématique des conséquences de l'introduction de mécanismes par lesquels les agents anticipent les valeurs futures des variables économiques fondamentales. A la représentation traditionnelle des anticipations *backward looking* – à savoir que les anticipations sont formées en se référant aux valeurs passées d'une variable – s'est progressivement substituée une représentation *forward looking* : les agents utilisent toutes les informations à leur disposition pour tenter d'anticiper le futur et notamment ils utilisent au mieux les modèles théoriques chargés de prévoir l'évolution de ces variables. Initialement construit autour de l'école de Chicago (Barro, Sargent, Kydland et Prescott, Lucas), la révolution des anticipations rationnelles a modifié considérablement la manière d'envisager l'ensemble problèmes économiques.

Plus précisément, elle a modifié les rapports entre règles de décision, institutions et économie. Car prendre en compte les anticipations des acteurs, c'est d'emblée mettre l'accent sur l'importance des institutions et des règles de décision comme lien entre le présent et le futur (Kydland et Prescott, 1977). En effet, adopter des règles contraignantes est une stratégie possible pour éviter toute décision discrétionnaire dans le futur et ainsi assurer une prédictibilité du cadre d'action des acteurs. Ce n'est donc pas un hasard si la littérature des anticipations rationnelles a introduit en économie les concepts de crédibilité, de règles et de confiance. Nous verrons que l'on retrouve cette caractéristique en économie du droit où la notion d'anticipation est congruente avec une réflexion sur la nature des règles de droit et des institutions chargées d'appliquer ces règles dans le futur.

### 3. Rationalité limitée

Une troisième manière de concevoir la révolution cognitive est de raisonner dans un cadre beaucoup plus éloigné de la rationalité parfaite, celui de la rationalité limitée. Il ne s'agit pas alors simplement de supposer que certaines informations pertinentes peuvent ne pas être disponibles mais de considérer que les agents ne disposent que de capacités relativement limitées pour traiter cette information. Dans ce cadre, le modèle de décision rationnelle n'est pas le modèle de plus pertinent pour expliquer les comportements individuels. En effet, en présence de rationalité limitée, il peut être impossible d'effectuer un calcul pour décider de ses choix et de ses actions. Au modèle de la maximisation de l'utilité espérée, il faut préférer des modélisations alternatives qui prennent en compte les erreurs que peuvent faire les agents.

Le modèle de *prospect* de Kahneman et Tversky est un exemple d'une modélisation alternative (Kahneman et Tversky, 1982)<sup>19</sup>.

Aujourd'hui, ces travaux se sont développés au carrefour de la psychologie et de l'économie et ont trouvé une reconnaissance disciplinaire avec le prix Nobel attribué à Kahneman. Pour ce qui nous occupe, ces développements théoriques en rationalité limitée sont intéressants car ils ouvrent sur la notion de règles de comportement. En effet, les agents sont représentés comme utilisant des règles de comportement en incertitude qui ne sont pas assimilables à un processus de calcul rationnel. Ces règles, des heuristiques par exemple en économie comportementale, peuvent tout à la fois se révéler efficaces en ce qu'elles permettent de réagir au mieux étant donné le contexte ou être également un facteur d'erreurs systématiques (Kahneman et Frederick, 2002). Ainsi, devant une situation incertaine, l'agent cherche à évaluer les probabilités d'occurrence des différents événements par le biais de *jugements*. Ces jugements sont eux-mêmes le résultat de mécanismes cognitifs plus simples que le calcul rationnel comme les heuristiques de disponibilité, d'ancrage ou encore de représentativité.

### *SECTION 3. METHODOLOGIE. INFORMATION, REGLES ET INTERPRETATION EN ECONOMIE : L'EXEMPLE DES ANTICIPATIONS RATIONNELLES*

Chacun des cadres théoriques s'appuyant sur une information imparfaite ouvre en réalité sur la notion d'interprétation (Favereau, 1998). Dans tous ces cas, l'information est fournie par les agents à travers des signaux : ce peut-être les prix chez Hayek, les comportements individuels dans les modèles Principal/Agent (modèle de filtrage et de screening par exemple), la crédibilité des comportements dans les modèles des anticipations rationnelles ou un certain nombre de connaissances partielles et locales dans les modèles de rationalité limitée. L'information est conçue sous la forme d'un signal : ce signal doit être interprété pour pouvoir servir de fondement à l'action. Pour prendre un exemple simple, un agent qui s'arrête à un feu rouge compacte trois opérations : celle de la perception de la couleur rouge, celle de l'interprétation du signal (la couleur rouge d'un feu *signifie* qu'il faut s'arrêter) et celle d'un comportement rationnel devant cette interprétation (s'arrêter ou pas en faisant un calcul de maximisation d'utilité).

---

<sup>19</sup> Ce modèle est un modèle qui prend en compte que les agents peuvent systématiquement sous-estimer les petites probabilités et surestimer les grandes et inversement (Kahneman et Tversky, 1982).

Selon les courants, ces signaux sont plus ou moins fiables et plus ou moins complets. Mais surtout, chaque courant propose en réalité une certaine représentation de la manière dont les agents traitent ce signal c'est-à-dire interprètent les signaux dont ils disposent pour en tirer une information précise. Dans une certaine mesure, les hypothèses qui sont faites sur les capacités de traitement de l'information consistent à préciser comment le travail d'interprétation des signaux est effectué par les acteurs. Pour résumer, l'économie de l'information suppose toujours une certaine représentation de l'acteur dans ses capacités à interpréter les signaux révélant des informations qu'il reçoit de l'extérieur. Et les institutions sont précisément là pour l'aider dans ce travail d'interprétation/traitement de l'information.

L'objet de cette section est de préciser cet élément méthodologique général. Pour le moment, on s'en tiendra simplement à une caractérisation de cette articulation. Plusieurs exemples auraient pu être choisis : l'interprétation judiciaire des contrats dans la théorie principal/agent, les heuristiques comme mode d'interprétation des informations disparates disponibles en économie comportementale. Mais, nous aurons l'occasion, dans les deuxième et troisième parties, de revenir sur ces exemples car ils sont utilisés en économie du droit. Or, notre but ici est de montrer que ce rapport information/interprétation touche l'ensemble de la théorie économique qui s'intéresse aux institutions. C'est pourquoi, on montre ici comment les réflexions sur les anticipations, même dans les cas où elles sont supposées rationnelles, se heurtent nécessairement à la question de l'interprétation.

### **Sous-section 1. Incohérence temporelle et règles**

Comme on l'a dit, depuis les années 1970, l'économie, qu'elle soit microéconomique ou macroéconomique, travaille le plus souvent en utilisant une hypothèse d'anticipation rationnelle. En effet, pour être parfaitement cohérent, la théorie orthodoxe doit supposer que les acteurs économiques non seulement utilisent toutes les informations qu'ils ont à leur disposition pour agir mais forment également des anticipations rationnelles sur le fondement de la théorie qui sert à décrire leur comportement et leurs interactions avec les autres. Dit autrement, la rationalité passe aussi par le fait d'utiliser des théories pour anticiper le comportement des autres agents du système économique.

L'un des résultats les plus importants en économie concernant les anticipations rationnelles portent sur l'incohérence temporelle. Initialement développé par Kydland et Prescott, ce concept a trouvé des applications nombreuses en politique économique, monétaire

et fiscale. Dans leur article de 1977, Kydland et Prescott s'intéressent à la possibilité, pour un agent, comme un État, à définir et à implémenter une politique intertemporelle optimale. Dans ce cadre, l'État annonce à la période 0 un certain nombre de politiques qui seront mises en place dans le futur afin que les agents puissent prévoir ses actions futures et agir en fonction de cette anticipation. Mais, aux périodes suivantes, il n'est pas certain que l'État ait intérêt à tenir sa parole et à respecter sa promesse. Tant que les agents ne sont pas conscients de cette stratégie, l'État peut effectivement les surprendre à son avantage. Mais dès que les agents deviennent conscients de cette incohérence temporelle, tout change et l'on doit s'attendre à ce que les agents se couvrent dès la première période contre la violation future de la promesse de l'État<sup>20</sup>.

Plusieurs justifications économiques peuvent ici être avancées. On peut tout d'abord considérer que les agents sont rationnels et qu'ils utilisent toutes les informations qu'ils ont à leur disposition pour agir et anticiper. Or, parmi ces informations, la connaissance des objectifs de l'État et la comparaison de ces objectifs avec ses promesses les rend conscients du risque d'incohérence temporelle. Ensuite, même en supposant des agents imparfaitement rationnels ou imparfaitement informés, la simple adaptation aux actions passées de l'État peut les amener, par expérience, à anticiper clairement le risque de violation des annonces initiales<sup>21</sup>. Et, dès lors que les destinataires des promesses deviennent conscients de l'incohérence temporelle, ils ne vont plus les croire et vont adapter leur comportement à cette nouvelle information. Toute politique fondée sur des annonces en  $t_0$  risque d'être réduite à néant par les actions des individus destinataires de ces annonces, allant en sens contraire de l'objectif annoncé. Évidemment, l'ensemble du mécanisme repose sur une double hypothèse comportementale : d'une part, les destinataires des règles agissent rationnellement en ce sens qu'ils utilisent leurs anticipations du comportement prévisible de l'État pour faire leurs choix présents et d'autre part, que l'État – ou ses représentants – suit ses propres objectifs à toute période<sup>22</sup>. Si l'on supposait l'État vertueux, alors il tiendrait ses promesses et, ceci étant anticipé correctement, les agents lui feraient confiance.

Afin de montrer la pertinence de ce concept en droit, nous proposerons quelques exemples juridiques et économiques. Un État confronté à une pandémie peut avoir intérêt à assurer un droit de propriété absolu à quiconque développerait un vaccin efficace. Cette annonce, si elle est crue, générerait des investissements forts de la part d'agents privés qui fourniraient, aux

---

<sup>20</sup> Kydland et Prescott, 1977, p. 473-492.

<sup>21</sup> Dans le premier cas, les anticipations sont dites rationnelles et adaptatives dans le second ( Sheffrin, 1985).

<sup>22</sup> Cette représentation est celle de la nouvelle économie politique, appelée encore approche pluraliste (Sunstein, 1996).

périodes suivantes, le vaccin en question et des royalties importantes aux inventeurs. Mais à cette période, afin de lutter efficacement contre la pandémie, l'État a bien évidemment intérêt à modifier le droit de propriété et à mettre ce vaccin dans le domaine public afin qu'il puisse être produit au coût le plus faible<sup>23</sup>. Si cette action opportuniste de l'État est anticipée, alors aucun investisseur ne pénétrera le marché en question. De même, supposons que l'autorité publique entende lutter contre la délinquance par une politique répressive et annonce des sanctions élevées pour des délits mineurs. Bien entendu, étant donné ses objectifs, la puissance publique a intérêt à *annoncer* une peine aussi lourde car elle peut apparaître réellement dissuasive. Mais, une fois un prévenu d'un délit mineur arrêté et traduit en justice, il est clair que personne n'a intérêt à appliquer la loi étant donné le caractère évidemment disproportionné de la sanction. Dès lors que tout le monde est conscient de cette incohérence temporelle, il est peu probable que la sanction annoncée soit réellement dissuasive!

Ces quelques exemples illustrent le fait que l'efficacité d'une annonce politique, juridique ou économique, dépend fondamentalement des croyances des acteurs et de la capacité de celui qui l'a faite à être crédible, à savoir persuader les agents de le croire. Plusieurs stratégies peuvent être développées pour assurer cette crédibilité. Ainsi, la stratégie de se *lier les mains*, c'est-à-dire de prendre des mesures en  $t_0$  qui font que l'on ne pourra pas violer sa promesse en  $t_1$  est l'un des artefacts les plus connus et les plus efficaces. C'est largement à Elster, et à son analyse du mythe d'Ulysse, que l'on doit la popularisation en économie de cette stratégie. En effet, en lisant Homère avec des lunettes contemporaines, Elster nous montre qu'Ulysse est typiquement dans une situation d'incohérence temporelle puisqu'il veut écouter le doux chant des sirènes mais il sait que, s'il le fait, il courra à sa propre perte. Du point de vue de la théorie de la décision, son problème est de s'engager vis-à-vis de lui-même en  $t_0$  qu'il n'acceptera à aucun prix de suivre les sirènes en  $t_1$ . Or, la meilleure manière à ses yeux de s'engager de manière irrévocable à respecter sa promesse initiale est précisément de prendre toutes les mesures en  $t_0$  qui l'empêcheront de violer sa promesse en  $t_1$ . Il s'attache donc au mât et se contraint à ne pas pouvoir changer dans le futur son choix initial. Dans ce cadre, les actions valent bien plus et bien mieux que les mots. A la manière d'un État qui, pour accréditer sa promesse de lutter contre l'inflation, renonce à son pouvoir monétaire au profit d'une institution indépendante, Ulysse parvient, par la mise en place d'artefact, à rendre son

---

<sup>23</sup> On pourrait multiplier les exemples à l'infini : pensons aux règles fiscales (Drazen, 2000), aux promesses électorales (Alesina et Rosenthal, 1995) ou encore à l'annonce que jamais l'État ne viendra en aide à une banque qui aurait pris des risques inconsidérés. L'exemple de la banque est particulièrement intéressant puisque, une fois la faillite menaçante, l'État n'a pas intérêt à laisser sombrer cette banque (*too big to fail*) et c'est parce que la banque était consciente de cette situation que l'annonce initiale ne l'a pas empêchée de prendre ces risques.

engagement crédible. A la réflexion, cette littérature sur l'engagement, le pouvoir et la crédibilité est extrêmement surprenante, car la manière la plus sûre d'avoir du pouvoir sur soi-même ou sur les autres est précisément de prendre toutes les mesures pour *renoncer* à ce pouvoir<sup>24</sup> !

Cet exemple mérite encore d'être approfondi afin d'opérer des distinctions conceptuelles essentielles qui nous serviront par la suite. Il faut en effet bien distinguer entre deux séries de concepts : la crédibilité d'une part et les modalités pour obtenir cette crédibilité de l'autre. En effet, la stratégie d'Ulysse est simplement un artefact pour obtenir de la crédibilité (à savoir les croyances, par les agents, que l'on respectera ce qu'on a promis de faire). Dit autrement la stratégie de se lier les mains n'est qu'un moyen pour atteindre un objectif – la crédibilité – qui permet de lutter contre l'incohérence temporelle. Mais on peut tout à fait penser à d'autres artefacts possibles. Ainsi, l'existence, pour n'importe quelle raison, d'une confiance absolue des agents dans les autorités publiques suffit à résoudre par hypothèse le problème. De même l'acquisition d'une réputation que l'on ne succombe jamais à l'incohérence temporelle peut également être un moyen d'atteindre la crédibilité. A ce titre, notons que, même un agent qui souhaiterait imiter la réputation n'aurait pas d'autres solutions que de se construire effectivement une telle réputation. On retrouve l'idée, chère à Derrida, que la seule manière d'imiter quelqu'un qui parle chinois est encore de parler le chinois : il y a là un jeu spéculaire entre l'imitation et la réalité, les deux menant finalement au même résultat<sup>25</sup>.

En économie, la conséquence la plus importante de l'incohérence temporelle est largement le débat *règle vs discrétion*. Aux tenants de l'efficacité de politiques discrétionnaires, c'est-à-dire cherchant à répondre à tout moment de manière optimale à la situation économique, les héritiers de Kydland et Prescott opposent une politique fondée sur des règles strictes et claires indépendamment des circonstances futures qui pourraient avoir lieu. C'est uniquement ce genre de politique qui peut permettre aux individus de construire des anticipations fondées, validées à chaque période et qui renforcent d'autant plus leur système de croyance initiale. On le voit le droit joue alors un rôle central dans l'obtention de cette crédibilité par l'instauration de règles fixes qui lient les acteurs concernant leur engagement. Par exemple, les statuts de l'autorité qui émet de la monnaie et la rédaction de ses règles de fonctionnements sont alors déterminants pour le fonctionnement de l'économie. Ainsi, la mise au premier plan de l'incohérence temporelle ouvre l'économie sur les sciences

---

<sup>24</sup> Elster, 1984 ; Schelling, 1960.

<sup>25</sup> Dupuy, 1992.

juridiques et constitutionnelles. C'est donc maintenant vers le lien entre droit et temporalité qu'il faut maintenant se tourner.

### **Sous-section 2. Règles et contrôle de l'incohérence temporelle**

Depuis un certain temps, la théorie économique s'intéresse explicitement aux rôles et aux fonctions des constitutions. On trouve une telle perspective chez Hayek mais elle est reprise sous d'autres formes par des écoles non-hayékiennes<sup>26</sup>. Pour ces auteurs, les constitutions sont des engagements (*commitments*), des artefacts qui mettent en œuvre la stratégie de se lier les mains et assurent la crédibilité des engagements du corps politique<sup>27</sup>.

La conséquence immédiate de ces analyses est que la crédibilité passe par la limitation du pouvoir souverain. L'économie retrouve, par un autre chemin, le débat classique en sciences politiques et en droit constitutionnel entre démocratie et constitutionnalisme. En effet, reconnaître au souverain un pouvoir absolu débouche naturellement sur l'incohérence temporelle. Lorsque la souveraineté est exercée par une assemblée élue et que l'on reconnaît que ce pouvoir est le seul légitime, alors le souverain est libre de décider à tout moment en fonction de ses intérêts...du moment. Les engagements du passés ne le tiennent pas au motif que ce que le souverain a fait, le souverain peut également le défaire. Les morts ne peuvent décider pour les vivants et le passé ne doit en aucune manière enchaîner le présent. C'est la perspective de la démocratie absolue que l'on trouve dans la constitution française de 1793. Évidemment, la condition implicite de l'argument porte sur la manière dont on se représente la sphère de l'activité politique. Si l'on considère que la vertu n'est pas la chose la plus partagée et que, au contraire, les élus poursuivent avant tout leurs propres intérêts<sup>28</sup>, alors l'incohérence temporelle devient la grande question de la science politique et du droit public.

Dans ce cadre, le constitutionnalisme affirme que l'exercice de la souveraineté ne peut être absolu et doit respecter certaines règles qui lui sont supérieures. Parmi elles, les règles constitutionnelles sont des contraintes qui encadrent l'exercice de la souveraineté. En effet,

---

<sup>26</sup> De même, North et Weingast montrent, par exemple, que la glorieuse révolution anglaise a eu pour conséquence, en limitant le pouvoir souverain, de limiter les risques de non-remboursement de la dette publique anglaise au XVIIIe s. En devenant crédible, les engagements constitutionnels ont amené les créanciers privés à croire que leur dette sera effectivement remboursée, ce qui a favorisé l'éclosion de marchés financiers et a permis de financer la croissance anglaise (North et Weingast, 1989, pp. 803-832).

<sup>27</sup> Drazen, 2000.

<sup>28</sup> Ce point est important, car même dans la tradition américaine, on peut opposer le courant pluraliste pour qui la politique est avant tout une question de conflits d'intérêts entre les différents acteurs qui peuvent être amenés à exercer le pouvoir et le courant républicain qui envisage les problèmes politiques en constitutionnel en prenant en compte la vertu des agents. Si les agents étaient vertueux, alors ceci résoudrait par hypothèse, le problème de l'incohérence temporelle.

pour le constitutionnalisme, l'exercice du pouvoir, par les vainqueurs des élections par exemple, peut sans cesse tourner au populisme et à la politique inconstante et erratique des passions ou des intérêts. Bien évidemment, le constitutionnalisme peut être vu comme une tentative juridique de limiter le pouvoir d'État dans la mesure où l'État est certes nécessaire et utile à la société mais qu'il constitue également une menace par sa puissance. Le cas le plus évident étant la menace que peut faire peser des factions, des groupes ou la majorité dans son ensemble sur les minorités<sup>29</sup>. C'est bien également le cas lorsque l'on s'intéresse au risque d'expropriation que peut faire peser le souverain sur les droits de propriété des agents<sup>30</sup>.

Il est alors naturel que le constitutionnalisme soit très lié à la possibilité de la « *judicial review* », à savoir l'existence d'une cour suprême en charge d'interpréter la conformité du travail législatif au regard des exigences constitutionnelles<sup>31</sup>. La cour constitutionnelle, et le contrôle qu'elle peut exercer sur le souverain, est dès lors la garante de la cohérence des choix intertemporels du souverain et du respect de ses promesses. Le constitutionnalisme peut être lu comme le versant juridique du débat économique « *rules vs. discretion* »<sup>32</sup>.

On a rappelé que les constitutions peuvent être appréhendées comme des stratégies rationnelles pour lutter contre l'incohérence temporelle. Dans ce cadre, il est évident que la démocratie sans borne n'est pas le système le plus efficace. Au contraire, l'affermissement du pouvoir passe par sa limitation. On retrouve là un paradoxe que met bien en lumière Schelling : « *The power to constrain an adversary may depend on the power to bind oneself ; that in bargaining weakness is often strength* »<sup>33</sup>. On comprend, à ce titre, que les économistes aient une vision du pouvoir assez différente des juristes puisque c'est au moment même où le pouvoir est limité qu'il est le plus efficace.

Mais les constitutions, comme tout texte juridique, ne s'appliquent pas d'elles-mêmes. Elles ont toujours besoin d'être interprétées. Et, l'efficacité de ces mécanismes institutionnels est donc suspendue à la manière dont les autorités habilitées à interpréter la constitution effectuent cette opération.

---

<sup>29</sup> Tocqueville, 1992.

<sup>30</sup> North, 1990.

<sup>31</sup> Elster, 1988, p. 4.

<sup>32</sup> Elster, 1988, p. 6 ; Hayek, 1960.

<sup>33</sup> Schelling, 1960, p. 22.



### Sous-section 3. L'interprétation : retour sur le débat règle contre discrétion

Comme on l'a vu, la stratégie de se lier les mains est souvent présentée comme une stratégie optimale qui prend, en économie, la forme de la mise en place et du respect de règles strictes (*rules*) de comportement pour le futur. En tant que contraintes sur le futur, ces règles constitutionnelles permettent donc de stabiliser les anticipations des agents. Pour autant, la règle n'a d'existence dans le temps que par l'interprétation qui en est faite pour chaque cas particulier. C'est par interprétation successive que la portée et le sens de la règle sont précisés. Pour s'en tenir aux arguments les plus évidents, plusieurs raisons expliquent cette place centrale de l'interprétation dans l'actualisation de la règle. D'une part, les règles constitutionnelles sont le plus souvent générales. Or, passer de l'énoncé général de la norme à son application à un cas particulier nécessite de nombreuses opérations : une opération de subsomption du cas particulier sous une catégorie générale et une opération d'interprétation proprement dite de la norme à cette catégorie. Dans ces deux opérations, en réalité, on trouve des éléments discrétionnaires (Troper, 2000). D'autre part, le langage juridique est par nature imparfait quant à sa capacité à transmettre du sens. Une norme constitutionnelle peut être ambiguë ou vague. C'est le cas également de nombreux énoncés constitutionnels tels que le droit au travail, le droit au logement dont on ne sait pas bien quel est leur statut juridique. Enfin, une norme constitutionnelle, écrite à une certaine époque, a vocation à s'appliquer au futur mais dans le même temps, elle ne peut *prévoir* ce futur. L'irruption dans le réel de nouvelles possibilités, de nouveaux cas manifestement non prévus par le texte de droit rend l'interprétation aussi nécessaire qu'innovante par rapport au texte initial (Sunstein, 1998)<sup>34</sup>.

Les raisons sont donc nombreuses pour considérer que l'interprétation est en fait le cœur des questions constitutionnelles. Mais, avec l'interprétation, est réintroduit en fait le risque d'incohérence temporelle puisque l'autorité habilitée à interpréter le texte constitutionnel peut toujours profiter des marges d'interprétation dont elle dispose et laisser libre cours à des décisions discrétionnaires. L'attachement des économistes aux règles de comportement par rapport aux comportements discrétionnaires ne tient, précisément, que parce qu'ils supposent

---

<sup>34</sup> Ainsi, est-ce qu'une norme reconnaissant le droit d'expression, écrite à un moment où seul l'écrit avait cours, doit s'appliquer également aux nouveaux médias de communication ? Plus fondamentalement, les tenants de la découverte du sens des normes constitutionnelles partagent une métaphysique que le possible préfigure le réel. Mais si l'on suit Arendt, le réel présente une nouveauté irréductible qui fait dire à certains commentateurs que, pour elle, le réel précède le possible. Un événement ne devient possible que, précisément, parce qu'il a lieu. Dès lors, on voit bien qu'une constitution ne peut avoir prévu des réponses institutionnelles à de tels cas puisque, au moment même de la rédaction de la constitution, cet événement n'était *pas* possible. Si l'on regarde la manière dont le droit constitutionnel américain a réagi aux attentats du 11 septembre, on voit les enjeux de cette métaphysique (Jean-Pierre, Dupuy, *Pour un catastrophisme éclairé*, Le Seuil, Paris, 2002).

- de manière héroïque - que l'application de la règle se fait automatiquement, sans médiation d'aucune sorte. Les économistes sont ainsi les derniers représentants du formalisme juridique (Stephenson, 2008). Car, si l'on reconnaît avec la théorie du droit contemporaine que l'interprétation est toujours, au moins partiellement, un acte de volonté, alors on voit que l'adhésion à des règles fixes de comportement ne suffit absolument pas à s'engager de manière crédible.

Appliquons ces remarques fondamentales au cas le plus emblématique en économie de l'efficacité des règles strictes par rapport au comportement discrétionnaire, la politique monétaire. Prenons le cas de la mise en place d'une institution indépendante ayant le monopole de la politique monétaire et dont les statuts prévoient qu'elle doit lutter de manière exclusive contre l'inflation. Ayant respecté pendant une dizaine d'années ses statuts - c'est-à-dire les ayant interprétés comme *signifiant* qu'une inflation de 2% par an était une inflation faible<sup>35</sup> -, cette institution est confronté à une grave crise économique nécessitant des politiques monétaires massives de refinancement des banques avec un risque - à terme - de poussée inflationniste. Dira-t-on que cette banque centrale a violé ses propres règles de fonctionnement ? On voit bien que cette question a peu de sens puisqu'elle est seule juge de l'interprétation de ses propres statuts. Ce qui compte est de savoir comment elle interprète le sens de ces statuts. Disent-ils que la banque doit lutter contre l'inflation en toutes circonstances ? Ou bien signifient-ils que ces statuts lui imposent de lutter contre l'inflation sauf en cas de force majeure, de dépression économique exceptionnelle ? Mais dans ce cadre, où placer le curseur entre situation normale et situation exceptionnelle ? Évidemment, ce qui est déterminant, c'est bien la manière dont les autorités habilitées à interpréter les normes le font.

L'engagement de l'institution à faire quelque chose dans le futur dépend en réalité de la manière dont celui qui a l'autorité pour interpréter les règles le fait effectivement, dont il justifie cette interprétation et dont cette interprétation est considérée comme légitime par les destinataires des règles. Le problème est alors déplacé et c'est donc vers les théories qui s'occupent de ces questions, les théories de l'interprétation en droit, qu'il faut se tourner afin d'étudier comment elles répondent à ces questions. La perspective qui est ici la nôtre montre ici tout son intérêt et tous ses enjeux.

---

<sup>35</sup> On le voit, la question de l'interprétation réapparaît ici, qu'est-ce que une « inflation faible » ? Est-ce une indice ou une situation plus générale, est-ce que l'inflation est toujours faible à 2% si le reste du monde a une inflation de 0%. Dès la mise en œuvre de la règle, on retrouve toujours la marge discrétionnaire de l'autorité habilitée à interpréter les textes de droit.



## CHAPITRE 2. LE TOURNANT HERMENEUTIQUE EN THEORIE DU DROIT

En théorie du droit, si l'on devait là encore donner une date précise de naissance du tournant herméneutique, ce serait sûrement autour des années 1960. Le début des années 1960 est en effet marqué par la publication conjointe de trois ouvrages majeurs : la seconde édition de *La Théorie pure du droit* de Kelsen en 1960, *Le concept de droit* de Hart en 1961 et l'ouvrage de Alf Ross *On Law and Justice* en 1959. Trois ouvrages aux tonalités différentes mais qui placent tous l'interprétation au cœur de la théorie du droit : le chapitre supplémentaire consacré à l'interprétation que Kelsen ajoute à la première édition de *Théorie pure du droit* ou encore l'interrogation hartienne sur la texture ouverte des normes<sup>36</sup>.

Certes, l'expression de tournant herméneutique ne doit pas cacher la forêt de ceux qui, avant ce tournant, ont réfléchi à ces questions et notamment les réalistes américains. Mais, à partir des années 1970, l'interprétation juridique s'impose comme le cœur du problème de la théorie du droit (Frydman, 2005). Par interprétation, nous entendons une opération intellectuelle qui vise à « déterminer le sens d'un texte en vue de préciser la portée de la règle dans le *contexte* de son application »<sup>37</sup> (Frydman, 2005, p. 15) ; ou encore, l'interprétation est « l'ensemble traditionnel de questions relatives aux modalités d'application d'un mot, d'une phrase ou d'un instrument particulier dans un *contexte* déterminé »<sup>38</sup> (Rosenfeld, 1998, p. 7). Ce tournant se traduit par le fait que, à partir de ces années 1960, l'interprétation prend une dimension à la fois critique et dramatique pour le droit. En effet, ce qui caractérise les années récentes, c'est au moins autant une réflexion approfondie sur la nature de l'interprétation juridique que le constat d'une véritable crise de l'interprétation. On peut définir de manière très provisoire, cette crise comme « le manque de confiance par rapport à la validité de critères objectifs permettant d'attribuer des significations claires et distinctes aux textes juridiques » (Rosenfeld 1998 ; Kennedy, 1973). En effet, si l'interprétation pose question,

---

<sup>36</sup> Bien entendu, cette question de l'interprétation est plus ancienne : qu'il suffise d'évoquer les réalistes américains qui, depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, ne cessent de s'interroger sur cette question (Michaut, 1994 ; Duxbury, 1995).

<sup>37</sup> Souligné par nous.

<sup>38</sup> *Idem*.

alors c'est toute la prétention du droit à être un outil social neutre et objectif qui risque d'être déconstruit.

De manière provisoire – et un peu arbitraire – nous définirons comme « réaliste » toute théorie du droit qui s'interroge sur l'interprétation. Là encore, de même qu'il y a de multiples manières pour l'information d'être imparfaite en économie, il y a de multiples manières d'être « réaliste » en théorie du droit (Jouanjan, 2000). Il n'est qu'à regarder les différents courants qui se réclament du réalisme aux États-Unis. On dispose d'une palette de théories dessinant un spectre large. Certains travaux sont essentiellement philosophiques, d'autres sont plus appliqués notamment aux questions d'interprétation constitutionnelle comme ceux de Bork ou de Sunstein, d'autres cherchent dans la théorie littéraire les ressources pour penser les rapports entre énoncés juridiques et signification tel que Fish ; d'autres encore, plus critiques, dénoncent la violence au cœur même du droit introduite par cette reconnaissance comme le courant des *Critical Legal Studies* ou les écrits de Coval ; d'autres, sûrement plus fidèles en cela au réel message des réalistes américains, mettent davantage l'accent sur le rôle politique des juges tel que Horwitz (Horwitz, 1992) ; d'autres enfin, tentent de sauver une interprétation objectives quitte à ramener le droit vers la morale comme Dworkin par exemple.

Après avoir rapidement dressé le portrait des causes de ce tournant herméneutique en droit, nous développerons plus précisément ses implications analytiques et méthodologiques. En effet, dès lors que l'interprétation est un acte essentiellement problématique que le modèle formaliste ne décrit que très imparfaitement, l'inférence que les justiciables peuvent faire sur le fondement des énoncés juridiques risquent d'être impossible puisqu'il règne toujours un risque d'interprétation arbitraire. On voit alors comment les débats proprement juridiques sur l'interprétation rejoignent les débats économiques sur l'information car c'est la capacité même des énoncés juridiques à transmettre des informations sur le sens du droit – et donc sur les sanctions qui y sont attachées – qui se trouve remise en cause.

### *SECTION I. LES RACINES DU TOURNANT HERMENEUTIQUE : LA FIN DU MYTHE FORMALISTE*

La révolution herméneutique en droit peut se décrire comme une critique de plus en plus systématique et radicale du mythe formaliste. Elle prend, notamment aux États-Unis, des proportions dramatiques pour au moins deux raisons. Du point de vue institutionnel d'abord,

la conjugaison d'un système de *common law*<sup>39</sup> et de l'existence du contrôle de constitutionnalité par la Cour suprême font des questions d'interprétation le cœur des controverses juridiques<sup>40</sup>. D'autre part, et c'est cet aspect qui retiendra notre attention dans cette section, la théorie générale du droit américaine a toujours mis l'accent d'une manière appuyée sur le pouvoir d'interprétation du juge. Tout le courant du réalisme juridique, né avec les travaux du juge Holmes à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, n'a cessé, jusque dans les années 1960, de soulever ces questions (Horwitz, 1992)<sup>41</sup>. De ce point de vue, les courants jurisprudentiels qui se développent au tournant des années 1970 peuvent être considérés comme les héritiers naturels du réalisme juridique.

La théorie traditionnelle de l'interprétation juridique s'appuyait sur une certaine représentation de l'activité de juger. Cette représentation était fondée sur deux piliers : d'une part, l'interprétation est un acte de connaissance, dont l'idéal-type est le syllogisme ; d'autre part, le rôle de l'interprète est réduit à être la bouche de la loi. Plus précisément, les interprètes légitimes, les juges, n'ont pas de pouvoir d'interprétation en ce que leurs décisions sont contraintes par le sens des normes. Ce sens des normes est lui-même à chercher dans la littérarité du texte, dans l'intention de l'auteur qui a posé cette norme ou encore dans la doctrine qui s'efforce de rationaliser les interprétations juridiques (Lenoble, 1994, p. 140 ; Unger, 1983). Le corollaire de ce point de vue est qu'il existe des méthodes suffisamment objectives pour accéder à la « vraie » signification de la norme. Cette représentation suppose donc très clairement qu'il existe un sens clair et distinct aux normes de droit et que ce sens s'impose à l'interprète. Interpréter se réduit donc au processus intellectuel – et cognitif – par lequel l'interprète légitime accède à ce sens qui lui préexiste (Rosenfeld, 1998).

---

<sup>39</sup> La distinction pertinente est moins entre système de droit anglo-saxon et système de droit continental qu'entre juge américain et juge européen. Le juge anglais est en effet beaucoup plus formaliste que le juge américain, ce qui le rapproche des traditions continentales (Lenoble, 1994, p. 148 ; Hart, 1976, p. 157).

<sup>40</sup> Les controverses sur l'interprétation sont particulièrement virulentes en ce qui concerne les questions constitutionnelles (Ackerman, 1998). Hart résume cette situation lorsque, en théoricien anglais, il évoque les États-Unis : « ce qui caractérise la théorie générale du droit américaine [...] c'est qu'elle est marquée par une concentration, qui frise presque l'obsession, du processus judiciaire [...] à savoir ce que les tribunaux font et ce qu'ils devraient faire, comment les juges raisonnent et comment ils devraient raisonner » (Hart, 1977, p. 123).

<sup>41</sup> Dans toute cette section, l'expression « philosophie réaliste » fait référence à ce courant de pensée. Issu des travaux du juge Holmes, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, influencé par le pragmatisme et les sciences sociales, le réalisme met le juge au centre de l'ordre normatif. On distingue habituellement deux sous-écoles au mouvement réaliste : la « *sociological jurisprudence* » (Brandeis, Pound, Cardozo) et, légèrement plus tardif, le « *legal realism* » proprement dit (Franck, Llewellyn). Relativement méprisé par les philosophes du droit continentaux, il n'en a pas moins eu une importance fondamentale dans la théorie générale du droit américaine et a d'ailleurs amené le positivisme juridique à considérablement infléchir ses positions (Hart, 1976). Au point que l'on considère que Kelsen lui-même s'est rallié, dans la seconde édition de sa *Théorie pure du droit*, à une position réaliste (Troper, 2000). Reste que, comme le rappelle Michaut, le réalisme est davantage « un programme scientifique », à savoir un ensemble de questions et de préoccupations communes, que sa « mise en œuvre » effective (Michaut, 1994, pp. 274-275).

C'est ce mythe formaliste qui a volé progressivement en éclat. En effet, les normes juridiques – lois, règlements, précédents – sont le plus souvent exprimées en termes langagiers. Or, le langage ne saurait être une pure présence, parfaitement transparente et accessible. Au contraire, toute tentative d'appliquer un texte juridique à une situation – que la norme fût ou non générale d'ailleurs – nécessite un processus de reconstruction complexe. Plus précisément, aucun texte n'a de sens dans sa pure littéarité. C'est là le message central de tout le courant *Law and Literature* aux Etats-Unis qui, à la suite des théories de la déconstruction<sup>42</sup>, remet en question la primauté de l'auteur d'un texte comme seul critère d'interprétation. Le sens profond des œuvres littéraires dépasse en réalité très largement l'intention initiale de leurs auteurs. Le texte s'autonomise de son créateur et l'on peut souscrire au thème, cher à Foucault par exemple, de la mort de l'auteur<sup>43</sup>. Dit autrement, le lecteur devient le centre de gravité du processus interprétatif<sup>44</sup>.

Les théoriciens du droit ont rapidement compris les implications que ces développements externes au champ juridique pouvaient avoir sur la théorie du droit. D'une part, il est impossible de prendre pour acquis que le seul recours à la littéarité du texte est suffisant pour fournir une interprétation pertinente et rationnelle du texte. D'autre part, l'intention de l'auteur qui a posé la norme ne peut pas non plus être un critère rassurant : la reconstruction de cette intention nécessite aussi une interprétation et l'on risque ainsi une régression à l'infinie. Le risque est toujours que l'interprète impose en réalité ses propres intentions à celles qu'il prétend découvrir.

Une fois rappelés les quelques éléments généraux de la crise de l'interprétation qui agite la théorie du droit contemporaine, on doit remarquer que les recherches en économie du droit, du moins lorsqu'elles s'intéressent réellement à leur objet d'étude, se comprennent largement dans cette perspective. De Posner à Sunstein en passant par Hayek ou l'économie néo-institutionnaliste, la nature de l'acte d'interprétation (tout comme, mais dans une moindre mesure, les méthodes d'interprétation) est largement discutée. Ainsi, pour ne prendre que deux exemples qui seront développés en détails par la suite, Posner et Sunstein précisent dans leurs travaux leur position par rapport au formalisme et notamment par rapport à l'interprétation comme découverte d'un sens littéral, découverte d'une intention ou

---

<sup>42</sup> On trouvera dans Cusset (Cusset, 2003) une présentation de la manière dont les théories littéraires françaises autour de Barthes, Derrida et Foucault ont pénétré les idées américaines (les *French Theories*), et dont cela a pu influencer les juristes comme Fish par exemple.

<sup>43</sup> On trouvera dans Compagnon (Compagnon, 1998) un exposé précis de cette crise de l'interprétation en théorie littéraire.

<sup>44</sup> Pour une présentation d'une position extrême du lecteur comme interprète, voir par exemple toute l'œuvre de Fish (Fish, 2007).

découverte d'une rationalité doctrinale (Sunstein, 1996 ; Posner, 1990, 1996). Dans les deux cas, ces auteurs prennent acte de l'impossibilité de trouver dans ces trois modèles une théorie complète de l'interprétation. Au contraire, ils reconnaissent tous les deux que l'interprétation est largement un acte de volonté laissé à la discrétion de l'interprète<sup>45</sup>. Dès lors, toutes ces écoles d'économie du droit partagent implicitement les conséquences de la critique réaliste.

Les critiques qui ont été faites au formalisme laissent la théorie du droit dans une situation dramatique. Si c'est finalement le lecteur qui donne sa signification au texte de droit, alors l'acte même d'interpréter est finalement toujours suspect (Rosenfeld 2000, p. 25) dans la mesure où il est partiellement sinon complètement un acte de pure volonté de l'interprète<sup>46</sup>. N'étant borné par aucune signification objective du texte, l'interprète légitime peut en réalité lui donner le sens qu'il veut. C'est ainsi la possibilité même de la neutralité et de l'objectivité du juge qui se trouve compromise. On comprend alors pourquoi l'interprétation juridique est, pour de nombreux auteurs, entrée en « crise ». C'est que la représentation formaliste cache en réalité une pratique de l'interprétation qui est beaucoup plus discrétionnaire qu'elle ne le prétend (Unger, 1983 ; Kennedy, 1973) : pratique marquée par la suspicion, le pouvoir et même la domination et la violence symbolique.

## SECTION 2. L'INTERPRETATION ENTRE CONNAISSANCE, VOLONTE ET CONTRAINTE

L'ensemble de ces débats de théorie du droit autour de l'interprétation peut maintenant être rationalisé. Comme nous l'indiquions dans la note méthodologique, c'est la tradition réaliste qui nous sert ici de guide pour préciser les enjeux analytiques et philosophiques du problème de l'interprétation. Ainsi, suivant Michel Troper, on peut dire que le cœur du problème est de savoir si l'interprétation est un *acte de connaissance* ou un *acte de volonté* (Troper, 2000). Dit autrement, interpréter consiste-t-il à attribuer une signification ou à déterminer une signification ? Dans le premier cas, il s'agit d'un acte de connaissance qui cherche à retrouver un sens qui lui préexiste. Dans le second, il s'agit d'un acte de pure

---

<sup>45</sup> Sunstein insiste notamment sur fait que la méthode d'interprétation doit être choisie et ne saurait s'imposer d'elle-même. On retrouve donc une dose nécessaire de choix au fondement de l'interprétation.

<sup>46</sup> A titre d'exemple, un énoncé d'une norme P aussi simple que « pelouses interdites » n'a aucun sens par lui-même. En effet, un agent poursuivi par des voleurs qui veulent le détrousser et qui n'a d'autre issue que de marcher sur la pelouse pour gagner la sortie du parc devrait-il être condamné ? En qu'en serait-il d'un représentant de l'autorité publique marchant sur cette pelouse ? (Pour des exemples de ce type, cf. Hart, 1961 ; Sunstein, 1996).



décision : le juge est en réalité parfaitement libre de décider de l'interprétation légitime de la norme.

D'un point de vue philosophique, il faut distinguer deux questions distinctes posées par le tournant herméneutique et que résume bien l'ensemble de la tradition réaliste contemporaine. La première porte sur l'ontologie de la règle de droit : quelle est la nature, le mode d'être, de la règle de droit ? La seconde est épistémologique et porte sur les modalités de connaissance de la signification des actes de volonté qui posent les règles de droit<sup>47</sup>.

Premièrement, si l'interprétation est libre, c'est qu'un même énoncé P peut en réalité, selon les contextes et les interprètes, signifier des choses différentes. Comme le résume Michel Troper, « si le sens ne préexiste pas à l'interprétation et s'il en est seulement le produit alors [...] l'objet de l'interprétation ne peut être une norme juridique. Si la loi contient la formule, 'il est interdit de p', l'expression p peut désigner selon le sens qu'on lui attribue, plusieurs actions différentes  $p_1, p_2, \dots, p_n$ , de sorte que la loi ne contient pas une norme, mais, selon l'interprétation qui en est donnée, plusieurs normes potentielles différentes » (Troper 2000, p. 56). Dira-t-on que, parmi ces  $p_n$ , il existe une vraie interprétation tandis que les  $P_{n-1}$  autres sont de fausses interprétations ? Nullement, car ceci supposerait que l'on dispose d'un critère de détermination d'une interprétation « vraie », or nous avons précisément rappelé que les théories contemporaines de l'interprétation ont renoncé à cet idéal. Il n'y a pas de normes juridiques en dehors de l'interprétation légitime effectivement faite par le pouvoir qui en a le monopole. Ontologiquement, la norme n'a d'existence que dans la signification qui lui est donnée par l'interprète légitime.

Pourtant, une fois reconnu ce caractère potentiellement infini et ouvert de l'interprétation juridique, il faut immédiatement reconnaître que l'expérience juridique élémentaire nous montre que l'interprétation juridique n'est pas discrétionnaire et qu'elle paraît limitée si ce n'est « en droit » du moins « en fait ». Autrement dit, il faut tout à la fois reconnaître que l'interprétation est un acte de volonté tout en prenant au sérieux le fait qu'elle est contrainte. Il y a là un caractère paradoxal autour duquel tournent toutes les contributions contemporaines à la théorie réaliste (Troper *et alii*, 2005)<sup>48</sup>. Pour ce qui nous occupe, le point fondamental est que cette distinction tropérienne permet de classer les théories en économie du droit selon leur parti-pris en ce qui concerne l'interprétation et donc selon qu'elles considèrent que l'interprétation est un acte de connaissance ou de volonté. Bien entendu, entre ces deux cas

---

<sup>47</sup> On trouvera dans Deffains et Ferey, 2007, une discussion plus approfondie de l'ontologie de la norme au sein du courant réaliste (Ferey et Deffains, 2007).

<sup>48</sup> Voir en France, par exemple, le développement de la théorie des contraintes (Troper *et alii*, 2005).

polaires, nous verrons qu'il existe des cas intermédiaires où l'interprétation se rapproche d'un acte de volonté tout en étant contrainte de manière plus ou moins forte<sup>49</sup>.

On voit très bien que ces débats sur l'interprétation juridique débouchent assez naturellement sur des questions informationnelles. En effet, si l'on voulait faire le travail symétrique à celui que nous avons fait sur l'économie de l'information et si nous voulions considérer le problème de l'interprétation du point de vue de l'économie, nous pourrions retraduire le problème de la manière suivante : qu'est-ce qu'interpréter pour un économiste ? C'est simplement obtenir – ou inférer – une information particulière à partir d'une règle étant donné un certain contexte. Comme on le verra, selon la vision que l'on a de l'acte d'interprétation, l'obtention de cette information suivra plutôt une procédure déductive ou inductive. Mais le point crucial est de voir que l'interprétation en droit peut être traduite en économie comme un problème informationnel.

La problématique de l'interprétation comme volonté et comme connaissance présente alors des enjeux forts du point de vue informationnel. En effet, dire que l'interprétation est marquée du sceau de la volonté, c'est dire qu'il est extrêmement difficile voire impossible d'avoir une information précise et prédictible sur la norme<sup>50</sup>. Potentiellement du moins, les destinataires des normes de droit sont dans l'incapacité *a priori* de les connaître c'est-à-dire de savoir précisément les obligations qu'ils doivent respecter. En face d'un juge parfaitement réaliste, il est bien évidemment impossible pour eux de prédire la moindre décision avec certitude.

Symétriquement, ce n'est pas le cas dans le cadre de la théorie de l'interprétation-connaissance. Dans ce cas, l'interprétation est une pure déduction à partir de prémisses connues et au moyen d'une méthode elle aussi connue. C'est alors en appliquant cette méthode que les agents pourront obtenir une information contextualisée sur le fondement de la règle. Ici, les règles de droit sont des points d'appuis des acteurs pour orienter leur comportement.

Le point important pour le moment est de voir que l'on peut faire fonctionner le couple interprétation/information de manière indifférenciée sur les corpus économique et juridique. Tandis qu'en économie, nous avons retraduit les considérations informationnelles et considérations herméneutiques (les modalités d'interprétation des signaux transmis) ; ici, nous

---

<sup>49</sup> En réalité, on pourrait tout à fait classer les différentes théories contemporaines de l'interprétation selon le degré de contrainte qu'elles font peser sur l'interprète. Et ces contraintes peuvent à leur tour être conçues de manières très différentes : des contraintes juridiques de fait, des normes de la « communauté interprétative » (Fish, 2007) *etc.*

<sup>50</sup> C'est d'ailleurs une question que l'on retrouve chez M. Troper par exemple.

faisons le chemin inverse : toute réflexion sur l'interprétation peut être vue comme ayant des conséquences sur l'information des acteurs car interpréter une règle c'est en extraire une information particulière, celle-là même qui est cruciale pour pouvoir agir.

## CONCLUSION

Dans cette première partie, on se proposait de rappeler les éléments structurants qui permettent de justifier notre point de départ initial, à savoir que c'est autour de l'information et de l'interprétation que se sont réorganisées la théorie du droit et la théorie économique. Mais, de point de départ relativement descriptif, cette mise en regard de ces évolutions met sur la voie d'une problématique riche de questions interdisciplinaires. En effet, dès lors que l'on considère que l'information est imparfaite en économie, le regard théorique est naturellement porté à considérer l'importance des règles dans la stabilisation des anticipations des acteurs. Cependant, les règles ne peuvent jouer ce rôle que si elles peuvent être décodées correctement par les agents économiques, plus ou moins rationnels. L'économiste suppose donc le plus souvent, à la manière du Bourgeois gentilhomme faisant de la prose sans le savoir, que l'interprétation est un acte de pure connaissance. Or cette hypothèse relève en propre de la théorie du droit.

Parallèlement, en droit cette fois-ci, dès lors que l'on pense que l'interprétation n'est pas un acte cognitivement neutre ou objectif mais qu'il subsiste toujours des éléments discrétionnaires dans la prise de décision des autorités habilitées à interpréter les normes, on est amené à se demander comment les acteurs peuvent savoir quels est le sens des normes. Ceci est d'autant plus vrai que l'on est réaliste c'est-à-dire que l'on soutient que la norme n'a pas d'existence avant d'avoir été interprétée.

On comprend alors que selon ce que les théoriciens du droit considèrent être une interprétation authentique, les conséquences pour l'économie seront fortes. Si l'on pense que l'interprétation est un acte de connaissance, alors c'est en utilisant cette connaissance que les agents rationnels peuvent déduire le sens de la norme appliquée à leur cas particulier. Si on contraire, on pense que l'interprétation est un acte de volonté, alors c'est en anticipant cet acte de volonté que les agents rationnels peuvent adapter leurs propres conduites. Dans tous les cas, le théoricien du droit doit préciser les mécanismes cognitifs qui font que les justiciables connaîtront les règles qui leur seront appliquées par les autorités publiques et pourront ainsi ajuster leur conduite.

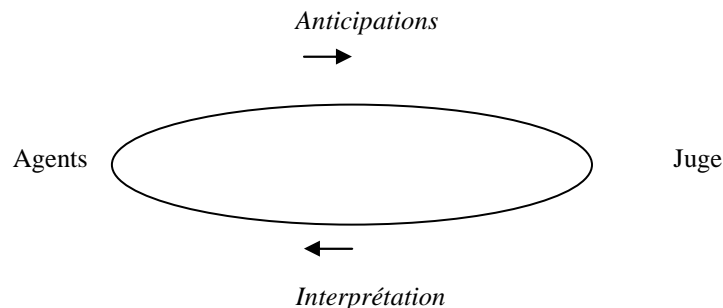
Et il est assez naturel que l'économie du droit, en tant que champ interdisciplinaire, se soit retrouvée aux prises avec ce double débat. L'objet des parties suivantes est de montrer la fécondité de cette hypothèse initiale.

**DEUXIEME PARTIE. DEUX CAS POLAIRES :  
LA THEORIE AUTRICHIENNE ET L'ECOLE DE  
CHICAGO**

## INTRODUCTION

Comme on l'a montré en première partie, information et interprétation sont les deux faces d'une même médaille. Or, il nous semble que cette caractéristique permet de rationaliser le pluralisme contemporain en économie du droit. En effet, les différents courants ne sont pas simplement des courants qui s'opposent de manière plus ou moins radicale mais chacun d'eux propose une articulation particulière entre une certaine représentation de l'information en économie et une certaine représentation de l'interprétation juridique. En mettant au jour cette caractéristique profonde du champ de l'économie du droit contemporaine, on peut alors dresser, dans un premier temps, une typologie raisonnée du pluralisme en économie du droit.

Ce que nous appelons « articulation » est en fait une représentation cohérente de deux éléments : la manière dont les juges prennent leur décision et la manière dont les acteurs peuvent anticiper cette décision. La norme – ou plutôt la signification de l'acte de volonté qui a posé la norme pour parler dans des termes plus proches du réalisme juridique – est alors le fruit d'une certaine co-détermination. Ce processus, nous proposons de l'appeler un *bouclage* théorique à la manière de la figure suivante :



La signification est alors le fruit d'un équilibre entre les anticipations des acteurs sur le sens des normes et les interprétations des juges. Selon les auteurs, les modalités de bouclage de leurs théories sont différentes. L'économie du droit contemporaine propose donc de multiples possibilités pour concevoir des équilibres interprétatifs, ces bouclages entre théorie du droit et théorie économique.

Afin de montrer la pertinence de la thèse ici défendue, nous traiterons d'abord de deux cas polaires particulièrement emblématiques : la théorie de Hayek sur les rapports entre droit et économie et la théorie posnérienne qui constitue encore un point d'ancrage fort de l'analyse

microéconomique standard du droit. Il est tout à fait admis que les théories autrichiennes et néoclassiques s'opposent frontalement sur leur représentation de l'information et de l'incertitude. En revanche, il est moins connu qu'elles s'opposent également – et tout aussi frontalement – sur leur représentation du droit et plus particulièrement sur leur conception de l'interprétation juridique : alors que Hayek défend une thèse de l'interprétation-connaissance (**Chapitre 1. La théorie hayékienne des règles de droit**), Posner, au contraire, adopte une perspective authentiquement réaliste qui fait de l'interprétation un acte de volonté (**Chapitre 2. L'économie du droit posnérienne**).

Or, nous voulons montrer que ces prises de position en ce qui concerne le droit sont le reflet des prises de position de ces deux auteurs concernant la représentation de l'information et ses modalités de traitement et la formation des anticipations. Il existe ainsi une cohérence forte entre les choix analytiques effectués dans le domaine de la théorie du droit et ceux effectués dans le domaine de l'économie.



## CHAPITRE 1. LA THEORIE HAYEKIENNE DES REGLES DE DROIT

Le but de ce chapitre est de montrer que l'on trouve bien chez Hayek une articulation particulière entre interprétation et information (Ferey, 2008). Dans une certaine mesure, Hayek est l'un des théoriciens des rapports entre droit et économie le plus emblématique du lien entre information et interprétation. En effet, Hayek a toujours revendiqué une dimension herméneutique de son approche des phénomènes économiques (Lavoie, 1991). Et c'est largement sur le concept de règle que s'opère cette double dimension de son analyse économique du droit. Dans un premier temps, nous montrons que les règles jouent chez Hayek un rôle fondamental dans la coordination des anticipations des agents économiques (**Section 1. Rôle des règles et anticipation**). Dans un second temps, on montre que, pour rester cohérent, Hayek adopte une représentation de l'interprétation comme un acte de pure connaissance (**Section 2. Interprétation et anticipations**).

### *SECTION 1. ROLE DES REGLES ET ANTICIPATION*

Dans l'univers hayékien, les règles ont ontologiquement partie liée à l'incertitude (Hayek, 1976, p. 8). Ainsi, dans un monde omniscient, les individus n'auraient pas besoin, selon lui, de règles de conduite. Ces règles sont de types très divers : il peut s'agir de règles de droit, de règles techniques ou encore de règles de communication comme les règles du langage. Nous centrerons notre attention sur une catégorie des règles de conduite, les règles de droit.

A l'image de toute règle, les règles de droit sont des modes de conduite des agents économiques. Elles fonctionnent comme des modes de réponses, le plus souvent générales et abstraites, qui aident les acteurs à agir dans un monde incertain. Dans ce cadre, les règles de droit sont moins des contraintes que des outils permettant une action plus efficace (Hayek, 1973, p. 75) car elles permettent aux acteurs de pallier leur ignorance. En effet, les règles de droit cristallisent un certain nombre d'information concernant la manière la plus adaptée d'agir dans un certain contexte (Ferey, 2008).

Mais à cette première fonction des règles, bien connue de la littérature critique sur Hayek (Garrouste, 1999), Hayek en ajoute une seconde, à savoir celle d'assurer un « ordre permanent des actions » (*ongoing order of action*) (Hayek, 1973, p. 98). A plus d'un titre, cette seconde fonction est beaucoup plus fondamentale car les règles jouent alors un rôle crucial dans la coordination des acteurs<sup>51</sup>.

Ce n'est pas uniquement parce que les normes déterminent les règles du jeu social qu'elles sont importantes. Elles sont essentielles pour une autre raison : elles leur permettent d'anticiper les réactions des autres membres de la société à leur propre comportement. On comprend que cette question soit cruciale pour qui s'intéresse à la coordination. Fletwood écrit ainsi que « les actions ne peuvent être coordonnées que si les plans sont coordonnés, et ceci dépend de la coordination des attentes (*expectations*) qui est elle-même fondée sur l'accès des agents au savoir de ce que les autres font ou ont l'intention de faire » (Fleetwood, 1995, p. 94). Hayek est explicite à ce sujet puisqu'il écrit que « les conséquences de l'action d'un individu dépendent largement des règles qui guident le comportement des autres membres de la société » (Hayek, 1976, p. 26)<sup>52</sup>. On peut ici interpréter cette caractéristique des règles en relation avec l'un des thèmes structurant, à savoir la communication. En de nombreux endroits de son œuvre, Hayek rappelle que le marché est un mécanisme de communication de multiples informations décentralisées. En effet, le prix synthétise des informations sur la rareté des biens et sur leur utilité. Et c'est par le biais des prix que ces informations peuvent circuler entre les agents sans nécessité de l'existence d'un agent omniscient<sup>53</sup>.

En suivant Hayek on comprend que les règles jouent un rôle fondamental dans cette diffusion de l'information en apportant aux agents à la fois des informations sur les meilleures réponses à apporter dans des cas particuliers et sur les manières dont les autres individus vont répondre à leurs actions. Ainsi, l'existence d'un droit de propriété sur un actif pour un certain

---

<sup>51</sup> On doit noter que Hayek a évolué sur cette question. Lorsqu'il commence à poser les fondements d'une conceptualisation alternative de l'économie fondée sur la notion d'ordre et non plus d'équilibre à la fin des années 1930, il ne laisse pas tellement de place aux règles dans la coordination. C'est avant tout le marché qui joue le rôle unique de coordination (Hayek, 1937). Au fur et à mesure de l'approfondissement du concept d'ordre spontané cependant, il est amené à insister de manière beaucoup plus forte sur le rôle des règles (Hayek, 1945 ; Fleetwood, 1997) car, selon lui, aucun ordre spontané ne peut exister s'il n'est pas fondé sur des règles.

<sup>52</sup> L'une des questions centrales de la coordination est la « compatibilité des intentions ou des anticipations (*compatibility of intentions and expectations*) » (Hayek, 1942, p. 283 ; voir également Hayek, 1960, p. 160). Pour Burczak par exemple, « la certitude du droit permet aux individus de former des anticipations sur comment les autres agents sont en droit d'agir, et ces anticipations sont essentielles pour guider l'action individuelle d'une manière cohérente avec la coordination sociale » (Burczak, 2002, p. 187).

<sup>53</sup> C'est le point central d'opposition de Hayek au planificateur lors du débat sur la planification soviétique dans les années 1930.

temps (un brevet par exemple) permet à un agent d'anticiper clairement que personne ne pourra l'imiter et le copier et de savoir que son monopole sera garanti. De même, l'existence d'une règle de responsabilité assure à l'agent que personne n'a le droit de violer sa sphère privée sauf à lui payer un dédommagement du préjudice subi.

Pour autant, s'en tenir là serait largement insuffisant pour comprendre ce qui se joue dans la théorie hayékienne. En effet, pour que la théorie hayékienne soit autre chose qu'une pétition de principe, il faut préciser le mécanisme par lequel les agents peuvent inférer une attente particulière, concrète, à partir d'une règle de droit. Comme notre hypothèse initiale développée en première partie le suggérait, la théorie hayékienne des règles de droit fondée sur l'information débouche naturellement sur la question de l'interprétation des règles et de ses modalités.

## *SECTION 2. ANTICIPATION ET INTERPRETATION*

Lorsqu'Hayek discute de la question des anticipations, il emploie le plus souvent l'expression « d'attentes légitimes ». Derrière ce terme, Hayek a en tête deux caractéristiques qui toutes deux convergent vers la question de l'interprétation. Premièrement, il est clair que alors que les règles sont abstraites et le plus souvent générales, les attentes sont concrètes et particularisées. Dit autrement, pour déduire une attente concrète d'une règle abstraite, il faut spécifier le mécanisme qui permet de passer de l'une à l'autre ou, en termes théorie du droit, d'en déterminer le sens en vue de préciser la portée de la règle dans son contexte. De ce point de vue, Hayek semble adopter une vision largement « inconsciente » de l'interprétation dans la mesure où il se méfie de toute explicitation trop grande des règles. Chez lui, les règles semblent s'appliquer de manière spontanée sans médiation de la conscience claire des individus. Certes, il ne s'agit pas d'affirmer que les règles sont « naturelles » mais elles ne sont pas non plus artificiellement construites puisqu'elles sont largement le résultat d'une sélection sociale et d'une évolution que personne ne maîtrise. Ainsi, Hayek prend souvent l'exemple du langage comme d'une pratique sociale où tout le monde a pris l'habitude de suivre des règles sans en permanence en référer à sa pensée consciente (oserait-on dire que tout le monde possède un *habitus* qui lui permet d'appliquer les règles ?). Car les règles

incorporent une connaissance des faits « qui n'apparaît pas dans notre pensée conceptuelle (*conceptual thought*) » (Hayek, 1976, p. 21)<sup>54</sup>.

Ainsi, Hayek affirme souvent que les règles permettent de s'interroger sur le comment sans avoir à demander le pourquoi. L'efficacité des règles vient précisément qu'elles économisent sur les capacités cognitives des agents en substituant un savoir comment (*knowing how*) à un savoir pourquoi (*knowing that*) (Fleetwood, 1997, p. 156 ; Hayek, 1960, p. 28). C'est une même représentation des règles qui est à l'œuvre ici : l'interprétation individuelle des règles est conçue comme un phénomène largement immédiat, habituel et non réflexif.

Pour autant, et même si l'on adhère à cette représentation hayékienne, cette solution ne résout qu'une partie du problème de l'interprétation juridique. Fondamentalement, cela ne dit rien sur la manière dont plusieurs individus vont se mettre d'accord sur une interprétation partagée d'une règle de droit. Or les conflits du monde social autour du droit sont précisément des conflits d'interprétation : le fait que des individus différents déduisent des anticipations contingentes différentes sur le fondement de règles communes. Hayek le reconnaît d'ailleurs dans un texte d'une portée considérable, souvent sous-estimé, concernant le juge et sur lequel il convient de s'arrêter. L'enjeu est important car ce n'est qu'à la condition que l'interprétation soit partagée que les règles peuvent venir stabiliser et coordonner les actions des acteurs.

Dans ce texte consacré au juge, Hayek reconnaît d'abord que pour les règles de droit, il peut exister des conflits « d'opinions » à propos de leur signification. Dit autrement, les agents peuvent croire des choses différentes à propos du sens des règles. C'est une idée qui est d'ailleurs présente dès 1942 dans ses articles sur l'ontologie sociale<sup>55</sup> où il reconnaît que « la connaissance et les croyances des diverses personnes, alors mêmes qu'elles possèdent une structure commune qui rend possible la communication, seront cependant différentes et souvent opposées à maints égards » (Hayek, 1942, p. 280).

Dès lors, cette reconnaissance des différences d'opinions ne ruine-t-elle pas le rôle des règles de droit d'assurer des anticipations communes. Dans une certaine mesure, certainement. C'est là où le juge apparaît comme un élément essentiel chargé précisément de

---

<sup>54</sup> Ceci explique que, parfois, Hayek est tenté par une justification en termes de tradition ou d'idéologie. Les ordres spontanés ne se soutiennent selon lui que par l'idéologie. Il faut interpréter cette phrase ici comme l'idée que l'idéologie est avant tout, comme le dit Ricoeur, une modalité d'intégration sociale (Ricoeur, 1995 ; voir également, sur cette question des rapports entre tradition, idéologie et interprétation juridique, Rosenfeld, 1998).

<sup>55</sup> Sur l'ontologie sociale chez Hayek et le lien entre son ontologie, les croyances des individus et la signification des faits sociaux, voir Nadeau, 2001.

trancher ces conflits d'interprétation, ces différences d'opinions des agents à propos du sens des règles. Or le maître mot de Hayek en ce qui concerne le juge est d'affirmer qu'il a essentiellement un rôle de « découverte » du sens des règles.

Dans ce cadre, le juge est d'ailleurs « supposé » en savoir davantage (Hayek, 1973, p. 99). Il faut donc reconnaître que Hayek introduit une asymétrie assez forte entre les agents qui peuvent avoir des croyances différentes à propos du sens des règles et les juges qui, eux, ont une connaissance à propos de ces règles. Dans toutes les croyances individuelles, il y a donc de vraies et de fausses croyances. Et c'est au juge, parce qu'il en *sait* davantage sur l'ordre spontané, de fournir l'interprétation légitime – vraie – par un processus d'interprétation qui est fondamentalement conçu comme un acte de pure connaissance. Cette connaissance s'appuie elle-même sur la connaissance de la nature de l'ordre spontané<sup>56</sup>.

L'architecture de Hayek concernant l'interprétation juridique est relativement complexe. D'un côté, les capacités cognitives des agents (information disponible traitement de l'information) sont considérées comme radicalement imparfaites. C'est d'ailleurs pour cette raison même que les agents ont recours à des règles. Parallèlement, leurs capacités d'interprétation sont en revanche très fortes. Ou tout au moins, le juge est conçu comme un agent qui peut, par un acte de connaissance non problématique, les éclairer sur le vrai sens des règles et ainsi participer aux bonnes anticipations des acteurs.

D'un point de vue de critique interne<sup>57</sup> qui est le nôtre, on peut le comprendre assez aisément. Hayek n'a en réalité pas le choix des armes car s'il reconnaissait que l'acte d'interprétation du droit était un acte de volonté, alors les acteurs ne pourraient plus prendre appui sur les règles de droit pour s'orienter dans un univers incertain et opaque.

---

<sup>56</sup> Ce point est largement cohérent avec les aspects jusnaturalistes de Hayek (la connaissance du droit est déduite de la connaissance d'un ordre naturel) et son opposition aux traditions positivistes.

<sup>57</sup> D'un point de vue de critique externe, on voit cependant que si l'on remettait en cause le parti pris initial que l'interprétation est un acte de connaissance, toutes les caractéristiques de l'ordre spontané en termes d'efficacité s'effondreraient.

## CHAPITRE 2. L'ÉCONOMIE DU DROIT POSNERIENNE

A certains égards, la théorie posnérienne en économie du droit constitue l'exacte opposée de la tradition autrichienne et ceci aussi bien sur les questions d'interprétation que d'information. En effet, Posner articule interprétation et information de manière radicalement nouvelle par rapport à Hayek : il prend acte du réalisme et considère l'interprétation comme un acte de volonté mais suppose dans le même temps que les agents sont parfaitement informés des décisions futures des juges. Pour présenter et discuter la théorie posnérienne, nous partirons donc de ses postulats en ce qui concerne le droit pour montrer comment la position réaliste nécessite de renforcer considérablement les capacités des agents en termes d'information disponible et de capacités de traitement de cette information.

Dans sa version traditionnelle, celle de la synthèse posnérienne, l'économie du droit a deux objectifs théoriques et méthodologiques. Le premier est de prédire les conséquences des règles de droit sur le comportement d'acteurs supposés agir rationnellement vis-à-vis de ces règles. C'est la thèse dite descriptive ou prédictive<sup>58</sup>. C'est la poursuite, appliquée au droit, du programme beckerien. Le second est d'utiliser les modèles d'économie du droit comme des clefs de lectures des décisions juridiques elles-mêmes. C'est la thèse dite explicative. Dans ce cadre, l'objet d'analyse n'est pas le comportement d'agents économiques soumis à des règles de droit mais les décisions jurisprudentielles des juges lorsqu'ils ont à connaître des affaires. L'idée maîtresse de Posner est que l'économie peut expliquer la formation du droit lui-même car on peut étudier les décisions jurisprudentielles comme si elles cherchaient à être efficaces. Les décisions jurisprudentielles sont rationalisées en identifiant leurs vrais déterminants : la recherche de l'efficacité économique. Posner, s'appuie ici sur la tradition philosophique du réalisme juridique (Posner, 1993).

L'objet de ce chapitre est de s'interroger sur la cohérence de ces deux thèses étroitement liées l'une à l'autre. En effet, elles s'appuient chacune sur une représentation différente de la règle de droit, elle-même largement héritée des deux traditions auxquelles

---

<sup>58</sup> Ce premier objet vient évidemment du programme de recherche beckerien qui cherche à appliquer les outils économiques à des comportements non-économiques.

puise Posner. Il s'agira d'identifier sous quelles conditions il est possible de concilier ces deux aspects de la théorie posnérienne. Notre méthode est donc celle d'une reconstruction rationnelle de la pensée posnérienne. Au vu de l'abondante littérature appliquée en économie du droit, nous illustrerons notre propos par l'exemple du modèle canonique de responsabilité civile<sup>59</sup>. Ceci permettra de montrer comment les problèmes méthodologiques se retrouvent au niveau de la modélisation elle-même des interactions juridiques. Plus spécifiquement, on voudrait montrer que c'est par le biais d'une hypothèse d'anticipation rationnelle que Posner parvient à faire le lien entre ses positions de juristes et ses positions d'économistes. On met alors en évidence tout à la fois la très grande cohérence du projet posnérien dans ses représentations du droit et de l'économie et ses limites.

Du côté de la théorie du droit, Posner adopte une représentation « réaliste » du droit à savoir que, philosophiquement, l'interprétation juridique est une *décision*, un acte de volonté. S'opposant aux méthodes traditionnelles des juristes, Posner reprend à son compte la tradition réaliste américaine. Dès lors, les modèles économiques peuvent prendre un statut extrêmement fort en ce qu'ils constituent des modèles d'interprétation des règles. Épistémologiquement, l'économie du droit n'est plus seulement une théorie instrumentale prédisant les conséquences – économiques – des règles juridiques mais peut être considérée et utilisée comme une authentique méthode interprétative en droit. Mais dans le même temps, si l'interprétation n'est pas un acte de connaissance, alors Posner doit préciser la manière dont les agents destinataires de ces règles peuvent anticiper leur signification et connaître réellement les contraintes auxquelles ils font face. Et c'est pour répondre à cette question que Posner mobilise une hypothèse d'anticipation rationnelle.

Il s'agit ici de revenir sur les attendus de ce projet posnérien d'économie du droit en l'éclairant par les contributions qui se développent à la même époque, notamment en macroéconomie autour de Lucas, Barro, Sargent, concernant les anticipations rationnelles. Un tel rapprochement peut, au premier abord, surprendre. Posner n'utilise jamais explicitement les théoriciens des anticipations rationnelles et les deux littératures ne semblent pas avoir réellement dialogué entre elles<sup>60</sup>. Pourtant, plusieurs éléments suggèrent qu'un tel rapprochement pourrait être fécond. D'abord, on ne peut qu'être frappé par la coïncidence

---

<sup>59</sup> Certes, il peut exister des variantes de ce modèle canonique selon les démarches des auteurs. Cependant, le modèle de Posner et Landes de 1982 est exemplaire de la méthode posnérienne. Comme le reconnaissent les auteurs, l'article présente peu de nouveautés (Posner et Landes, 1982, p. 865), mais de par le genre de cet article – une contribution de synthèse – les traits principaux de l'analyse posnérienne sont présents.

<sup>60</sup> On pourrait ajouter une autre ligne de fracture : tandis que Posner reste partisan de la méthode d'équilibre partiel traditionnelle des analyses de Chicago, la révolution des anticipations rationnelles marque au contraire une adhésion à un cadre d'analyse d'équilibre général.

historique de la naissance des deux programmes de recherche : tous deux sont nés à Chicago dans le courant des années 1970<sup>61</sup>. Ensuite, et plus fondamentalement, la révolution des anticipations rationnelles a mis au premier plan l'importance des règles de décision en matière de politique économique (Kydland and Prescott, 1977). Or c'est précisément à élaborer une théorie économique des règles – juridiques – qu'est consacré le programme posnérien.

Ainsi, chacun de ces programmes de recherche envisage les questions de règles, d'interprétation des règles et des conséquences de ces interprétations sur les anticipations des agents économiques. Mais ils n'insistent pas avec la même force sur deux aspects du problème d'un agent agissant selon des règles. Du côté de l'économie du droit, c'est le rapport entre existence d'une règle et interprétation de la règle qui est interrogée. Du côté de la littérature des anticipations rationnelles, c'est avant tout le rapport entre les règles de décision et les anticipations des acteurs qui est central.

Plus spécifiquement, on voudrait montrer que Posner utilise, sans réellement l'affirmer, une hypothèse d'anticipation rationnelle dans ses modèles d'économie du droit. Cette hypothèse lui permet en réalité d'assurer une cohérence entre sa représentation du droit d'une part et sa représentation du comportement économique d'autre part. On met alors en évidence tout à la fois la très grande cohérence du projet posnérien dans ses représentations du droit et de l'économie et ses limites.

Du côté de la théorie du droit, Posner adopte une représentation « réaliste » du droit à savoir que l'interprétation juridique est une *décision*, un acte de volonté. S'opposant aux méthodes traditionnelles des juristes, Posner reprend à son compte la tradition réaliste américaine. Dès lors, les modèles économiques peuvent prendre un statut extrêmement fort en ce qu'ils constituent des modèles d'interprétation des règles. Épistémologiquement, l'économie du droit n'est plus seulement une théorie instrumentale prédisant les conséquences – économiques – des règles juridiques mais peut être considérée et utilisée comme une authentique méthode interprétative en droit. Mais dans le même temps, si l'interprétation n'est pas un acte de connaissance, alors Posner doit préciser la manière dont les agents destinataires de ces règles peuvent anticiper leur signification et connaître réellement les contraintes

---

<sup>61</sup> Ce que nous appelons ici « révolution des anticipations rationnelles » est l'ensemble des recherches nées des premiers travaux de Muth (Muth, 1961) et développées au cours des années 1970 par des auteurs comme Lucas, Barro, Sargent ou encore Wallace. Dès les années 1960, on trouve cependant chez les économistes du droit comme Demsetz, une hypothèse concernant les anticipations mais qui se rapproche davantage d'une hypothèse d'anticipation parfaite.



auxquelles ils font face. Et c'est pour répondre à cette question que Posner mobilise une hypothèse d'anticipation rationnelle.

Les enjeux de cette question sont doubles et se situent à des niveaux différents. D'une part, Posner illustre le fait que l'articulation entre droit et économie se fait autour du couple interprétation/anticipation. La révolution herméneutique en droit trouve son double dans la révolution cognitive en économie<sup>62</sup>. Et Posner illustre une modalité possible d'organiser une réflexion sur l'interprétation juridique et sur les anticipations des acteurs économiques soumis à des règles. Ceci permettra alors de jeter un nouveau regard sur un certain nombre de thèmes structurants de la pensée posnérienne. D'autre part, et plus généralement, cela amène à s'interroger sur l'utilisation et la pertinence de l'hypothèse d'anticipation rationnelle en économie du droit.

Notre démonstration se fera en deux temps. Dans un premier temps, nous montrons que, en tant qu'héritier de la philosophie du droit réaliste (*legal realism*), Posner adopte une théorie particulière de l'interprétation juridique comme un acte de volonté. Cette représentation initiale présente un certain nombre de conséquences fortes sur sa représentation de la nature de la norme juridique, des méthodes d'explication des décisions juridiques et de la manière dont les règles de droit peuvent induire les agents à agir de manière efficace (**Section 1. Modèles économiques et interprétations juridiques**). Mais ce que Posner gagne sur le terrain de la théorie du droit met le versant économique de sa théorie sous tension. En effet, si l'interprétation est un acte de volonté, l'agent économique ne peut pas connaître les règles qu'il doit suivre. Posner se doit donc de préciser les mécanismes cognitifs par lesquels les agents peuvent anticiper la signification des normes de droit (**Section 2. Anticipations rationnelles et signification des normes**).

### *SECTION 1. MODELES ECONOMIQUES ET INTERPRETATION JURIDIQUE*

Tout au long de son œuvre, Posner n'a jamais caché l'importance qu'avait eue pour lui, et par ricochet pour l'ensemble de l'économie du droit développée à Chicago, la théorie réaliste<sup>63</sup>. Trop souvent cependant, les commentateurs n'y ont vu que l'expression d'une conviction commune au réalisme et à l'économie du droit : celle du caractère proprement

---

<sup>62</sup> On ne peut qu'être frappé par le fait que c'est ce même mouvement que l'on retrouve à la frontière de l'économie et de la sociologie (Favereau, 1998).

<sup>63</sup> Pour une présentation historique et méthodologique du réalisme américain, voir par exemple Michaut, 1994.

instrumental du droit. Le réalisme juridique comme l'économie du droit partagerait une même représentation des règles juridiques, celles de contraintes permettant aux autorités publiques d'orienter au mieux les comportements des agents. Et dans les modèles d'économie du droit, ces contraintes juridiques prennent la forme d'incitations – de prix implicites.

Il nous semble que la filiation est en réalité beaucoup plus profonde et significative<sup>64</sup>. Le message principal de la théorie réaliste est, comme on l'a vu en première partie, de s'interroger sur la nature de l'activité de jugement effectué par les autorités habilitées à appliquer les normes. Plus précisément, à la vision formaliste traditionnelle qui considère que le juge ne fait qu'appliquer le droit par une interprétation impartiale et cohérente, la théorie réaliste pointe du doigt le fait que toute interprétation nécessite une certaine dose de pouvoir discrétionnaire. Plus abruptement, il s'agit de prendre acte du fait que l'interprétation est, fondamentalement, une *décision libre* et non une activité de *connaissance* ou de *découverte*.

Adopter une perspective réaliste permet à Posner de fonder l'économie du droit comme une authentique théorie de l'interprétation juridique. Car la conséquence épistémologique pour la science du droit est évidente. L'activité de jugement des juridictions n'est pas nécessairement décrite de manière pertinente par ceux qui prétendent y trouver le fruit de méthodes claires, déterminées et non ambiguës. Au contraire, cette activité sociale peut être décrite et expliquée de manière plus féconde si l'on y voit le fruit de décisions. Ceci laisse alors une place de choix à l'économie comme méthode explicative du droit dans la mesure où l'économie est précisément la théorie de la décision par excellence. Mais la réflexion sur la nature de l'interprétation juridique débouche nécessairement sur une interrogation proprement économique portant sur la nature des anticipations que des agents rationnels peuvent effectuer sur le fondement de règles publiques. Si les règles de droit n'ont pas de sens clair et que leur signification doit toujours être reconstruite, alors comment penser les mécanismes par lesquels un agent rationnel anticipe le sens des règles de droit pour guider sa propre conduite ? Avec l'interprétation, c'est en réalité toute la manière dont on envisage le rôle économique du droit qui se trouve interrogée.

---

<sup>64</sup> Dans ce cadre, l'économie du droit est alors considérée comme une science auxiliaire au droit, instrumentale et explicative des conséquences attendues de telle ou telle règle (Kornhauser, 1985).

### **Sous-section 1. L'héritage réaliste de Posner**

Dans beaucoup de ses travaux théoriques et méthodologiques, Posner prend largement acte de cette mort du formalisme. Il a ainsi toujours émis des doutes sur la possibilité d'effectuer le travail d'interprétation comme une déduction purement rationnelle à partir de l'énoncé d'une norme (Posner, 1970, p. 637). Dès lors, aucune des méthodes formelles d'interprétation – littéralité du texte, recherche d'une intentionnalité de l'auteur de la règle et doctrine analytique – n'est susceptible de fournir des interprétations objectives. Ne serait-ce que parce que le langage juridique est toujours vague et ambigu (Posner, 1996, p. 364 ; Posner, 1995, p. 520). C'est dans ce cadre qu'il faut comprendre ses travaux d'économie du droit mais, auparavant, il faut caractériser, du point de vue de la philosophie du droit, les éléments constitutifs du réalisme en droit auxquels adhère Posner.

Le premier élément est de bien distinguer la norme elle-même de l'énoncé de cette norme puisqu'un même énoncé peut en réalité signifier plusieurs normes différentes selon l'interprétation qui en est donnée. Ainsi, un même énoncé P peut en réalité signifier P<sub>1</sub>, P<sub>2</sub>, P<sub>3</sub>... (Troper, 2000, p. 56). Le deuxième élément est que la signification de la norme est bien distincte de la sanction associée à cette norme. On ne peut donc considérer que la norme juridique soit réductible à une sanction. Par conséquent, la norme de droit n'a pas la nature d'un prix chez Posner contrairement à ce qu'on dit parfois. Le prix est simplement la sanction d'un comportement déclaré illicite conformément à la norme. Mais le fait que le comportement de l'agent soit déclaré illicite dépend en réalité de l'interprétation que l'on fait de la norme P. Dans les termes du modèle classique de la responsabilité, par exemple, un même énoncé P du type « tout agent est responsable du dommage s'il n'a pas pris les précautions adéquates » peut en réalité signifier que l'agent doit prendre un montant de précaution égal à x<sub>1</sub>, à x<sub>2</sub>, à x<sub>3</sub> *etc.* Le fait que la sanction s'applique effectivement à l'agent dépend de savoir s'il sera ou non déclaré responsable du dommage subi par la victime. Or, ceci dépend crucialement de la manière dont la norme est interprétée par les autorités habilitées à le faire<sup>65</sup>.

Enfin, le troisième élément est que l'interprétation possède bien le caractère d'une décision. Ce positionnement de Posner est fondamental car, comme nous le verrons, c'est la raison pour laquelle l'économie peut avoir quelque chose à dire sur l'interprétation

---

<sup>65</sup> Remarquons que dans ce cadre, la norme a alors une nature purement « idéelle ». Elle n'a pas d'existence matérielle mais appartient au monde des représentations humaines, des croyances. On retrouve d'ailleurs cette caractéristique en économie.

juridique<sup>66</sup>. En effet, il autorise, pour interpréter les normes de droit, à ne plus recourir aux concepts mêmes dans lesquels les juges pensent leurs propres pratiques interprétatives. Celles-ci sont en réalité suspectes en ce qu'elles cache, derrière une rhétorique, la vraie nature de l'interprétation, celle d'être une pure décision. Il faut donc aller au-delà des textes et des opinions pour trouver les vrais raisons des décisions. Posner ouvre en réalité la possibilité à la théorie économique de se poser en authentique théorie de l'interprétation juridique.

## **Sous-section 2. Les modèles économiques comme modèle d'interprétation**

C'est là que Posner se sépare des autres courants jurisprudentiels issus du réalisme. En effet, s'il renonce au formalisme, il n'entend pas cependant renoncer à la seconde thèse du réalisme juridique, à savoir qu'une science objective du droit reste possible. Plus précisément, le recours à la théorie économique peut permettre, aux yeux de Posner, de sortir de l'ornière de l'indétermination du sens en fournissant aux interprètes des règles de droit, un savoir plus cohérent et plus rationnel.

Nous illustrerons ce positionnement de Posner par l'exemple des modèles de responsabilité civile (Posner et Landes, 1982). Le but de Posner est de modéliser le conflit que le juge doit trancher. Il s'agit d'une interaction sociale particulière où un individu (A) fait subir – ou risque de faire subir – un dommage (D) à un agent B. A l'instance, A est le défendeur<sup>67</sup> et B la victime<sup>68</sup>. Dès lors, la réalisation du dommage est un événement probabilisable qui est le fruit des activités de chacun des agents. Supposons ainsi que la valeur du dommage D a une probabilité  $p$  de se réaliser. Les pertes attendues liées au dommage sont ainsi  $pD$ . Selon les comportements de A et de B,  $p$  peut cependant varier. Ainsi, A peut, par exemple, prendre un certain niveau de précaution (montant d'unité de précaution) afin d'éviter la survenance du dommage. Posons donc  $x$  et  $y$  le niveau de précaution engagé respectivement par A et B, avec  $p = p(x,y)$ <sup>69</sup>. Sous les hypothèses habituelles, on suppose que le niveau de précaution diminue la probabilité de survenance du dommage mais que cette

---

<sup>66</sup> Ce lien entre théorie réaliste en droit, décision et analyse économique est d'ailleurs explicitement fait par Elster *in* Elster, 2005. Cependant, Elster en reste avant tout à une vision programmatique de cette relation.

<sup>67</sup> On a choisi ici de traduire le mot *injurer* – celui qui a causé le préjudice – par défendeur.

<sup>68</sup> On ne traite ici que des délits non-intentionnels, c'est-à-dire ceux où il n'y a pas d'intention de commettre le dommage.

<sup>69</sup> On pourrait bien entendu compliquer l'analyse et supposer, par exemple, que le niveau de précaution a une incidence sur le montant du préjudice. Ces modifications sont ici laissées de côté en ce qu'elles ne touchent pas la méthode proposée par Posner (Posner et Landes, 1982, p. 871).

réduction se fait à un taux décroissant et que les coûts marginaux de précaution  $A(x)$  et  $B(y)$  sont croissants, l'un avec  $A'_x > 0$  et l'autre avec  $B'_y > 0$ .

On peut alors très simplement reformuler les fonctions d'utilité de A et de B<sup>70</sup>. Du point de vue du défendeur, A, l'utilité espérée est désormais

$$\begin{aligned} U_A &= p(I_A - D - A(x)) + (1 - p)(I_A - A(x)) \\ &= I_A - pD - A(x) \end{aligned}$$

et pour la victime du dommage :

$$\begin{aligned} U_B &= p(I_B - B(y)) + (1 - p)(I_B - B(y)) \\ &= I_B - B(y) \end{aligned}$$

Le bien être-social est donné par la fonction de maximisation de la richesse sociale :

$$\begin{aligned} U_S &= \sum_i U_i \\ &= I_A + I_B - pD - A(x) - B(y) \end{aligned}$$

Comme  $I_A$  et  $I_B$  sont donnés, maximiser le bien-être social  $U_S$  revient en fait à minimiser une fonction de perte sociale  $L(x,y)$  définie comme la somme des coûts privés

$$L(x, y) = p(x, y)D + A(x) + B(y)$$

Pour minimiser cette fonction de pertes sociales, les conditions du premier ordre sont données par (1) et (2) :

---

<sup>70</sup>  $I_A$  et  $I_B$  sont les revenus des agents. De plus D renvoie ici à la valeur du dommage. Ces fonctions d'utilité ne dépendent pas de l'*enforcement*. En effet, en supposant gratuit le recours aux tribunaux, tous les litiges seront nécessairement tranchés par un tribunal. Par ailleurs, Posner suppose que les agents sont neutres au risque. Pour Posner, en effet, le droit de la responsabilité ne vise pas à assurer les agents contre le risque mais bien à obtenir le niveau optimal d'externalité. L'assurance des agents est implicitement dévolue aux compagnies d'assurance privées (Posner et Landes, 1982, p. 867). Dans des modèles plus complexes, on peut cependant introduire l'influence de l'assurance sur le comportement de précaution des agents notamment en cas d'asymétrie d'information entre le principal (assurance) et l'agent (Shavell, 1987, pp. 210-215 ; White, 1988, p. 1224).

$$\begin{cases} \frac{\partial L(x, y)}{\partial x} = 0 \Leftrightarrow p_x D + A_x = 0 & (1) \\ \frac{\partial L(x, y)}{\partial y} = 0 \Leftrightarrow p_y D + B_y = 0 & (2) \end{cases}$$

ou plus simplement, en laissant de côté les conditions de second ordre,

$$\begin{cases} A_x = -p_x D & (3) \\ B_y = -p_y D & (4) \end{cases}$$

Ces conditions n'ont pas de quoi surprendre. En effet, A (resp. B) est prêt à engager des coûts de précaution jusqu'à ce que le coût marginal soit égal à la diminution du dommage espéré (Posner et Landes, 1982, p. 870). Ce que traduit l'équation (3) (resp. (4))<sup>71</sup>. Cette étape de la définition des conditions d'optimalité est toujours première et se retrouve dans l'ensemble des modèles (Brown, 1973, pp. 324-325 ; Shavell, 1980, pp. 9-10)<sup>72</sup>. On peut tout de suite remarquer que la définition de l'optimalité ne prend en compte que des fondamentaux économiques (préférences des agents, fonction de précaution, montant du dommage)<sup>73</sup>.

Dans l'exemple présenté ci-dessus, on peut, en fait, distinguer trois situations : la première est le cas où la fonction de pertes sociales est minimisée pour  $L(0, y^*)$ , la seconde pour  $L(x^*, 0)$  et la troisième pour  $L(x^*, y^*)$  (avec  $x^* > 0$  et  $y^* > 0$ ). Les deux premiers cas définissent des situations où le dommage est causé de manière unilatérale par le défendeur ou par la victime (Shavell, 1980, p. 10). Le dernier cas est celui où la réalisation du dommage est bilatérale. Il définit alors un couple de niveau de précaution optimal pris respectivement par la victime et par l'auteur du préjudice (Shavell, 1980, p. 17).

<sup>71</sup> Dans un arrêt célèbre (*United States vs. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir.) 1947), le juge Hand avait énoncé que doit être déclaré responsable l'agent qui aurait pu éviter l'accident au moindre coût. Cette formule est, du point de vue économique, insuffisante car elle ne s'intéresse qu'au montant absolu de précaution. C'est pourquoi Posner en présente une version modifiée en termes de coûts et de bénéfices marginaux (Posner, 1977, p. 124).

<sup>72</sup> Pour Brown, par exemple, le problème est exactement le même que celui d'une production où deux *inputs* – ici les montants de précaution – produisent un *output* (Brown 1973, pp. 324-325). Brown identifie alors le problème de l'efficacité à celui d'un planificateur qui choisit de manière optimale le niveau des deux *inputs* qui maximisent la valeur de l'*output*. De même pour Shavell, « si une règle de responsabilité entraîne des productions qui maximisent le bien-être, elle sera appelée efficace » (Shavell, 1980, p. 10).

<sup>73</sup> Enfin, on suppose qu'il existe des coûts de transaction prohibitifs entre les deux agents (Posner et Landes, 1982, p. 872 ; Posner, 1972, p. 37). En effet, en l'absence de coûts de transaction, les agents auraient la possibilité de contracter entre eux et de décider ensemble du niveau de précaution de chacun. On est donc dans une situation d'externalité que ne peut pas prendre en compte le théorème de Coase et donc où le droit importe.

Pour chacun de ces cas, on peut assez facilement montrer qu'il existe une règle de responsabilité qui incite les agents à prendre les niveaux de précaution efficaces<sup>74</sup>, c'est-à-dire qui minimise la perte attendue  $L(x,y)$ . Prenons le cas de l'agent A et appelons  $x_j$  le montant de précaution prescrits par le juge : si  $x < x_j$ , l'agent A est déclaré responsable et doit payer les dommages et intérêts D à la victime ; si, au contraire,  $x \geq x_j$ , A n'est pas déclaré responsable et c'est la victime qui supporte le coût du dommage. En termes généraux,  $x_j$  est tel qu'il minimise la fonction de perte  $L(x, y)$ .

Selon les cas – et les fondamentaux économiques –  $x_j^*$  peut être nul ou positif. Bien entendu, conformément à la théorie réaliste, le juge est parfaitement libre de fixer  $x_j$  comme il l'entend puisqu'il n'est tenu par aucune « vraie » signification de la norme. Ce que cherche à montrer Posner, c'est qu'il existe une correspondance entre les décisions des juges lorsqu'ils interprètent les règles de droit de la responsabilité et les incitations qui permettent de minimiser la fonction de coût social. Pour Posner, les juges effectuent le plus souvent ce travail de mise en cohérence de la nature des litiges et des règles qui s'y appliquent. Le juge construit sa solution – et crée ainsi un précédent qui a vocation à s'appliquer pour tous les cas semblables futurs – en essayant de minimiser ce coût social (Posner, 1972, p. 37). L'analyse économique du droit ne défend donc pas une théorie particulière de la responsabilité mais tente de déterminer la règle optimale – ou plus exactement l'interprétation optimale des règles existantes – qui correspond à chaque espèce. Elle tente de montrer que les décisions des juridictions dans leur interprétation des règles de responsabilité correspondent aux prescriptions des modèles économiques de la responsabilité.

---

<sup>74</sup> Ceci étant posé, le droit dispose d'au moins quatre règles possibles de responsabilité pour réguler les comportements des agents et assurer la rétribution des victimes : l'absence de responsabilité (*no liability*), la responsabilité sans faute (*strict liability*), la responsabilité pour faute (*negligence*) et la responsabilité pour faute avec faute contributive (*contributory negligence*). La première règle consiste simplement à exonérer l'auteur du préjudice de sa responsabilité. La victime supporte alors seule le poids du dommage. La deuxième règle (*strict liability*) consiste au contraire à déclarer automatiquement responsable du dommage l'auteur du préjudice ; le seul fait du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage suffit à établir la responsabilité du défendeur. La troisième règle, la responsabilité pour faute, rattache la responsabilité au comportement fautif du défendeur. Afin de démontrer la responsabilité de celui-ci, il faut ainsi démontrer son manquement à un devoir de diligence. Le juge, ou le jury, compare alors son comportement à celui d'un « homme raisonnable » placé dans des circonstances analogues. En droit américain, l'un des moyens mis à la disposition du défendeur pour s'exonérer de sa responsabilité, et c'est là la dernière règle que traite Posner, consiste à démontrer la faute contributive de la victime (*contributory negligence*). Dans ce cas – c'est-à-dire si la faute de la victime est avérée – on considère qu'il n'y a aucune raison de retenir une quelconque responsabilité du défendeur puisque le préjudice n'aurait pas eu lieu sans la faute de la victime. C'est dès lors cette dernière qui subit l'ensemble des coûts du dommage. Chaque litige ou catégorie de litige, chaque cas d'espèce ou ensemble de cas, peut donc être défini par la fonction de perte sociale  $L(x,y)$ . Selon les cas, il n'y a aucune raison que les niveaux optima de précaution soient similaires.

C'est en cela que l'économie du droit est une théorie interprétative : elle rationalise les interprétations juridiques et cherche à prédire ces interprétations en fonction des différents cas de figure. Pour Posner, on doit par exemple s'attendre à ce que les cas où  $L(x, y)$  est minimisée pour  $y^*=0$  et  $x^*>0$  soient régis par une règle de responsabilité pour faute (*Negligence*). Comme il l'écrit d'ailleurs, « les règles de responsabilité modélisée sont des concepts économiques de responsabilité : il reste à voir si les règles juridiques effectives de responsabilité correspondent aux prédictions du modèle économique » (Posner et Landes, 1982, p. 883). Certes, les modèles économiques ignorent « le langage, les concepts et les raisonnements » présents explicitement dans les décisions judiciaires (Posner et Landes, 1982, p. 863), mais cela ne présente pas, selon Posner, de difficultés. Comme il l'écrit dès la première édition de *Economic Analysis of Law*,

*« Certes, peu d'opinions juridiques contiennent des références explicites aux concepts économiques et peu de juges ont une formation solide en économie. Mais les réels fondements des décisions sont souvent dissimulés (concealed) plutôt qu'éclairés par les opinions judiciaires [...]. C'est un avantage, et non un inconvénient, de l'analyse économique de ne pas analyser les cas dans les termes conceptuels employés dans les opinions elles-mêmes »* (Posner, 1973, p. 6)

A l'issue de cette présentation de l'esprit des modèles de responsabilité, on peut noter que la pratique de Posner correspond bien à ses présupposés réalistes. On comprend toute l'importance que revêt l'adhésion à une position anti-formaliste telle qu'on l'a présentée ci-dessus. L'analyse économique donne à voir, selon Posner, les réels fondements des décisions judiciaires<sup>75</sup> et fournit des éléments de prédiction des interprétations juridiques<sup>76</sup>. Ainsi, dans notre exemple, l'interprétation du juge des normes de responsabilité correspond bien à une décision : le choix de  $x_j$ , à savoir le niveau de précaution qui permet à A de s'exonérer de sa responsabilité. Et le modèle économique permet de prédire pourquoi telle ou telle interprétation (décision) s'est imposée.

Ainsi, l'influence réaliste affirmant que l'interprétation juridique est le fruit d'un acte de volonté permet de fonder l'économie du droit comme une méthode possible d'interprétation,

---

<sup>75</sup> On ne compte pas, chez Posner, les occurrences de cette conviction fondamentale. Ainsi par exemple, Posner écrit que « cette analyse fournit des prédictions concernant la combinaison de responsabilité stricte et de négligence que l'on observera dans le droit si la théorie positive est correcte » (Posner et Landes, 1982, p. 877). De même, à propos du droit des contrats, « on peut s'attendre à ce que le droit des contrats ait, en fait, été formé par des considérations d'efficacité, même si les juges et les juristes peuvent trouver difficile d'articuler les fondements économiques du droit » (Posner et Rosenfield, 1977, p. 89).

<sup>76</sup> Posner parle parfois de sa théorie du droit comme d'une théorie du « comme si (*as if*) » (Posner, 1981, p. 775).



alternative et parfois plus pertinente que les méthodes juridiques traditionnelles. Cependant, ce qui est gagné sur le terrain de la théorie du droit risque d'être perdu sur le terrain de la théorie économique. En effet, si l'interprétation n'est jamais claire par elle-même et si elle dépend fondamentalement de la décision des autorités habilitées à dire le droit, alors se pose un problème au sein même de la pensée et de la modélisation posnérienne : comment les agents économiques peuvent-ils connaître le sens des normes qui leur seront appliquées ? C'est là que la thèse explicative du droit vient remettre en cause la thèse prédictive.

On comprend que le problème soit redoutable pour Posner car dire que l'agent anticipe la norme P, et donc la sanction attachée à P, n'a pas de sens puisque connaître l'énoncé P pour l'agent individuel ne dit rien sur l'interprétation qui sera faite de P et donc sur le fait de savoir si la sanction sera ou non effectivement mise en œuvre (et ce, bien entendu, en dehors de toutes considérations d'*enforcement*). La question cruciale qui se pose est alors de savoir sur quel fondement l'agent va anticiper cette signification. On voudrait maintenant montrer comment ce problème est implicitement résolu par Posner.

## SECTION 2. ANTICIPATIONS RATIONNELLES ET SIGNIFICATION DES NORMES

Si, comme l'affirme Posner et la théorie réaliste, l'interprétation n'est jamais claire par elle-même, alors l'agent destinataire des normes juridiques se trouve dans une situation paradoxale : il ne sait pas en réalité quelles sont les normes – et donc les incitations attachées à cette norme – qu'il doit appliquer. Ceci est une conséquence directe de la théorie réaliste puisque la norme n'existe pas avant d'avoir été interprétée<sup>77</sup>. Dans les termes du modèle de responsabilité, l'agent ne connaît pas *xj*. L'application du modèle de décision rationnelle au droit prend alors une dimension extrêmement complexe puisque, pour agir rationnellement dans un environnement de contraintes juridiques, l'agent doit au préalable interpréter ces normes et savoir si elles lui sont applicables. Autrement dit, adopter une perspective réaliste en théorie du droit a nécessairement pour conséquence que l'agent ne connaît pas cette norme lorsqu'il décide d'agir – ou du moins qu'il doit l'interpréter. Comment dès lors concilier l'utilisation de l'hypothèse de rationalité individuelle avec la nécessité de penser les mécanismes par lesquels un agent rationnel *interprète* une règle de droit ? Nous voudrions

---

<sup>77</sup> C'est une caractéristique que la philosophie réaliste a mis très tôt en évidence (Jouanjan, 2000). Voir également Troper (2000). Il existe d'ailleurs plusieurs tentatives contemporaines pour sortir de cette difficulté : citons par exemple la théorie des contraintes de Michel Troper (Troper *et alii.*, 2005).

montrer que, pour répondre à cette difficulté, Posner mobilise implicitement une hypothèse d'anticipation rationnelle telle qu'elle a été introduite en économie par les macro-économistes de Chicago au cours des années 1970.

### **Sous-section 1. Une hypothèse implicite d'anticipations rationnelles ?**

La représentation posnérienne du droit est loin d'être neutre sur sa représentation économique. Ce que l'on cherche à comprendre ici, c'est la manière dont s'articulent analytiquement ces deux représentations. En effet, si l'on transpose au niveau de l'agent lui-même, le problème identifié par Posner au niveau de l'autorité en charge de dire le droit, une difficulté surgit immédiatement. Dans la mesure où l'interprétation juridique n'est pas un acte de connaissance, elle ne saurait être déduite rationnellement. Elle est fondamentalement un acte de volonté marquée au sceau de la pure décision de l'interprète. Dès lors, l'agent rationnel ne sait pas en réalité le sens qui va être donné à la norme P. Potentiellement, ce sens est infini. Dans les termes du modèle de responsabilité, l'agent ne sait pas s'il sera déclaré responsable du dommage pour tout comportement de précaution inférieur à:  $x_1$ , à  $x_2$ , à  $x_3$ , à  $x_4$  *etc.* La conséquence sur le système d'incitation est cruciale puisque l'agent ne sait pas, pour tout comportement  $x$ , s'il devra payer le dommage D ou s'il pourra s'exonérer de sa responsabilité. Il est en réalité dans l'incapacité de maximiser sa fonction-objectif. Ou plutôt, pour toute interprétation qu'il fait de P – pour tout  $x_j$  anticipé –, il existe un niveau  $x^*$  qui maximise U. Pour une même norme P, il existe donc une infinité d'équilibre.

Le point déterminant du modèle est donc de savoir par quels mécanismes l'agent rationnel peut interpréter la norme P. *A priori*, ce problème est insoluble dans le cadre de l'hypothèse de rationalité traditionnellement utilisée dans les modèles d'économie du droit. L'hypothèse de rationalité suppose bien des capacités de calcul extrêmement fortes mais ne fournit aucun élément quant aux capacités d'interprétation de l'agent. C'est ici que la caractérisation de la théorie réaliste en droit est cruciale pour la théorie économique. L'interprétation juridique de P se résume à *l'acte de volonté* de celui qui interprète la norme donc à la décision du juge concernant le sens de P : c'est le  $x_j$  que choisit le juge lorsqu'il a connaissance de l'affaire. Dès lors, interpréter la règle pour l'agent revient en réalité à anticiper cette décision. Dire que l'agent interprète P et dire que l'agent anticipe  $x_j$  sont un seul et même énoncé. Mais le premier est formulé en termes de théorie du droit et le second, en termes de théorie économique.

Il nous semble que c'est précisément pour cette raison que Posner introduit une hypothèse d'anticipation rationnelle dans les modèles d'économie du droit. Certes, cette hypothèse est implicite et, à aucun moment, Posner n'utilise réellement des travaux précis dans ce domaine de recherche<sup>78</sup>. Pourtant, on voudrait ici montrer que grâce à cette hypothèse, la théorie posnérienne du droit peut retrouver une cohérence entre théorie réaliste en droit et théorie économique.

En théorie économique – et notamment en macroéconomie – l'hypothèse des anticipations rationnelles consiste à supposer que les agents économiques modélisés par l'économiste anticipent l'évolution des variables macroéconomiques selon le modèle de l'économie construit par le théoricien<sup>79</sup>. Cette hypothèse peut paraître extrêmement forte mais elle possède un caractère indépassable dans la mesure où l'on voit mal pourquoi les agents n'utiliseraient pas toutes les informations qu'ils ont à leur disposition pour anticiper au mieux les décisions des autorités publiques et l'évolution des variables économiques. Plutôt que de considérer que ces anticipations sont construites par le passé (*backward-looking*), il faut au contraire les envisager comme de réelles anticipations prospectives (*forward-looking*). Ainsi, les années 1970 ont vu la naissance d'un certain nombre de modèles macroéconomiques qui développent les conséquences analytiques de cette prise en compte des anticipations. Les travaux d'économistes, généralement rattachés à l'école de Chicago, comme Lucas, Barro, Sargent ou Wallace sont autant d'exemples des champs couverts par la révolution des anticipations rationnelles.

Par exemple, dans les modèles macroéconomiques s'intéressant à l'arbitrage inflation/chômage, les anticipations rationnelles ont été déterminantes (Sargent et Wallace, 1976). Dès lors que les agents anticipent l'évolution de la masse monétaire en se fondant sur la règle de création monétaire que suivent les autorités monétaires, ils peuvent utiliser cette règle afin de construire leurs anticipations sur le niveau futur des prix. Les anticipations

---

<sup>78</sup> Les relations entre les deux domaines de recherche apparaissent inexistantes. Ainsi, on en trouve pas chez Posner d'utilisation explicite de cette hypothèse. De même, la littérature des anticipations rationnelles a peu dialogué avec l'économie du droit même si on peut trouver dans certains articles des pistes de réflexion commune. Ainsi, dans l'article célèbre de Kydland et Prescott qui introduit le concept d'incohérence temporelle, les auteurs notent que leur analyse peut avoir des implications dans « d'autres situations » et « notamment pour le droit constitutionnel » (Kydland et Prescott, 1977, p. 486).

<sup>79</sup> Comme l'écrivait Muth, « les anticipations, dans la mesure où elles sont des prédictions informées sur le future, sont essentiellement les mêmes que les prédictions de la théorie économique pertinente » (Muth, 1961, p. 316). De même, pour Fisher, « l'hypothèse est que les anticipations sont les prédictions impliquées par le modèle lui-même sous réserve des informations que possèdent les agents. En particulier, si les agents économiques sont supposés connaître la règle suivie par les autorités monétaires, la règle elle-même va affecter les anticipations » (Fisher, 1977, p. 193), ou encore pour Walliser, « l'hypothèse d'anticipation rationnelle suppose que l'agent adopte comme représentation du système la même que celle du modélisateur » (Walliser, 1985, p. 73).

peuvent être dites rationnelles dans la mesure où elles sont bien fondées sur la connaissance de la règle monétaire et de la théorie quantitative de la monnaie qui relie variation de la masse monétaire et variation des prix<sup>80</sup>.

Au-delà de la simplicité de la règle en question, qui fournit un rapport quantitatif direct entre la décision de l'autorité monétaire, la variation de la masse monétaire et la variation des prix en t, ce qui est intéressant dans cet exemple est de voir que la règle de décision utilisée par les autorités monétaires est cruciale dans la formation des anticipations des acteurs concernant l'évolution d'un certain nombre de variable endogènes au modèle.

Or, il nous semble que c'est précisément ce même mécanisme, mais rendu beaucoup plus complexe par les règles étudiées par Posner, que l'on retrouve dans les modèles posnériens d'économie du droit. Reprenons ce point en l'illustrant par le modèle de la responsabilité présentée précédemment. L'agent rationnel fait face à une double incertitude qu'il convient de bien distinguer. D'une part, l'accident se produira selon une certaine distribution des probabilités – elle-même influencé par le choix de l'agent en termes de précaution. Mais, d'autre part, l'agent fait face à une autre incertitude qui porte sur l'interprétation que donnera le juge de la norme P. On pourrait tout à fait dire que cette interprétation, notée ici  $x_j$ , se présente sous la forme d'une variable aléatoire continue, notée  $X_j$ , qui peut prendre n'importe quelle valeur dans un intervalle donné  $[0,b]$ . La fonction de densité  $f(X_j)$  de cette variable donne les probabilités des différentes « états du droit » à savoir toutes les interprétations possibles de la norme P,  $x_j$ . L'espérance mathématique de cette variable aléatoire est notée  $E(X_j)$ . Dans les termes des anticipations rationnelles :

$${}_{t-1}x_j^t = E(X_j | I_{t-1}) \quad (5)$$

où  $I_{t-1}$  représente l'ensemble d'information disponible. Dit autrement, l'anticipation subjective de la signification de la norme en t-1 est égale à l'espérance mathématique de  $X_j$  étant donné l'information disponible et la structure du modèle.

---

<sup>80</sup> On peut illustrer cette littérature par le modèle simple qui s'intéresse au rôle de la politique monétaire sur les anticipations que les acteurs forment à propos de l'évolution des prix. Dans ce modèle, on suppose que la règle de progression de la masse monétaire des autorités est connue et qu'elle prend la forme suivante :  $M_t = \alpha y_{t-1} + \varepsilon$  (avec  $M_t$ , la masse monétaire ;  $y_{t-1}$ , le produit en t-1 ;  $\varepsilon$ , un choc aléatoire et  $\alpha$ , un paramètre fixé). Dans ce cadre, les agents vont utiliser la connaissance de cette règle de progression de  $M_t$  pour anticiper l'évolution future des prix. Ainsi, étant donnée l'équation quantitative de la monnaie (ici exprimée en logarithme)  $M_t + V = P_t + y_t$ , on peut facilement montrer que le niveau anticipé des prix est de la forme suivante (Sheffrin, 1985, pp. 38-40) :

$${}_{t-1}P_t = \alpha y_{t-1} + V - y_p$$

Il convient ici de faire deux remarques préliminaires sur la manière dont nous reconstruisons le cadre d'analyse posnérien. D'une part, l'interprétation future du juge est bien une variable endogène au modèle dans la mesure où cette interprétation dépend elle-même des variables de décisions des acteurs,  $x$  et  $y$ . Ce point est important dans la mesure où, autant les anticipations n'influencent pas les variations des variables exogènes, autant elles ont une influence sur le comportement des variables endogènes<sup>81</sup>. D'autre part, la théorie des anticipations rationnelles fait bien un lien extrêmement fort, depuis Muth d'ailleurs, entre les croyances des agents concernant les distributions de probabilités et les probabilités objectives associés à la réalisation des événements<sup>82</sup>. En effet, l'expression (5) doit bien être lue comme affirmant que l'anticipation *subjective* de la norme correspond à l'espérance conditionnelle *objective* de la variable aléatoire  $X_j$ .

## Sous-section 2. Une interprétation rationnelle ?

Introduite dans l'économie du droit, l'hypothèse d'anticipation rationnelle consiste alors à préciser les mécanismes par lesquels l'agent anticipe le sens de la norme. Dans une certaine mesure, l'hypothèse d'anticipation rationnelle sert à s'assurer que l'agent interprète « correctement » le droit<sup>83</sup>. C'est sur le fondement de ce mécanisme qu'il peut anticiper le  $x_j$  qui sera effectivement décidé par le juge. Dans ce cadre, l'agent économique anticipe le droit selon le modèle économique qui sert à décrire l'interprétation juridique. Étant incapable de connaître ou de déduire  $x_j$  par simple syllogisme ou par aucune autre méthode juridique traditionnelle à partir de l'énoncé de la norme  $P$ , l'agent anticipe que le  $x_j$  choisi par le juge sera celui qui minimise la fonction de perte sociale  $L(x,y)$ <sup>84</sup>. Analytiquement, l'agent décide

---

<sup>81</sup> Comme l'exprime Sheffrin, « l'hypothèse d'anticipation rationnelle s'applique à la fois aux variables endogènes et aux variables exogènes, mais elle est particulièrement intéressante pour les variables endogènes » (Sheffrin, 1985, p. 8). Dans le modèle posnérien des normes, la décision du juge est, comme nous le montrons, une variable endogène.

<sup>82</sup> On trouve ce point de vue explicitement affirmé par Muth lorsqu'il écrit « l'hypothèse peut être réexprimée plus précisément de la manière suivante: [...] la distribution subjective des probabilités d'*outcome* tend à être distribuée, pour le même ensemble d'information, sur [...] la distribution objective » (Muth 1961, p. 316). Dans une optique subjectiviste, les agents peuvent tout à fait être rationnels tout en se fondant sur des distributions de probabilité subjectives c'est-à-dire qui ne correspondent pas nécessairement aux fréquences objectives des événements.

<sup>83</sup> Une hypothèse alternative pourrait être de supposer que les agents extrapolent le passé ou que les comportements sont stables. Dès lors que l'on pense que les anticipations sont dynamiques, qu'elles portent sur les décisions des acteurs, alors il faut supposer que les agents vont anticiper ces décisions sur le fondement du modèle qui sert à décrire ces interprétations.

<sup>84</sup> A cet égard, il est tout à fait intéressant de noter que, du strict point de vue de la théorie réaliste en droit, on retrouve parfois des arguments qui se rapprochent de manière étonnante de ce que les économistes envisagent sous l'hypothèse d'anticipation rationnelle. Ainsi, pour Troper, « c'est *en employant les mêmes méthodes et les*

de son montant de précaution en t-1, sur le fondement de la norme anticipée en t-1 qui lui sera appliquée en t,  ${}_{t-1}xj_t$ . L'agent va donc optimiser son comportement étant donné ses contraintes, ses ressources et ses anticipations. Il choisit  $x^*$  tel que  $U(x^*) = \text{Max } U(x, y, {}_{t-1}xj_t)$ .

Comme on l'a montré dans la partie précédente,  $xj$  dépend en réalité des comportements des agents en cause, à savoir  $x$  et  $y$ . En effet,  $xj^*$  est le niveau de précaution qui permet de minimiser la fonction de coût social  $L(x,y)$ . Dès lors que l'on suppose que les anticipations sont rationnelles, on voit bien que l'agent peut anticiper  $xj$  en utilisant la règle de décision du juge étant donné l'ensemble d'information dont il dispose. Dans ce cadre, le niveau de précaution  $xj^*$  effectivement déterminé par le juge correspond à celui qui est anticipé par l'agent,  $x^*=xj^*$ . A l'équilibre, la signification de la norme anticipée correspond effectivement à la décision du juge.

Ce mécanisme a une double conséquence : d'une part, le montant de précaution effectivement choisi par l'agent correspond à celui qui minimise la fonction de pertes sociales et le niveau de précaution choisi par le juge est lui aussi  $x^*$ , ce qui valide les anticipations des agents. Et ce n'est que parce que l'agent anticipe de manière rationnelle – c'est-à-dire selon le modèle du droit posnérien – que la règle de décision du juge amènera les agents à se comporter de manière efficace. En effet, si ces anticipations n'étaient pas prospectives, mais uniquement rétrospectives par exemple, l'agent ne réagirait pas efficacement aux incitations fournies par le droit.

L'essentiel des enseignements de la théorie posnérienne repose donc sur l'hypothèse que les agents anticipent la signification des normes grâce à un modèle qui est celui de la théorie posnérienne. Cette boucle de rétroaction est essentielle pour plusieurs raisons : d'abord elle assure, comme on l'a montré, la cohérence entre théorie du droit et théorie économique ; ensuite, elle fonde la possibilité pour le droit d'être efficace. En effet, et même dans un modèle aussi simple que le modèle classique de la responsabilité civile, le comportement socialement efficace des agents – celui qui minimise la fonction de perte sociale – dépend des anticipations des acteurs sur la signification des normes juridiques. Enfin, elle assure un fondement analytique à la célèbre thèse de Posner de l'efficacité de la *common law*. Dire qu'il faut analyser la *common law* comme si elle était efficace, c'est dire dans une certaine mesure qu'il faut analyser le droit comme s'il était toujours à l'équilibre. Paraphrasant Hahn, on

---

*mêmes concepts* que les justiciables et les autres autorités pourront espérer prévoir les décisions juridictionnelles, connaître les règles auxquelles ils sont soumis et ainsi régler leur propre conduite (souligné par nous) » (Troper 2000, p. 68).

pourrait dire que « le droit est en équilibre quand il engendre des messages qui n'amènent pas les agents à changer les théories qui sont les leurs, ni les politiques qu'ils poursuivent » (cité in Walliser 1985, p. 101).

Cette caractérisation de la théorie posnérienne en termes d'anticipations rationnelles permet alors de mieux comprendre un certain nombre de thèmes structurants de la pensée posnérienne qui ont constitué des thèses centrales en économie du droit. C'est notamment le cas de la thèse souvent affirmée par Posner de l'efficacité de la *common law* américaine. Exprimée de manière neutre, cette hypothèse affirme que les juges de *common law* décident le plus souvent des cas qui leur sont soumis en suivant une logique d'efficacité économique que Posner assimile à une maximisation du surplus. Dans une formule célèbre, il écrit que le droit « mime le marché ». Au-delà de sa simplicité apparente sa thèse peut être envisagée sous différents points de vue qui sont autant de niveaux différents d'analyse.

C'est à première vue un énoncé empirique, un jugement de fait sur la manière dont les décisions des juges sont effectivement prises et sur leurs conséquences en terme d'incitation et d'efficacité. A ce titre, Posner a toujours cherché à montrer sur un certain nombre de cas et d'évolution jurisprudentielle majeure de la *common law* que c'était effectivement le cas (Posner et Landes, 1982 ; Posner, 1986). En tant qu'énoncé empirique, elle appelle une validation, lente et patiente, sur tous les champs du droit qui intéresse le *law and economics* : responsabilité civile, contrats, propriété, mais aussi droit pénal ou droit du travail.

Mais Posner en fait également une hypothèse méthodologique. Il soutient en effet qu'il faut analyser les décisions judiciaires *comme si* elles maximisaient l'efficacité. Ce second usage de la thèse d'efficacité est plus compliqué à comprendre. Posner sous-entend ici que la possibilité même d'appliquer les outils économiques à l'explication et à la prédiction des décisions juridiques dépend en fait de cette hypothèse. Autrement dit, il faut considérer les décisions juridiques comme étant toujours des décisions d'équilibre. Ce postulat méthodologique n'est pas sans rappeler d'ailleurs ce qui se passe à la même époque en macroéconomie. Car si les décisions juridiques n'étaient pas les décisions d'équilibre, alors cela signifierait que non seulement le juge ne cherche pas à maximiser l'efficacité mais également que les anticipations des agents ne pourraient se construire sur le fondement de la théorie posnérienne.

Les agents ne pourraient plus s'appuyer sur la représentation posnérienne de l'interprétation juridique pour anticiper le sens des normes. En termes réalistes, ils seraient dans l'incapacité de pouvoir prévoir  $x_j$ , sauf à les doter d'une autre représentation – non

économique ou non posnérienne – du fonctionnement du droit. La vision posnérienne se trouverait affaiblie sur un double front : du point de vue juridique, la théorie pertinente en droit - celle qui serait réellement prédictive - serait alors une théorie non-économique de l'interprétation et du point de vue économique, celle utilisée par les agents pour connaître le sens du droit serait également une théorie non-économique. On voit bien que dans ce cadre, l'application d'outil et de modèles économiques au droit seraient tout à fait possible en tant que discours externe au droit (afin d'étudier les conséquences économiques de telle ou telle décision juridique) mais serait en revanche inutile et non pertinente pour décrire ou prédire le droit lui-même<sup>85</sup>. Ainsi, cette idée de Posner quant à l'efficacité de la *common law* possède surtout le statut d'un postulat méthodologique fondamental pour que l'économie du droit puisse prétendre à être une authentique théorie de l'interprétation. Elle amène également à considérer que le droit est toujours à l'équilibre. En fait, chez Posner, l'équilibre est réalisé sur le fondement des anticipations des agents qui sont elles-mêmes validées à l'équilibre interprétatif.

Apparaît alors un dernier problème que nous voudrions soulever. Si effectivement on suppose que le droit est toujours à l'équilibre, alors comment rendre compte des litiges ? Un litige juridique – et ce indépendamment des coûts de procédures ou d'*enforcement* – est typiquement en effet un conflit d'interprétation du droit ou, dans le langage de la théorie de la décision, un conflit d'anticipation sur la décision du juge. Or il semble difficile de concilier la possibilité de conflit d'anticipation et d'adopter parallèlement une hypothèse d'anticipation rationnelle, au moins telle que Posner semble l'utiliser. Ceci est d'autant plus frappant que l'école de Chicago en économie du droit a fourni de nombreuses contributions théoriques et empiriques à l'analyse des litiges. Posner reconnaît très largement ce problème (Posner and Landes 1982, p. 880) et sa manière de l'aborder est tout à fait révélatrice. Bien loin d'affaiblir la thèse que nous défendons, elle la renforce de manière particulièrement forte. En effet, lorsqu'il parle des litiges<sup>86</sup>, Posner, et d'autres économistes du droit de Chicago, y voit l'expression d'une limite de la rationalité. Ainsi, il considère que les agents sont souvent trop optimistes et surestiment donc leur chance de gagner le procès (Gould 1971, Landes 1973).

---

<sup>85</sup> Le plus souvent cette question pose également celle de l'évolution de la *common law* et des forces de rappel qui ramènent le droit vers l'équilibre efficace. Cependant, cette littérature proto-évolutionniste n'a pas réellement fourni de cadre analytique fort qui permettrait de comprendre les mécanismes d'évolution de la *common law* et de sélection des règles efficaces (Rubin 1977, Priest 1977).

<sup>86</sup> Nous nous en tiendrons à Posner car il peut y avoir différentes manières d'introduire les litiges dans les modèles notamment en introduisant des éléments stochastique, par exemple supposer que le niveau de précaution de l'agent est de la forme  $x^* + \varepsilon$  où  $\varepsilon$  est une variable aléatoire. Dans la littérature, cela prend la forme de l'arbitrage entre négociation avant procès et aller au procès, entre *trial* et *settlement*.



Cette ligne d'argumentation n'est pas sans poser problème car elle vient contredire de manière forte l'hypothèse de rationalité traditionnellement utilisée par Posner dans ses autres travaux sur la manière dont les règles de droit amènent les agents à agir de manière efficace.

Ce faisant, Posner ouvre une boîte de Pandore car il incite à chercher à comprendre pourquoi les agents interprètent différemment le droit ou, c'est égal, forment des anticipations divergentes. Dans les termes des anticipations rationnelles, il peut exister plusieurs raisons aux conflits : que les agents n'aient pas la même représentation du droit ou que les anticipations subjectives ne correspondent pas aux anticipations objectives ou encore que les ensembles d'information à la disposition des agents ne soient pas les mêmes. Dans une certaine mesure, les recherches contemporaines en économie du droit ont toutes explorées l'une de ces trois critiques. Elles convergent alors vers un point fondamental : penser ensemble l'interprétation juridique et les capacités cognitives des acteurs d'anticipation du sens du droit.

En utilisant une hypothèse d'anticipation rationnelle, Posner propose une articulation possible entre interprétation et anticipation. Il suppose en réalité que les agents vont anticiper les décisions juridiques – interpréter les normes – selon le modèle économique qui sert à décrire les interprétations juridiques. On voit bien que les deux axes de recherche de Posner (expliquer le droit existant et expliquer les comportements des agents vis-à-vis du droit) ne sont pas indépendants comme on l'affirme parfois (voir par exemple Kornhauser, 1985) mais sont au contraire extrêmement solidaires.

## CONCLUSION

Ces deux exemples polaires permettent de préciser notre conjecture à savoir qu'interprétation et information sont effectivement deux entrées d'une même question mais l'une posée en termes économiques et l'autre, en termes juridiques. Plus précisément, on voit, sur ces deux exemples, que tout se passe comme si plus l'interprétation est considérée comme un acte de volonté, plus il est nécessaire de renforcer les capacités cognitives des agents en termes d'information et de traitement de cette information. Dans un troisième temps, il s'agira de montrer que cette thèse, construite et illustrée sur deux exemples particulièrement emblématiques, permet également de rendre compte d'autres courants qui animent le pluralisme méthodologique et théorique en économie du droit.

**TROISIEME PARTIE. DEUX CAS  
INTERMEDIAIRES : ECONOMIE DU DROIT  
COMPORTEMENTALE ET THEORIE DES  
CONTRATS**

## INTRODUCTION

Comme on l'a dit, entre les deux cas polaires présentés ci-dessus, il existe un continuum de positions intermédiaires concernant aussi bien l'information que l'interprétation. Étant plus subtiles que les deux cas polaires présentés précédemment, elles sont aussi parfois plus difficiles à caractériser. La principale difficulté est de les classer sur les axes qui sont les nôtres. On se contentera d'un classement ordinal à savoir que, par exemple, il nous semble que Sunstein est moins réaliste que Posner, mais plus que Hayek et qu'il considère que l'information est plus limitée que Posner mais moins que Hayek. Le but de chapitre est de justifier ce classement ordinal et d'en tirer les conséquences sur notre typologie.

Le principal obstacle auquel on se heurte est que ces écoles intermédiaires sont plus difficiles à caractériser. Pourquoi ? Tout simplement car sur l'un des axes de notre typologie, l'axe interprétation, l'alternative classique dont nous sommes partis ne se lit pas nécessairement de manière continue. C'est le cas dès lors que l'on soutient que soit l'interprétation est acte de connaissance, soit un acte de volonté mais qu'il n'existe pas d'entre-deux. Dit autrement, il n'existe pas de situation où l'interprétation juridique pourrait être considérer comme un intermédiaire entre connaissance et volonté. Nous contestons cette lecture tranchée des choses. Une première manière de justifier notre continuum est de partir de l'interprétation-connaissance : dans ce cadre, il existe de nombreuses situations où l'interprétation-connaissance a du sens mais, il n'empêche qu'il existe autour d'un noyau de consensus, un halo où l'interprétation est, en partie, discrétionnaire. Une seconde manière de justifier notre continuum est de partir de l'interprétation-volonté et de considérer que, même si l'interprétation est parfaitement libre en principe, l'interprète subit certaines contraintes qui limitent son pouvoir discrétionnaire à l'intérieur d'un cercle plus ou moins large. Ces contraintes étant par exemple des contraintes interprétatives.

Deux théories, parmi d'autres possibles<sup>87</sup>, ont été retenues pour illustrer ces positions intermédiaires. La première, l'économie du droit comportementale, vient renforcer le cadre

---

<sup>87</sup> Les théories intermédiaires sont en effet légions. Il nous semble que notre typologie est suffisamment robuste pour s'appliquer à d'autres corpus que nous n'avons pas sélectionnés. Par exemple, si l'on considère l'économie des conventions, elle se situera sûrement quelque part entre Sunstein et Hayek dans la mesure où les capacités cognitives des agents sont encore plus limitées que chez Sunstein et où l'interprétation est largement immédiate, fruit des conventions de justice qui permettent l'émergence d'accords locaux entre acteurs. De même, la théorie de Williamson se situerait du côté de la théorie des contrats.

sud-ouest, mais se distingue radicalement de Hayek sur plusieurs points. Outre que les agents sont dotés de capacités de calcul et de réflexivité plus fortes que chez Hayek, Sunstein reconnaît tout de même un aspect problématique de l'interprétation. A l'inverse, la théorie des contrats semble plus proche de Posner. Ici, les capacités cognitives des agents sont extrêmement fortes et cela se double d'un décisionnisme du juge plus prononcé risquant sans cesse de verser dans l'arbitraire et l'inefficacité. C'est d'ailleurs largement cette représentation du juge comme un agent potentiellement destructeur des contrats interindividuels mutuellement acceptés qui motive une critique en règle contre tout gouvernement économique des juges.

Nous étudierons ici d'abord le cas de l'économie du droit comportementale représentée par Sunstein (**Chapitre 1. Sunstein : du calcul au jugement**), puis la théorie des contrats incomplets (**Chapitre 2. La théorie des contrats incomplets : l'imperfection du juge**). Dans chaque cas, il ne s'agira pas de faire une synthèse des travaux et résultats de ces littératures mais d'étudier l'articulation entre interprétation et information.

## CHAPITRE 1. SUNSTEIN : DU CALCUL AU JUGEMENT

La particularité de la théorie de Sunstein, c'est incontestablement la personnalité de Sunstein lui-même. Professeur de droit à l'Université de Chicago, Sunstein a d'abord une formation de juriste et plus particulièrement de constitutionnaliste. A ce titre, il est assez naturel que les questions d'interprétation et les débats de théorie juridique afférents lui soient familiers. Cependant, il a montré très tôt son intérêt pour la théorie économique et notamment pour la théorie de la décision. Initialement, ce sont toujours cependant les limites de la rationalité et les paradoxes dont elle est porteuse qui l'ont intéressés. C'est par exemple le sens de sa contribution dans le recueil publié en 1988 par Jon Elster et Rune Slagstad, *Constitutionnalism and Democracy*. Puis, au fur et à mesure du temps, il a montré un intérêt particulier pour l'économie comportementale au point de devenir l'un des représentants les féconds et les plus prolifiques dans ce champ (Sunstein, 2000). Il a depuis continué le développement de ces recherches avec Thaler (Sunstein et Thaler, 2008). C'est évidemment ce dernier aspect de son travail qui retiendra notre attention.

L'hypothèse que nous défendrons est la suivante : c'est autour du jugement que s'organise le rapport entre économie et droit chez Sunstein. En effet, faire l'hypothèse de rationalité limitée des acteurs nécessite d'expliquer comment les agents prennent leurs décisions lorsque la procédure de calcul rationnel ne peut fonctionner. Chez Sunstein, c'est par le biais de règles (heuristiques) que de tels comportements voient le jour. Ainsi, l'action d'un agent en présence de droit est toujours un mélange subtil de calcul et de jugement. Et c'est alors autour de cette théorie duale du comportement que l'on peut définir des équilibres interprétatifs.

Pour présenter l'économie du droit comportementale dans sa subtilité et sa complexité, on doit d'abord préciser ses hypothèses et ses résultats concernant la théorie de l'action en rationalité limitée (**Section 1. Calcul rationnel et heuristiques**). Puis, dans un deuxième temps, on montrera que Sunstein, tout en reconnaissant que le réalisme présente une critique pertinente et forte du mythe formaliste, ne doit pas amener à renoncer à toute interprétation-connaissance (**Section 2. Du jugement au calcul : théorie de l'interprétation chez Sunstein**). Ceci permettra, enfin, de comprendre comment se présentent les équilibres

interprétatifs chez Sunstein qui mettent aux prises des agents et des juges aux capacités limitées (**Section 3. Jugement en économie et jugement en droit chez Sunstein**).

### *SECTION 1. CALCUL RATIONNEL ET HEURISTIQUES*

L'économie comportementale se distingue de la théorie économique standard par sa vision de la théorie de l'action<sup>88</sup>. Certes, il ne s'agit pas de considérer que les agents agissent systématiquement de manière « irrationnelle »<sup>89</sup> mais que de ces « irrationalités » sont non seulement possibles mais extrêmement fréquentes. L'objectif est donc de remettre à sa place la rationalité : une place éminente et importante en sciences sociales certes, mais une place qui ne doit pas faire oublier le rôle d'autres types de processus qui mènent à une décision. Ce que préconise Sunstein n'est rien de moins qu'un retour au réalisme, à savoir l'étude des *processus effectifs* de décisions des acteurs (Sunstein, 2000). Reprenant les intuitions de Simon, l'économie du droit comportementale propose une théorie de l'action qui ne se réduit pas au seul processus de calcul. Il s'est notamment exprimé récemment en distinguant les *Econs* à savoir des agents rationnels et les *Humans*, les agents de chair et d'os qui prennent des décisions (Sunstein et Thaler, 2008, p. 7). En suivant Sunstein (Sunstein, 2000 ; Jolls et Sunstein, 2006), on peut dire que les agents sont limités de trois manières : leurs connaissances et leurs capacités de traitement de l'information sont limitées, leur pouvoir sur eux-mêmes est limité et leur intérêt personnel est limité.

#### **Sous-section 1. L'hypothèse de rationalité limitée**

Le premier bloc de limitation porte sur les aspects proprement cognitifs de la décision et notamment de la décision en incertitude. Pour Sunstein, non seulement les informations disponibles sont limitées et il est, à ce titre, héroïque de supposer et de faire comme si les agents économiques disposaient de toutes les informations pertinentes pour effectuer leur choix, mais leurs capacités de gestion de cette information (*cognitive skills*) sont elles aussi

---

<sup>88</sup> L'économie du droit comportementale partage cependant avec la théorie standard l'attachement à l'individualisme méthodologique et les effets émergents qui naissent de la juxtaposition d'actions décentralisées. A ce titre, le versant critique de l'économie comportementale ne la rapproche en aucune manière de théorie holiste.

<sup>89</sup> Nous préciserons dans la suite ce qu'il faut entendre par « irrationalité ».

limitées. Ainsi, quand bien même les agents disposeraient de toute l'information, ils seraient de toute façon incapables de la traiter de manière complète et correcte.

Le deuxième bloc de limitation porte sur la limitation de la volonté individuelle. On retrouve, par un autre biais, l'une des idées notamment défendues par Elster à savoir que les choix à travers le temps des acteurs ne sont pas nécessairement cohérents. Plus précisément, les acteurs peuvent tout à fait s'engager à faire quelque chose dans le futur et ne pas réussir à maintenir ce choix – et à tenir leur résolution – à travers le temps. C'est la raison pour laquelle ils inventent et utilisent de nombreux mécanismes pour se lier les mains à travers le temps à l'image de la fameuse ruse d'Ulysse que nous avons déjà rencontrée dans notre recherche. De tels mécanismes restent difficiles à expliquer au sein de la théorie standard car il faut à la fois vouloir une chose en  $t_0$  et vouloir son contraire en  $t_1$ . Or la théorie standard suppose que les préférences sont cohérentes (complétude, réflexivité et transitive des choix) et ne se modifient pas à travers le temps.

Le troisième bloc porte sur l'intérêt personnel. Contre ceux – et notamment Becker – qui pensent que des actions extérieurement altruistes, n'expriment qu'un égoïsme indirect, Sunstein au contraire considère que certaines décisions sont davantage mues par le respect de normes de comportement socialement et psychologiquement partagées (comme des normes de réciprocité par exemple) que par la recherche de la maximisation de l'utilité personnelle.

Pour toutes ces raisons, on comprend que le modèle de l'utilité espérée, utilisée par l'école de Chicago, est un modèle imparfait qui devrait être cantonné à certaines applications, mais qui, en aucun cas, ne saurait prétendre au statut de théorie générale de l'action. Dès lors, il faut refonder une théorie de la décision qui donne toute sa mesure aux « anomalies » et aux « énigmes » de certains comportements.

La difficulté immédiate d'une telle approche est alors de collectionner des effets d'irrationalité sans parvenir à la construction d'une théorie unifiée. C'est pour cette raison que Sunstein s'appuie principalement sur les travaux d'économie comportementale de Kahneman, Tversky ou encore Thaler<sup>90</sup>. En effet, ces auteurs ont cherché à construire des outils analytiques qui puissent *prédire* comment les agents étaient irrationnels : c'est à ce prix que l'exigence de scientificité peut être sauvée tout en maintenant intact l'exigence de pertinence empirique. C'est le rôle des concepts d'heuristiques et de biais cognitifs : être la cheville ouvrière de l'élaboration théorique et des tests empiriques. Une heuristique est une règle de

---

<sup>90</sup> Au début de ces travaux, la perspective de Sunstein a été essentiellement d'appliquer les modèles comportementaux au droit.



comportement ou d'évaluation utilisée par les acteurs pour simplifier leurs tâches de traitement de l'information et donc leur décision.

L'utilisation de ces règles simplificatrices peut être efficace dans de nombreux cas, mais peut également être la source de biais systématiques (Sunstein 2000, pp. 3-5)<sup>91</sup>. Illustrons ces concepts par quelques exemples théoriques et empiriques. Parmi les heuristiques les plus connues et les plus utilisées pour décrire et prédire le comportement des agents économiques, on trouve l'heuristique de représentativité, de disponibilité, d'ancrage et l'heuristique fondée sur des cas. On complètera cette présentation par un rapide survol des biais cognitifs qui ne sont pas nécessairement dus à des heuristiques.

## **Sous-section 2. Principales heuristiques et biais et portée empirique**

### *1. L'heuristique de représentativité*

L'heuristique de représentativité génère une évaluation de la probabilité d'un événement non pas en fonction de la connaissance des lois de probabilité qui régissent la réalisation de cet événement mais en fonction de sa représentativité (Kahneman et Tversky, 1972 *in* Kahneman et Tversky, 1982, pp. 32 *et suiv.*). Autrement dit, un événement aura tendance à être évalué comme étant plus probable s'il apparaît plus proche – plus représentatif – de la population parente.

On comprend que de nombreux mécanismes mentaux peuvent venir jouer sur cette similarité car il ne s'agit pas simplement que l'événement en question apparaisse comme similaire mais qu'il ait été engendré par un processus proche. Par exemple, si l'on cherche à rendre similaire un échantillon tiré au hasard à un autre échantillon, le mieux est de tirer celui-ci aussi au hasard ! Le point sur lequel insistent avec force Kahneman et Tversky est que tout le problème est de savoir et d'expliquer comment les agents construisent cette similarité<sup>92</sup>. Il faut donc chercher à répondre à la question : qu'est-ce qui fait qu'un événement est jugé

---

<sup>91</sup> Comme l'expriment clairement Kahneman et Tversky: « *Apparently, people replace the laws of chance by heuristics, which sometimes yield reasonable estimates and quite often do not* » (Kahneman et Tversky, 1982, p. 32).

<sup>92</sup> Ils ont, à cet égard, tout un développement très en avance sur leur temps sur le droit comme outil social de création de similarité à partir d'événements ou de faits singuliers et incommensurables (Kahneman et Tversky, 1982, p. 36).

« représentatif » d'une classe d'objets ou de processus? Il faut donc mettre au jour les mécanismes cognitifs par lesquels les agents classent les objets comme représentatifs ou non.

C'est précisément le but de l'heuristique de représentativité que de construire une telle théorie et de montrer qu'elle joue un rôle important dans les décisions des acteurs. Ainsi, il est possible de montrer que, sous certains scénarios, des événements conjoints sont considérés comme plus probable que des événements considérés isolément. Alors que la règle élémentaire du calcul des probabilités est de considérer la règle de composition à savoir que, pour deux événements A et B,  $p(A \cup B) < p(B)$ <sup>93</sup> (la probabilité d'avoir A et B qui se réalise en même temps est évidemment inférieure à la probabilité de n'avoir que A ou que B qui se réalise). Ainsi, les économistes comportementaux concluent en affirmant que « si les jugements de probabilités sont médiatisés par la représentativité ou la similarité, il doit être possible de construire des problèmes où la conjonction de deux événements apparaît plus représentative, et donc plus probable, que l'un de ses composants » (Kahneman et Tversky, 1982, p. 90).

## 2. *L'heuristique de disponibilité*

La seconde heuristique, largement mise en évidence depuis une vingtaine d'année, est l'heuristique de disponibilité. Ici, les acteurs évaluent les événements en réduisant l'opération cognitive de calcul à un mécanisme de jugement plus simple : « un individu est dit utiliser une heuristique de disponibilité dès qu'il estime la fréquence ou la probabilité par la facilité avec laquelle les exemples ou les associations peuvent être mobilisés par l'esprit » (Kahneman et Tversky, 1982, p. 164 ; Sunstein, 2000 ; Sunstein et Thaler, 2008).

Ainsi, si l'agent est capable de trouver un exemple connu d'un événement quelconque, il sera plus à même de penser que cet événement est probable, peut-être plus probable qu'il ne l'est en réalité. La construction de cette inférence entre un cas connu et une probabilité générale d'occurrence peut s'appuyer sur plusieurs mécanismes.

---

<sup>93</sup> Certaines expériences, répliquées de nombreuses fois, montrent que les agents violent spontanément assez largement les lois de probabilités en ce qu'ils jugent plus probables des événements composés. Ainsi, lorsqu'on leur demande de répondre à la question suivante : « Linda est une jeune étudiante d'économie. Parallèlement, elle poursuit des études d'art et est fascinée par l'Art moderne et contemporain. Elle passe le reste de son temps à prendre position sur des sujets politiques et notamment est une pacifiste. A votre avis, est-il plus probable que Linda, qui a aujourd'hui 25 ans, travaille 1/ dans une banque en tant que gérante de patrimoine ou 2/ travaille dans une banque en tant que gérante de patrimoine et milite au mouvement de libération des femmes ? ». La majorité des personnes interrogées opte pour l'option 2 qui est évidemment moins probable que l'option 1 puisque composée de deux éléments ! (repris de Sunstein et Thaler, 2008).

Cette heuristique a été largement testée expérimentalement, notamment dans le domaine du droit pénal par exemple concernant les anticipations des acteurs de l'occurrence de certains délits. Sans anticiper trop sur ce qui va suivre, l'heuristique de disponibilité peut distordre assez fortement les représentations et les croyances des acteurs et être à l'origine d'une demande de droit extrêmement forte. Ainsi, si les agents ont tendance à surestimer l'existence d'un fait - un risque pour la santé, un risque de comportement déviant – ils peuvent demander la production de mécanismes institutionnels – régulation, droit pénal – plus lourds que nécessaires.

### 3. L'heuristique d'ancrage

La troisième heuristique est l'heuristique d'ancrage. Dans ce cadre, l'évaluation et le jugement individuel sont influencés par le contexte et notamment par la disposition d'une information initiale concernant le problème en question. Cette information initiale peut avoir une source rationnelle mais peut tout aussi bien être de nature arbitraire ou irrationnelle. Cependant, les acteurs ont tendance à situer leurs propres jugements par rapport à cette ancre initiale et il leur sera difficile de s'en écarter de manière significative. Ainsi, des expériences menées sur la manière dont des agents, en laboratoires, évaluent la distance entre eux et un objet déterminé peut significativement varier selon le protocole. Si on laisse les agents seuls pour déterminer la distance, aucun biais ne peut être observé. Au contraire, si chacun d'eux entend l'évaluation faite par le premier individu auquel on demande de répondre à la question, alors ils modifieront leur évaluation et auront tendance à converger plus ou moins autour de cette ancre initiale. Certaines applications ont notamment été faites concernant les dommages et intérêts dans les procès civils aux États-Unis où peuvent exister de tels phénomènes d'ancrage (sur cet exemple, voir Sunstein et Thaler, 2008).

### 4. Biais d'optimisme et biais de rationalisation (Hindsight bias)

A côté des heuristiques, qui sont comme on l'a vu, des règles et des procédures utilisées par les acteurs pour faire leur choix, l'économie comportementale explore également un certain nombre de phénomènes empiriques liés aux biais cognitifs. Là encore, il s'agit d'expliquer de mauvaises perceptions de la réalité par les acteurs. Parmi les nombreux biais existants, nous avons choisi d'en présenter deux principaux : le biais d'optimisme (*Self-*

*-serving bias*) et le biais de rationalisation (*Hindsight bias*). Le premier consiste à remarquer que les acteurs peuvent avoir tendance à être optimistes dans leur vision du futur. S'ils restent conscients des probabilités objectives des événements, en revanche, ils considèrent que leur probabilité personnelle de subir l'événement en question est, elle, beaucoup plus élevée si l'événement est bénéfique pour eux et beaucoup plus faible, si l'événement est négatif. Bref, « ils ne croient pas ce qu'ils savent » pour reprendre, dans un cadre différent, la belle formule de Jean-Pierre Dupuy.

Un tel biais s'applique notamment aux comportements à risque des acteurs : comportements d'addiction par exemple ou comportements délinquants. Certains travaux ont cherché à montrer que le comportement de délinquance, par exemple, peut être lié non seulement à un aspect proprement rationnel d'entrée dans une filière délinquante mais également à un biais concernant le poids des risques attachés à ce comportement en termes de comparution effective devant une juridiction. Surtout, le biais optimiste a reçu une application remarquable dans le cas des négociations avant procès. Ces négociations échouent souvent car chacun des acteurs surestime sa probabilité de gagner le procès.

Enfin, le biais de rationalisation<sup>94</sup> porte lui sur la manière dont les agents envisagent les événements – et leur probabilité – passés, c'est-à-dire ceux qui ont déjà eu lieu. Évidemment, cet aspect est crucial dans le monde du droit puisque l'essentiel des affaires dont on connaît les juges ou les jurys porte précisément sur des faits passés. Or le jugement juridique que l'on peut porter sur les faits soumis à la qualification des autorités judiciaires, dépend largement de ce que l'on pense de la probabilité *a priori* qu'avait l'événement de se produire. Il en est ainsi notamment lorsque l'on cherche à savoir si l'un des acteurs a pris les précautions adéquates étant donnée l'activité qui a généré le dommage. Là encore, le simple fait que l'événement se soit produit – chose qui ne dit rien sur sa probabilité *a priori* de se produire – induit les acteurs à penser que cette probabilité était élevée. Le biais est lié au fait que les acteurs pensent que si l'événement s'est produit, c'est qu'il ne *pouvait pas ne pas* se produire en fait. Appliqué à la négligence d'un agent, ce biais est l'un des plus utilisés dans la littérature d'économie du droit comportementale.

---

<sup>94</sup> Dans toute la suite, nous traduisons *Hindsight bias* par biais de rationalisation. Cette traduction est personnelle.

### **Sous-section 3. L'économie comportementale appliquée au droit**

Toutes ces heuristiques et biais, dont nous avons cherché à présenter la fécondité et la portée empirique dans ce qui précède, concentrent la focale sur différentes règles de jugement et d'évaluation que peuvent utiliser les acteurs lorsqu'ils ont à agir par rapport à un univers incertain. La question épistémologique fondamentale que pose ce programme de recherche, porte sur l'inférence : comment, à partir des connaissances qui sont les siennes, l'individu peut inférer une information. On voit que la notion de règle est centrale ici puisque l'interprétation en droit et en économie peut être considérée exactement de cette manière comme une inférence d'une anticipation particulière (la décision d'un juge, le règlement d'un litige, la probabilité d'être sanctionnée) à partir de la connaissance partielle et parfois biaisée des règles, des normes et des pratiques des autorités habilitées à dire le droit. C'est donc assez naturellement que les heuristiques peuvent être rapprochées des jugements effectués dans la sphère du droit<sup>95</sup>

Ainsi présentée, on voit que l'économie comportementale peut, avec succès, fournir une théorie de l'action des justiciables et des juges en présence de règles de droit. D'une part, comme dans les cas de Hayek et de Posner étudiés précédemment, les règles de droit sont des cadres essentielles dans la construction des anticipations des acteurs. Or, l'interprétation de la règle n'est pas médiatisée, comme chez Posner uniquement par du calcul individuel coût/bénéfices de maximisation de l'utilité, mais par des mécanismes cognitifs d'inférence : les heuristiques et les biais. C'est là où la caractérisation des heuristiques et des biais comme étant des éléments essentiels d'évaluation et de jugement que l'on retrouve sous la plume de nombreux auteurs est cruciale. Ce qu'offre l'économie comportementale est une théorie cognitive du jugement entendu de manière large et applicable au jugement en droit en particulier. De par le terme même choisi par Kahneman et Tversky pour désigner ces processus mentaux alternatifs au calcul rationnel, on comprend que les heuristiques ont partie liée à des opérations de jugement, d'évaluation sur le réel. Le titre de leur ouvrage pionnier est d'ailleurs *Heuristics and Bias : Judgment under Uncertainty*. Pour ne citer qu'une phrase, parmi de nombreuses autres possibles, on peut lire sous la plume de ces auteurs à propos de l'heuristique de représentativité que « l'heuristique [...] est une procédure qui peut être utilisée pour modifier, *interpréter* et évaluer des informations » (Kahneman et Tversky, 1982, p. 88). On comprend alors que la notion d'heuristique a partie liée avec la notion d'interprétation mais dans son versant cognitif.

---

<sup>95</sup> (cf. *note prec.*).

Reste que la théorie ne s'en tient pas uniquement à multiplier les interprétations cognitives. En effet, ces heuristiques n'ont de sens que par rapport à une situation idéale, celle du calcul rationnel. C'est en cela même qu'elles constituent des « erreurs ». Or, l'action individuelle ou l'évaluation finale par les acteurs est nécessairement un condensé d'heuristiques immédiates et potentiellement erronées et de calcul qui peut venir modifier le jugement initial. Ce que pense l'économie comportementale est précisément cette dialectique subtile entre rationalité et jugement. Kahneman s'est clairement exprimé sur cette question en distinguant deux types d'opérations cognitives : l'intuitif (appelé système 1) et le réflexif (appelé système 2). Alors que ce dernier est davantage délibéré et contrôlé, le système 1, lui, est immédiat et automatique. Mais, en concevant une théorie duale du comportement, Kahneman insiste sur leur interrelations : de même qu'un jugement intuitif peut venir modifier nos évaluations rationnelles, de même des éléments appartenant au domaine du réflexif peuvent venir modifier les jugements et notamment en corriger les « erreurs » (Kahneman et Frederick, 2002)<sup>96</sup>.

Un tel programme de recherche passe par une critique de la théorie de l'action rationnelle sur trois points qui porte tous sur une certaine limitation de la rationalité. Dans le cadre de l'économie du droit comportementale, les hypothèses concernant l'information et, surtout, la manière dont celle-ci est traitée par les agents sont cruciales. Si notre conjecture est solide, et dans la mesure où la théorie de l'action est considérée ici à mi-chemin entre la rationalité et le jugement, on devrait s'attendre à ce que la théorie de l'interprétation de Sunstein soit intermédiaire entre la pure connaissance d'une part et la pure décision d'autre part.

## *SECTION 2. DU JUGEMENT AU CALCUL : THÉORIE DE L'INTERPRÉTATION CHEZ SUNSTEIN*

Dès lors que l'on s'intéresse à la théorie de l'interprétation défendue par Sunstein, on doit élargir le spectre des travaux à étudier et ne pas se contenter de ses travaux d'économie comportementale mais également de ses travaux de constitutionnaliste. A ce titre, s'il n'est pas douteux que ces travaux soient d'une très grande richesse et d'une grande rigueur intellectuelle, en revanche, il paraît plus difficile de la rationaliser au sein d'une théorie de

---

<sup>96</sup> De manière surprenante, on pourrait rapprocher cette théorie duale de la stratégie argumentative d'un Rawls lorsqu'il s'appuie, pour déterminer les institutions les plus justes d'une société, sur le concept d'équilibre réflexif. Le jugement moral est alors un condensé de principes immédiats et de sentiments de justice et de principes. Certaines fois, les principes nous amènent à modifier nos intuitions morales, d'autres fois, au contraire, les intuitions morales modifient les principes auxquels les agents adhèrent.

l'interprétation qui serait la sienne. Ce que nous offre Sunstein ce sont plutôt, et c'est le symétrique de son travail d'économiste d'ailleurs, des bribes de ce que pourrait être une théorie de l'interprétation raisonnable en droit.

Pour reconstruire le modèle d'interprétation en droit que semble avancer Sunstein, nous sommes donc fondés sur plusieurs de ses contributions qui courent du début des années 1990 jusqu'à la fin des années 2000. Certes, ces contributions peuvent être de statuts variables, allant de l'article de théorie à des travaux plus appliqués ou même à des travaux empiriques. Cependant, elles témoignent d'une assez grande cohérence. Ainsi, on trouve chez Sunstein des articles généraux (Sunstein, 1996), une analyse des constitutions et du droit constitutionnel qui reprend notamment le concept d'argument imparfaitement théorisé, une analyse empirique des arrêts des juges fédéraux (Sunstein *et alii*, 2006), et enfin, dans des éléments d'économie du droit (Sunstein, 2000 ; Sunstein et Thaler, 2008).

Au regard de ces contributions, on voit très clairement s'articuler trois éléments qui, pris ensemble, fournissent les clefs de lecture de la théorie de l'interprétation en droit selon Sunstein : la nature de son opposition au réalisme juridique, son adhésion à une théorie de l'interprétation qui doit aller vers une interprétation connaissance, une limitation des possibilités d'une interprétation parfaitement objective. Ainsi, tout en reconnaissant que l'interprétation ne peut être conçue comme un acte de pure connaissance et en acceptant une partie de la critique réaliste, Sunstein n'entend pas renoncer à voir dans l'interprétation la possibilité de générer des accords rationnels entre les individus. Et c'est précisément parce que l'information est imparfaite que de tels consensus partiels et locaux peuvent émerger. Conformément donc à notre hypothèse, on doit classer Sunstein comme un partisan, imparfait mais résolu, d'une interprétation-connaissance *imparfaite*.

### **Sous-section 1. Le réalisme de Sunstein**

On doit d'abord noter que, comme tous les théoriciens américains, Sunstein se place d'abord par rapport au réalisme juridique. Il prend acte, comme nous l'avons vu en première partie, de la mort du formalisme. Là comme ailleurs, on trouve ce même point de départ de l'impossibilité de ce rêve du juriste que pourrait constituer un modèle d'interprétation parfaitement objectif et impartial fondé sur la seule connaissance (Sunstein, 1996, p. 122, p. 168). Ainsi, Sunstein reconnaît que dans les cas difficiles, il est absurde de dire que les juges suivent le droit puisqu'il n'y a souvent « pas de droit à suivre (*no law to follow*) » (Sunstein *et*

*alii.*, 2006, p. viii). Et, ce sont précisément dans ces cas là où les convictions et les préférences politiques des juges peuvent prendre le dessus. Sunstein a donc une vision très claire de l'héritage réaliste. Pour autant, il nous semble que le modèle que construit Sunstein n'a rien à voir avec le réalisme tel que l'envisage Posner. Il conçoit davantage le réalisme et ses enjeux à la manière des pères du réalisme (représentés aux États-Unis par des auteurs comme Horwitz ou même Rosenfeld ; Horwitz, 1992 ; Rosenfeld, 1998) à savoir autour de l'opposition droit/politique. En effet, l'un des défis du réalisme américain est de s'interroger sur le rôle des juges et de mettre en évidence qu'ils jouent un rôle, non pas neutre, mais éminemment politique. Et évidemment, le pouvoir discrétionnaire de l'interprète fait que le juge a une place et un pouvoir exorbitant dans l'ordre social puisqu'il est en capacité d'utiliser le caractère libre de l'interprétation pour avancer son propre agenda politique. Tout l'enjeu pour certains réalistes est alors de vilipender l'imposture d'un droit qui se prétend neutre, gouvernement des hommes par les lois, alors qu'il est authentiquement de nature politique.

Il est clair que c'est principalement au sein de ce débat que se positionne Sunstein lorsqu'il traite des questions d'interprétation. Le recueil de texte qu'il publie en 1996 s'intitule, bien à propos d'ailleurs, *Legal Reasoning and Political Conflict*. De même, dans *Designing Democracy, What Constitutions Do*, il traite du droit constitutionnel essentiellement du point de vue de sa place dans le fonctionnement de la démocratie, et notamment de la démocratie délibérative (*deliberate democracy*). Enfin, son étude empirique sur les décisions des juges traite bien également de cette même question à savoir : est-il possible d'observer un biais dans les décisions des juges fédéraux en fonction des partis politiques auxquels on peut les rattacher ? (*Are Judges political, Sunstein et alii.*, 2006)<sup>97</sup>. Explicitement, l'objet de l'étude est de chercher à trancher entre les deux positions qui s'opposent aujourd'hui dans la doctrine américaine concernant la validité de « *l'attitudinal model* ». La première est de dire que, en l'absence de sens clair et définitif du droit (pas de droit à suivre selon les termes de Sunstein, *Ibid*, p. 5), l'idéologie des juges importe (c'est le modèle *attitudinal*) ; le second au contraire que, dans ces cas, les juges se raccrocheront aux principes généraux du droit, même s'ils n'y adhèrent pas à titre personnel.

---

<sup>97</sup> Cette étude est explicitement dédiée à analyser, empiriquement, le débat traditionnel aux États-Unis concernant l'activisme politique des juges et par conséquent leur plus ou moins grande légitimité à trancher juridiquement des conflits d'ordre politique. Mais, plutôt que de faire porter l'étude sur la Cour Suprême qui ne tranche finalement que les cas les plus difficiles et les plus controversés – et qui donc est par définition plus perméable aux enjeux politiques – Sunstein et son équipe ont travaillé sur les juges d'Appel. En effet, une grande partie des affaires se terminent devant ces juridictions et c'est là un « réel » laboratoire pour tester l'hypothèse : les décisions des juges sont-elles influencées par leurs préférences politiques ?



Sunstein partage dans un premier temps la position réaliste. A la manière de nombreux auteurs américains, il ne pense pas possible d'éviter de reconnaître que l'interprétation ne peut être conçue comme une opération de connaissance objective. Plusieurs arguments, relativement classiques, sont développés par Sunstein. Ainsi, il met l'accent sur l'ambiguïté du langage et sur le fait qu'une analyse purement sémantique des énoncés juridiques ne peut constituer une méthode objective d'interprétation (Sunstein, 1996, p. 122). Cette indétermination du langage tient non seulement au fait que, par nature, le langage est ambigu mais également au fait que le réel social et juridique évolue au fur et à mesure du temps. Ainsi, de nouveaux objets ne cessent d'apparaître, de nouveaux faits, de nouveaux mécanismes, de nouveaux types de comportements voient le jour. Autant d'éléments empiriques qu'il devient difficile pour le droit de qualifier grâce à son langage qui ne peut prendre la mesure de ces modifications<sup>98</sup>. Il appartient donc au juge d'effectuer ces opérations de qualification et de rattacher le nouveau à l'ancien par une interprétation nécessairement créative.

De même, l'intention originelle est critiquée comme méthode d'interprétation, au moins dans sa version la plus extrême, celle des juges Bork et Scalia par exemple (Sunstein, 2001, pp. 86-88). Là encore, les arguments sont assez classiques et porte sur les difficultés à reconstruire l'intention originelle. Mais, surtout, cette critique s'articule à une vision plus générale du rôle que doit tenir la tradition au sein de l'interprétation. Dire que les juges doivent suivre la tradition passe sous silence le fait que l'utilisation même du terme de tradition suppose un choix : celui de construire ce que l'on considère appartenir à la tradition d'un système juridique. Il dénonce aussi la faible pertinence de l'intention de l'auteur de la norme comme critère d'interprétation. Plus fondamentalement, il ne pense pas non plus que la doctrine parfaitement rationnelle soit un critère possible pour obtenir des interprétations dénuées de tout parti pris (Sunstein, 1996, p. 168).

Bref, la conclusion immédiate de tous ces arguments, dont nous ne reprenons que les plus importants, est que l'interprétation ne peut en aucun cas être présentée comme un acte de pure connaissance.

---

<sup>98</sup> Ainsi, pour prendre une affaire récemment tranchée par la Cour de cassation en France, harceler quelqu'un en lui envoyant de nombreux SMS de menaces constitue-t-il un harcèlement téléphonique au sens du Code pénal ? On voit ici combien l'innovation technique est porteuse de difficulté pour l'interprétation juridique.

## Sous-section 2. L'anti-réalisme de Sunstein

Mais cette adhésion ne doit pas cacher que si Sunstein embrasse son rival, c'est pour l'étouffer tout aussitôt. L'adhésion au réalisme est davantage un exercice de style, obligatoire dans le contexte américain mais qui n'est qu'un premier pas pour construire une théorie alternative et plus raisonnable de l'interprétation. Dès lors que l'on analyse positivement en quoi consiste les positions, non plus critiques des autres théories, mais constructives de la propre théorie de Sunstein, on doit noter une prise de distance immédiate par rapport au réalisme. Il refuse ainsi catégoriquement que l'interprétation puisse être un acte de pure volonté. Il reconnaît donc que le juge a bien une marge d'interprétation mais c'est pour d'emblée penser les limites de ce pouvoir discrétionnaire.

Ainsi, à propos de l'étude empirique qu'il a mené sur les liens entre idéologie politique des juges et leur décision, il note qu'« il serait facile de lire dans nos résultats un soutien à une conclusion non ambivalente que les juges fédéraux sont, pour une bonne part, politique ou idéologique » (Sunstein *et alii.*, 2006, viii). Mais, c'est pour mieux tempérer d'emblée cette conclusion hâtive à ses yeux et affirmer que « même dans les cas les plus controversés, le droit impose une large *discipline*, en ce sens que les juges républicains (*Republican appointees judges*) et les juges démocrates, (*Democrat appointees judges*) sont plus souvent en accords qu'en désaccords » (Sunstein *et alii.*, 2006, viii, nous soulignons). Le terme de *discipline* est évidemment remarquable puisqu'il sous-entend qu'il existe, dans le phénomène juridique et l'organisation du système judiciaire lui-même, les mécanismes nécessaires pour contraindre les interprètes légitimes.

Cela étant, une telle position n'est qu'un indice partiel d'un anti-réalisme. Car, on peut tout à fait être un réaliste conséquent et considérer également que le processus d'interprétation, quoique parfaitement libre en théorie, est en pratique contraint par certains mécanismes. Ainsi, si Sunstein s'orientait, à la manière de la théorie des contraintes juridiques en France, vers ce genre de positions, il n'en resterait pas moins un réaliste à part entière considérant que l'interprétation est bien un acte de volonté. Or, il nous semble que ce qui rapproche Sunstein de l'interprétation-connaissance, c'est qu'il considère que cette discipline est liée à des phénomènes essentiellement cognitifs.

C'est dans ce cadre qu'il faut comprendre sa discussion très approfondie de l'analogie en droit et son concept d'arguments incomplètement théorisés (*incompletely theorized arguments*). Pour Sunstein, les membres d'une communauté juridique peuvent se mettre

d'accord sur des parcelles de consensus. Si un accord total et global sur un ensemble de principes (utilitariste, kantien, rawlsien) et leur application concrète est hors de portée, en revanche il peut exister des poches d'accord reposant sur des arguments incomplètement théorisés. Dans la mesure où les acteurs ne peuvent se mettre d'accord sur des principes généraux et globaux, il ne faut chercher que des accords locaux, sur des problèmes particuliers. Sunstein décrit lui-même sa théorie comme une théorie « *bottom-up* » qui part des cas individuels et concrets pour monter en généralité à l'opposé de théories « *top-down* » qui prétendent résoudre les problèmes juridiques par application de principes généraux.

Ainsi, les analogies sont des procédés permettant de parvenir à de tels accords partiels. Mais, à la différence de l'analogie en sciences où la similarité repose sur des caractéristiques objectives des choses, l'analogie en droit est fondée sur des jugements normatifs. Consubstantiellement à l'analogie en droit, il faut donc reconnaître que l'interprétation ne prend sens que dans et par un certain nombre de jugements partagés. Ces jugements partagés naissent de « la compréhension de pratiques interprétatives qui prévalent (*prevailing interpretive practices*) à l'intérieur de la communauté juridique » (Sunstein, 1996, p. 33). Il emploie d'ailleurs souvent l'expression de « compréhension partagée (*shared understanding*) ». On voit donc que si le droit discipline l'interprétation, c'est parce que les autorités habilitées sont d'accord et ont la même interprétation d'un énoncé.

L'essentiel du travail du juge est alors de trouver des analogies entre les cas passés et les cas présents. Or, le travail analogique est contraint par un certain nombre d'éléments qui tiennent aux caractéristiques des cas eux-mêmes. Dit autrement, l'analogie obéit à des canons méthodologiques qui sont autant de contraintes interprétatives et qui font de l'interprétation une activité intellectuelle de *connaissance* : une inférence qui pour être valide doit respecter des procédés d'inférence d'une application particulière à partir de connaissances générales. Ainsi, selon Sunstein, si le juge possède bien une marge d'interprétation, il est en revanche largement contraint dans son travail d'interprétation par toute une série d'éléments. Ainsi, les éléments matériels des cas sont « contraignants » (Sunstein, 1996, p. 93)<sup>99</sup>. Dès lors, on comprend que l'analogie, en tant que méthode d'interprétation en droit afin de décider des cas, soit largement contrainte par les principes qui guident la communauté juridique. On a là un entre-deux que l'on jugera à loisir, soit bancal, soit particulièrement bienvenu car évitant

---

<sup>99</sup> Derrière toute sa discussion des méthodes de l'interprétation et notamment de la pratique de l'analogie, Sunstein traite en réalité de la question de l'inférence : comment inférer une décision particulière de normes et de précédents. C'est exactement cette même question, épistémologique, que pose Kahneman et Tversky en économie à savoir comment les agents infèrent « réellement » un savoir sur lequel fonder leur action à partir des informations dont ils disposent (Kahneman et Tversky, 1982, p. 192).

les écueils des extrêmes. Ou plus précisément, l'analogie possède bien une double nature qui n'est pas sans rappeler les deux systèmes de Kahneman : elle constitue un raisonnement immédiat mais peut également être travaillée par un cadre réflexif dans la mesure où elle vient corriger nos jugements : « le raisonnement analogique nous aide à informer nos jugements au sujet de questions sur lesquelles nous sommes incertains » (Sunstein, 1996, p. 64). La théorie de l'interprétation de Sunstein est à la fois une théorie de l'interprétation volonté et de l'interprétation connaissance : l'interprétation comme acte de volonté se trouve être contrainte à l'intérieur d'un cercle formé par les limites des procédés de connaissance acceptés et légitimes au sein d'une communauté interprétative.

Dans cette argumentation sur les arguments incomplètement théorisés, deux éléments doivent retenir notre attention car ils se rattachent directement à l'économie. Le premier est de savoir pourquoi les acteurs ne peuvent se mettre d'accord sur une interprétation commune et partagée à un haut degré de généralité. Il ne s'agit pas simplement, chez Sunstein, d'opposition de valeurs incommensurables générant de l'opposition et du conflit au sein de la cité politique et juridique, il s'agit aussi de limitations cognitives. Acteurs, juges, autorités n'ont pas toutes les informations nécessaires et n'ont ni le temps, ni les compétences pour les obtenir et les traiter. Dès lors, l'accord ne peut naître que de manière partielle et contextualisée.

Deuxièmement, ces accords locaux et partiels laissent un grand nombre de silences dans le droit. Faut-il s'en affliger ? Aucunement nous dit Sunstein qui, reprenant une thèse assez ancienne défendue par Stephen Holmes dans un ouvrage remarquable dirigé par Elster (Elster et Slagstad, 1988), nous dit qu'il est rationnel pour le droit de laisser dans l'ombre certaines réponses. Il ne s'agit pas de lâcheté mais plutôt d'une sagesse sur les limites de la raison. Dès lors que l'on est conscient que l'argumentation rationnelle ne peut pas, dans tous les cas et dans toutes les situations, conduire à du consensus, mieux vaut parfois éviter le conflit en le laissant non résolu par le droit<sup>100</sup>. Un tel silence permet d'éviter toutes montées aux extrêmes lors des conflits juridiques, montées aux extrêmes qui sont sources de conflits voire de violence et qui apparaissent nécessairement dès lors que l'on cherche à remonter, à partir d'un cas particulier, à des principes généraux. On retrouve donc au cœur de la théorie de l'interprétation de Sunstein l'idée de rationalité limitée ou de paradoxe de la rationalité développée, notamment, par Elster.

---

<sup>100</sup> Voir sur ce point Holmes *in* Elster et Slagstad (eds.), 1988.

On voit bien combien la théorie proprement juridique de l'interprétation chez Sunstein est traversée par une interrogation constante sur les limites de la rationalité et ses imperfections. C'est, nous semble-t-il, le fil rouge de tous ses travaux en théorie du droit. Et ceci est tout à fait cohérent avec ses hypothèses en économie.

### *SECTION 3. JUGEMENTS EN ECONOMIE ET JUGEMENTS EN DROIT CHEZ SUNSTEIN*

Les règles de droit sont considérées par l'économie du droit comportementale d'un double point de vue. D'une part, il s'agit de voir comment les agents se saisissent des règles et en font le support de leurs comportements à mi-chemin entre calcul et jugement et d'autre part de montrer que l'interprétation juridique peut précisément être anticipée sur le fondement de modes de jugement et d'interprétation socialement partagés. Le pôle jugement est particulièrement fort chez Sunstein.

La question est alors de savoir comment boucle la théorie proposée ? En effet, chez Hayek comme chez Posner, on a bien vu comment les hypothèses sur la rationalité et le jugement permettaient d'opérer un bouclage de la théorie pour comprendre les interactions entre droit et économie. Pour Sunstein, les choses se présentent de manière un peu différente. Par nature, et contrairement aux deux autres courants, la théorie de Sunstein ne prétend pas constituer une théorie globalisante du social et du droit. Au contraire, elle éclaire des parcelles du réel avec des outils parfois différents, chacun adapté au contexte de leur application. Il en ressort – on l'a vu lors de la discussion des heuristiques – des explications multiples de phénomènes que l'on trouvera à loisir et alternativement, soit manquant d'unité analytique, soit au contraire extrêmement riches et fécondes.

La conséquence analytique et méthodologique immédiate pour notre propos est que l'on ne saurait considérer qu'il existe chez Sunstein un bouclage unique de la théorie. Alors qu'il était unique chez Hayek autour d'un équilibre temporel et tendanciel, et chez Posner, autour d'un équilibre anticipation/interprétation qui valide les comportements de chacun, le bouclage peut être pluriel chez Sunstein et les équilibres, multiples.

Selon les cas empiriques, selon les contextes d'anticipation et d'interprétation, les comportements des acteurs et ceux des juges peuvent s'articuler de différentes manières. Ce que nous proposons donc est d'illustrer, sur un cas particulier – un scénario-type – comment s'opère cette articulation et comment la théorie Sunstein, dont on a montré qu'elle avait bien

un versant économique analytiquement fécond et un versant juridique lui-aussi particulièrement intéressant, se constitue en théorie économique du droit. Ce scénario-type est celui des cascades informationnelles et plus spécifiquement des cascades de disponibilité (*availability cascades*).

Dans ce cadre, la manière dont la norme de droit influence le comportement des individus dépend des mécanismes individuels de traitement de l'information. Les agents surestiment la probabilité d'un événement car ils évaluent sa probabilité de réalisation en faisant appel aux cas qu'ils connaissent. Ainsi, le simple fait de pouvoir faire appel à l'existence d'un cas similaire les conduit à penser que le phénomène est plus courant qu'il ne l'est en réalité. Inversement, l'absence de cas connu pouvant être mobilisé à l'appui de l'évaluation entraînera une sous-estimation de la réalisation de cet événement. L'existence de cascades de ce type peut avoir des conséquences fortes sur le droit.

Dans ce scénario-type, tout à la fois théorique et riche d'applications empiriques, le contexte est celui d'une heuristique de disponibilité (Sunstein, 2000, pp. 393 *et suiv.*). Si certains agents subissent ce biais cognitif (concernant l'occurrence d'un événement ou l'interprétation du sens d'une règle), ils peuvent être à l'origine d'une cascade informationnelle de disponibilité. En effet, par leur action, ils signalent à tous les autres acteurs leurs croyances. Parmi ces autres acteurs, certains sont dans une situation relativement similaire concernant leur information limitée. La constatation que d'autres agents du système juridique et économique ont un certain type de croyances les amènent alors à penser que cette croyance est plus pertinente. S'amorce alors une cascade où la croyance fautive se développe et s'auto-entretient. Dans ces contextes, certains acteurs du système, appelés « entrepreneurs des cascades de disponibilité » peuvent avoir de leur côté un intérêt soit à alimenter la cascade informationnelle, soit à en profiter aux mieux de leurs intérêts. Il peut s'agir par exemple de groupe de presse, de représentants politiques poursuivant leur propre agenda, de lobbys *etc.*

La conséquence immédiate est une forte demande de droit de la part d'acteurs biaisés et/ou d'acteurs non biaisés profitant de la cascade informationnelle. Ainsi, une cascade informationnelle initialement née dans le monde économique et social peut se développer et contaminer le monde du droit. Le pouvoir législatif peut être amené à légiférer sur le problème en question (par exemple, législation pénale ou législation concernant la régulation

de certains risques surestimés en réalité), l'exécutif à prendre position<sup>101</sup> etc. C'est là, où l'intervention du juge peut être déterminante.

Soit que le système judiciaire participe lui-même à cette cascade informationnelle en validant le biais cognitif et en participant à son renforcement, soit que le système judiciaire tente de lutter contre cette cascade et de « débiaiser » les individus. Selon la manière dont s'articulent biais cognitifs et interprétation juridique, les conséquences – les équilibres en termes économiques – peuvent être multiples. On peut assister à une cascade informationnelle dès lors que le juge renforce par ses décisions le biais initial des agents, les conduisant à croire de plus en plus fermement à la véracité de leurs fausses croyances. A l'inverse, un autre équilibre peut émerger dès lors que les autorités judiciaires utilisent leur pouvoir d'interprétation dans le but de débiaiser (*debiasing though law*) les individus.

La manière dont interprétation juridique et anticipations des acteurs bouclent sur elle-même est donc plurielle chez Sunstein et c'est au cas par cas qu'il faut étudier quels équilibres ont finalement prévalu. Là comme ailleurs, il faut suivre Schelling et placer le temps de la théorie économique dans le temps de l'histoire, à savoir comprendre et expliquer, dans chaque cas particulier, pourquoi tel ou tel équilibre a finalement prévalu.

Il nous semble que l'économie du droit comportementale articule économie et droit autour de la question du jugement et de son analyse. Le jugement est à la fois conçu comme un ensemble de pratiques juridiques traversées par des méthodes particulières d'interprétation – comme l'analogie par exemple – et comme pratique individuelle *d'évaluation* du sens des normes traversée par des mécanismes cognitifs particuliers comme les heuristiques. C'est donc autour de cette question du jugement que convergent la représentation du droit et la représentation de l'économie.

Tout l'enjeu de l'économie du droit comportementale est d'analyser les méthodes par lesquels les jugements juridiques peuvent redresser – ou non – les erreurs des agents fondés sur des jugements imparfaitement rationnels. Les pistes de recherche ouvertes par l'économie du droit comportementale sont donc de comprendre précisément comment s'articulent ces deux ordres de jugements et ses conséquences sur les représentations de l'action individuelle en présence de jugements locaux, imparfaits et devant être mis en cohérence les uns avec les autres.

---

<sup>101</sup> Ainsi, c'est dans ce cadre que l'on peut interpréter l'inflation législative sur certains domaines, non nécessairement coûteux pour la société.

## **CHAPITRE 2. THEORIE DES CONTRATS INCOMPLETS :**

### **L'IMPERFECTION DU JUGE**

Même s'il peut apparaître paradoxal de voir dans la théorie des contrats, et notamment des contrats incomplets, une analyse qui ouvrirait sur les notions de jugement et d'interprétation, nous montrerons qu'un faisceau d'indices justifie largement cette caractérisation. En effet, le juge est l'un des personnages clef de la théorie des contrats incomplets. En même temps, il manque une « axiomatisation » de son comportement à savoir un modèle de base qui s'appliquerait uniformément dans toute cette littérature. On ne trouve pas dans ce courant de pensée de théorie complète et cohérente du comportement du juge. Toutefois, quelques jalons peuvent être utiles pour inscrire la théorie des contrats incomplets par rapport aux différents courants précédemment étudiés.

#### *SECTION I. LA REPRESENTATION DE LA RATIONALITE ET LE ROLE DU JUGE*

Initialement, la théorie des contrats incomplets était relativement ambiguë sur la question de la rationalité des acteurs, elle reprenait largement à son compte la notion utilisée par Williamson de rationalité limitée. Cependant, au fur et à mesure de la constitution de la théorie, la référence à la rationalité limitée a disparu. Comme l'écrit Hart, « c'est davantage la rationalité des tribunaux qui est limitée que celle des parties » (Hart, 1990, p. 699). Ce point de vue est repris d'ailleurs chez d'autres auteurs (Brousseau et Glachant, 2001, p. 12 ; Tirole, 1999). Cela étant, les parties au contrat ne disposent tout de même pas de capacités cognitives aussi fortes que chez Posner dans la mesure où elles font face à des informations non connues et sur lesquelles il est impossible de contractualiser. Dès lors une contractualisation contingente complète à la Arrow-Debreu est impossible<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> On distingue traditionnellement la contractualisation contingente complète qui est celle de l'équilibre général, la contractualisation complète défendue par Tirole et la contractualisation incomplète de Hart et Moore où les parties ne peuvent signer un contrat complet car certains états futurs de la nature sont indescriptibles.



Ce manque d'information peut venir de plusieurs causes. D'une part, il peut exister une asymétrie d'information sur le comportement futur de l'acteur. Cette référence à l'asymétrie d'information a cependant elle-aussi été rapidement abandonnée et la théorie des contrats incomplets raisonne le plus souvent en information symétrique. Mais même dans ce cas, il peut tout de même apparaître de l'incomplétude (Tirole, 1999, p. 754). D'autre part, la réelle source d'incomplétude porte sur ce qui est appelé en anglais l'*indescriptability* que nous traduirons par indescriptibilité. Aux modèles de premières générations qui insistaient avant tout sur les coûts d'écriture des contrats qui rendaient impossible d'écrire des clauses contractuelles pour tous les états futurs possibles et donc rendaient impossible d'assigner à tout état futur de la nature, une action des parties, se sont progressivement substitués des modèles de seconde génération qui insistent eux sur la notion de non-vérifiabilité. Ainsi, une fois survenue, la contingence peut tout à fait être observable par les deux parties (information symétrique) mais non-vérifiable par une tierce partie en cas de conflit (Farès et Saussier, 2002). La source de l'incomplétude contractuelle est alors à chercher dans le fait que les juges n'ont pas nécessairement les compétences pour vérifier les clauses contractuelles ni l'information pour découvrir quel état de la nature s'est réalisé.

Le nœud du problème, ce sont les contingences non prévues sur lesquelles on ne peut pas contractualiser. En effet, un aspect important de ces contrats incomplets réside dans le fait qu'il est impossible de spécifier entièrement les engagements des parties dans tous les cas imaginables. Ceci a permis aux tenants de cette approche (Grossman, Hart, Moore) d'élaborer une théorie du pouvoir, comme *droits de décision résiduels*, c'est-à-dire que détenir le pouvoir pour une des parties consiste à pouvoir prendre des décisions dans le domaine d'incomplétude du contrat, en dehors de ce qui a été convenu. Le caractère incomplet des contrats permet aussi d'introduire des éléments de rationalité limitée dans le comportement des organisations, correspondant aux actions non anticipables ou invérifiables de l'organisation dans la zone d'incomplétude du nœud contractuel. L'incomplétude des contrats laisse une marge de manœuvre aux parties, elle permet les comportements opportunistes<sup>103</sup>.

Fondée au milieu des années 1980, la théorie des contrats incomplets a progressivement fondé un paradigme original en économie au point qu'un certain nombre de controverses ont traversé ce champ à la fin des années 1990. Ces controverses portent sur les fondements de la

---

<sup>103</sup> Il est intéressant de souligner ici que la théorie des contrats incomplets se distingue de la théorie des coûts de transaction développée notamment par Williamson. Le clivage repose sur le traitement différent de l'incertitude dans les deux types de théories, puisque la théorie des coûts de transaction suppose une incertitude radicale là où la théorie des contrats incomplets considère que la rationalité des agents est capable d'appréhender cette incertitude (Fares et Saussier, 2002).

théorie des contrats incomplets et ont amené à un dialogue entre théoriciens des contrats complets et théoriciens des contrats incomplets (Tirole, 1999). Ce qui est intéressant dans cette controverse est qu'elle tourne notamment autour de la figure du juge. Tirole reproche ainsi à la théorie des contrats incomplets de supposer que les acteurs ont une rationalité parfaite mais que le juge, lui, possède des capacités limitées d'information et de découverte de l'information. La question importante est alors de savoir de quelle manière l'intervention du juge permet de faire face aux conséquences de l'incomplétude des contrats. Nous nous référerons ici principalement aux travaux de Tirole (Tirole, 1999 ; Tirole et Maskin, 2004 ; Tirole et Blanchard, 2003). Dans ses échanges avec Hart, Tirole insiste sur le fait que les contingences auxquelles les parties pourraient se trouver confrontées durant l'exécution du contrat sont indescriptibles.

Cependant, ces constats généraux sont insuffisants dans la mesure où lorsque Tirole analyse la théorie des contrats incomplets, il pose en fait les fondements d'une « théorie » originale du rôle du juge. En effet, la clef du raisonnement à propos des contrats incomplets semble bien être la représentation que l'on se fait de la tierce partie (juge ou arbitre). De ce point de vue, Tirole (1999) exprime clairement le fait que l'opposition entre la théorie des contrats complets et la théorie des contrats incomplets porte sur la représentation que l'on a du juge. Prenant l'exemple des contrats de recherche et développement, Tirole écrit : « premièrement, il est difficile de décrire à l'avance les paramètres qui déterminent la valeur sociale d'une innovation et par conséquent le prix à payer à l'inventeur et, deuxièmement, nous ne faisons pas confiance à un système dans lequel le juge ou l'arbitre déterminerait *ex post* cette valeur (peut-être parce que nous sommes inquiet du fait que le juge peut être incompetent ou ne posséderait que de faibles incitations à être correctement informé ou même qu'il pourrait colluder avec l'inventeur pour surestimer la valeur de l'innovation ou avec l'État pour la sous-estimer) » (Tirole, 1999, p. 742).

En abordant la question du rôle du juge, Tirole adopte clairement une représentation en termes de juge réaliste. Dans son article avec Maskin (2004), le juge est bien considéré comme un agent pouvant décider suivant ses préférences : on est largement du côté de l'interprétation-liberté.<sup>104</sup> De même, il ajoute que toute théorie des contrats doit prendre en compte le fait que les contrats sont « appliqués » (*enforced*) par « des êtres humains. Les juges peuvent être sujets au hasard moral (ils peuvent ne pas faire assez d'efforts pour lire et

---

<sup>104</sup> Cette caractéristique se retrouve dans la réflexion menée en collaboration avec Blanchard sur la place du juge en droit du travail en France. Le constat d'un rôle trop important et sans fondements cognitifs clairs est dressé (Blanchard et Tirole, 2003). Les développements consacrés au phénomène de substitution entre les différentes procédures de licenciement renvoient clairement au comportement d'un juge réaliste.

comprendre tous les détails de l'affaire) et à la sélection adverse (ils peuvent ne pas avoir les compétences adéquates pour comprendre ce que les parties lui disent, il peut également avoir ses propres préférences qu'il peut incorporer dans ses propres décisions et parfois indépendamment de ce que les parties disent ou veulent). Les juges peuvent enfin colluder avec les parties » (Tirole, 1999, p. 762). On voit que l'on est bien dans un monde où l'interprétation juridique est avant tout considérée comme un acte de volonté et non de connaissance objective.

Or, ce rôle du juge est crucial précisément parce que le contrat ne peut répondre à toutes les occurrences futures. Le point important réside ici dans la description faite de la situation de renégociation. En réalité, les acteurs n'interprètent pas de la même manière ce qui est transféré. Il existe un intérêt personnel à ne pas accepter que c'est bien un certain état de la nature qui s'est réalisé. On est clairement dans l'optique de l'interprétation volonté, c'est-à-dire de la qualification par les agents des faits qu'ils ont devant les yeux. Cependant, cette situation apparaît dans cet océan de non-contractuel puisqu'ils ne parviennent pas à décrire les contingences possibles. La conclusion de l'analyse est d'ailleurs très explicite : « l'impossibilité de décrire les contingences rend impossible pour le contrat de détecter un tel comportement stratégique du principal et garantit que le principale touchera le même *payoff* avant renégociation que si l'innovation n'avait pas eu lieu. Ainsi, la possibilité de renégociation garantit au principal au moins la moitié du surplus de l'innovation. En un sens, la preuve reflète la philosophie de l'hypothèse de Hart et Moore que, en l'absence d'échange, les tribunaux ne peuvent découvrir qui est en faute » (Tirole, 1999).

Tout l'enjeu de cette question porte alors sur la possibilité ou non de renégocier le contrat une fois que la contingence non prévue est apparue. On comprend que les parties peuvent avoir intérêt à renégocier le contrat une fois qu'elles savent quel est l'état de la nature qui s'est réalisé. Mais dès lors qu'elles anticipent cette renégociation, alors leur comportement d'investissement *ex ante* peut s'en trouver modifié. La renégociation ouvre donc la possibilité de *hold-up* sur les investissements spécifiques qui ont été faits *a priori*. Dès lors, la manière de se protéger de ce *hold-up* lié à la renégociation est d'attribuer dès la signature du contrat un droit résiduel de contrôle à l'une des parties. On voit que cette position est la conséquence directe du fait que les auteurs suspectent le juge de pouvoir se comporter de manière inefficace ou au moins discrétionnaire sans avoir de connaissances suffisamment précises pour éviter toute extorsion du surplus.

Ce qui est intéressant, c'est que pour Tirole, l'épine dorsale de l'opposition entre la théorie des contrats complets et la théorie des contrats incomplets réside effectivement dans le

rôle du juge autour d'abord de ses capacités cognitives, ensuite de son fonctionnement réel, enfin de sa crédibilité et du respect des engagements initiaux et de la manière dont son intervention entraîne une renégociation. Autrement dit, on a dans une certaine mesure une articulation extrêmement particulière entre volonté et connaissance en ce qui concerne l'interprétation. En effet, l'intervention du juge apparaît comme étant potentiellement « néfaste » pour la relation parce qu'il n'a pas assez d'information pour se décider et dans ce cadre, il ne peut interpréter à l'aide d'un mécanisme d'interprétation-connaissance. De ce fait, sa décision sera nécessairement frappée du sceau de l'arbitraire : « Ce point éclaire l'une des principales propositions du rituel de la contractualisation complète ; la notion qu'une variable peut être observable mais non vérifiable. Cette phrase est utilisée par les théoriciens des contrats incomplets pour signifier non seulement que la variable est observée par toutes les parties au contrats et non par le tribunal (par conséquent, non vérifiable) mais aussi que les mécanismes de découverte qui pourrait permettre *de facto* sa vérification par un tribunal sont supposés ne pas exister [...] les contrats complets offrent en fait une solution pour savoir quand cette hypothèse est fondée : une variable qui est observable par les parties et non par le tribunal ne peut être découverte si son *payoff* est non pertinent lorsqu'elle est apprise par les parties » (Tirole, 1999, p. 755).

## SECTION 2. LA POSITION INTERMEDIAIRE DU JUGE DANS LES CONTRATS INCOMPLETS

Contrairement aux approches précédemment étudiées, nous avons vu qu'il n'existe pas de théorie explicite du juge dans la théorie des contrats incomplets alors même que ce personnage est au cœur de l'analyse. On doit reconstruire la compréhension du rôle du juge dans cette théorie à l'aune de son rôle fonctionnel dans les modèles. En pratique, il s'agit de comprendre comment les agents modélisés conçoivent, eux, la manière dont le juge va faire son travail. Les concepts clef sont ceux de droit résiduel d'une part et de non-vérifiabilité d'autre part.

En premier lieu, la théorie des contrats incomplets introduit une asymétrie entre les parties d'une part et le juge d'autre part. Ainsi, l'hypothèse de non-vérifiabilité est importante et cruciale dans tous les modèles. Mais il convient de souligner que cette hypothèse concerne principalement le juge tandis que les agents eux ne sont pas confrontés au même problème. Lorsqu'ils parlent des droits de propriété, les théoriciens des contrats incomplets sous-entendent bien que la rédaction du contrat fonctionne parfaitement pour ce qui concerne les

éléments descriptibles et vérifiables. Bien entendu, ensuite, le droit d'utiliser l'actif (droit résiduel) est bien un acte de volonté pure qui peut s'aligner sur l'intérêt de celui qui possède l'actif. On a donc bien une règle : le droit de propriété résiduel est interprétable en termes de pure volonté<sup>105</sup>.

Si le juge ne décidait pas de manière arbitraire mais uniquement de manière cognitive, alors les agents pourraient construire des anticipations sur le comportement du juge et donc il n'y aurait pas de problème de *hold-up*. C'est parce que le juge n'a pas toutes les informations nécessaires que, effectivement, sa décision risque d'être un acte de volonté et non pas un acte de connaissance. On a donc une double vision de l'interprétation contractuelle. Pour ce qui concerne les clauses contractuelles, on est en présence d'un acte de connaissance, c'est-à-dire que l'on va mettre en œuvre ce que les parties ont décidé. En revanche, dans le cas de ce qui n'est pas contractualisé, on a une interprétation libre. La théorie des contrats incomplets est donc bien « intermédiaire » entre les approches de Posner et de Sunstein.

En définitive, il semble bien que la question cruciale soit celle des vides juridiques : si on est dans un monde d'interprétation connaissance, il peut exister des vides juridiques en ce sens qu'il peut ne pas exister de « bonnes » réponses. En revanche, dans un monde d'interprétation volonté, il n'y a pas vraiment de possibilité de vide juridique. Du coup, la notion de vide contractuel apparaît bien plus complexe que celle présentée par la théorie des contrats incomplets. Dans une certaine mesure, cette théorie considère qu'il existe *a priori* des vides contractuels tout en reconnaissant que ce n'est pas le cas puisque avoir le droit résiduel sur l'actif permet d'être parfaitement libre de décider seul de ce que l'on fait de cet actif. Autrement dit, on est bien en présence d'une interprétation-volonté, mais le mécanisme d'interprétation est d'un autre ordre que chez Posner. La dialectique porte désormais sur le degré de connaissance du juge. Ce dernier est moins parfait que dans la théorie posnérienne fondée sur la maximisation du bien-être. La décision du juge dans la théorie des contrats incomplets risque donc d'être plus arbitraire et c'est précisément contre cet arbitraire que les agents cherchent à se protéger par du *design* contractuel.

---

<sup>105</sup> On retrouve en fait la vision initiale de Alchian sur le *hold-up* (Alchian et Demsetz, 1973 ; Alchian, Klein et Crawford, 1978).

## **CONCLUSION GENERALE**

On l'a vu, il nous semble qu'une typologie à double entrée information/interprétation permet de donner un sens au pluralisme contemporain en économie du droit. Les courants ne s'opposent pas seulement par des méthodologies différentes dans une concurrence entre paradigmes incommensurables entre eux mais proposent, chacun, une articulation particulière entre une certaine représentation du droit d'une part et une certaine représentation de l'information d'autre part.

Comme on a essayé de le montrer, chacune de ces articulations théoriques propose un bouclage particulier qui unit comportements individuels et comportements des autorités habilitées à interpréter le droit. Ces bouclages viennent se substituer au bouclage traditionnel en économie, celui par le marché ; chez Hayek, le bouclage est essentiellement temporel ; chez Posner, il est fondé sur un mécanisme d'anticipation qui s'auto-valide, chez Sunstein, on est en présence de multiples bouclages possibles qui dépendent eux-mêmes des heuristiques en présence ; au sein de la théorie des contrats incomplets, le bouclage est double selon que l'on se place dans le contrat ou dans les vides contractuels. C'est à ce moment précis que le travail méthodologique débouche sur des enjeux empiriques car les pistes de recherche en économie du droit appliquée doivent, selon nous, prendre au sérieux cette nécessité de toujours penser ensemble comportements des acteurs et nature de l'interprétation.

Sans revenir sur les éléments spécifiques que nous avons développés plus haut, on peut terminer cette recherche par deux remarques plus générales car introduire, comme nous l'avons fait, la question de l'interprétation en économie peut surprendre dans la mesure où l'on a l'habitude de voir dans la théorie économique orthodoxe une théorie explicative de l'action humaine et non une théorie compréhensive.

La première remarque est qu'il nous semble que cette opposition est moins nette qu'il y paraît au premier abord. Comme l'écrit Ricoeur, « expliquer permet de comprendre mieux », dit autrement, dans le cercle herméneutique, pour comprendre l'action des autres acteurs, il y a une place pour l'explication de ce comportement comme un élément qui joue un rôle dans la compréhension. Dès lors, notre typologie peut également être lue comme une opposition entre le poids de l'explication et de la compréhension dans l'interprétation des normes par les agents. Alors qu'au nord-est, ce poids est maximum et que l'interprétation passe quasi exclusivement par l'explication, ce poids est minimum dans l'axe sud-ouest. On

retrouve ainsi les positions méthodologiques et épistémologiques des différents auteurs : positivistes au nord-est et compréhensifs au sud-ouest.

La seconde remarque porte sur le lien entre information et temporalité. Il est d'usage de considérer en droit que l'interprétation a partie liée avec le temps. En effet, on peut dire que l'interprétation permet au droit de s'actualiser à travers le temps. De même que dans un récit littéraire, le sens ne se révèle complètement qu'à la fin de la lecture, le sens du droit est toujours en devenir. Or, ce que nous avons vu en économie est étonnement proche. Une grande partie des problèmes informationnels auxquels font face les agents sont d'ordre temporel. C'est parce que le futur est incertain que les agents – plus ou moins – rationnels ont besoin de règles de conduite. Le droit, en tant qu'institution sociale qui fait le pont entre le passé, le présent et le futur est naturellement au croisement de l'interprétation et de l'information. Le grand apport de l'économie du droit contemporaine est de nous montrer que l'interprétation juridique ne peut se développer sans prendre en compte une certaine « base informationnelle » qui lui sert de fondement pour effectuer ce lien entre passé, présent et futur.



# **ANNEXES**

## **MANIFESTATIONS SCIENTIFIQUES - PRESENTATION DU RAPPORT - VALORISATION**

Le projet a donné lieu à plusieurs éléments de valorisation à travers des présentations des travaux intermédiaires et des publications en cours. Du point de vue des présentations, les chapitres 1 et 2 ont été présentés le plus souvent ensemble tandis que la partie II a été présentée à différents moments de son élaboration soit par Samuel Ferey, soit par Bruno Deffains.

[2009], « Pour une histoire interdisciplinaire de l'économie du droit », Cercle d'épistémologie économique, Université de Paris 1, décembre 2009, (S. Ferey).

[2009], « Le pluralisme contemporain en économie du droit », École doctorale de sciences juridiques et économiques, Université de Paris Ouest-La Défense, mai (S. Ferey)

[2009], Séminaire de l'école normale supérieure (ENS/Ulm), Juin, (S. Ferey et B. Deffains).

[2009], « Le pluralisme contemporaine en économie du droit », Séminaire du Gredeq, Université de Nice, Juin (B. Deffains).

[2008], « Posnerian law and economics between legal realism and rational expectations », colloque de l'ESHET, Thessalonique, (S. Ferey)

[2008], « Révolution cognitive et révolution herméneutique en économie du droit », Université de Lausanne, Suisse, (S. Ferey)

Parallèlement à ces présentations, les travaux effectués dans le cadre du projet de recherche ont permis plusieurs publications actuellement soumises ou en cours de soumission

à des revues nationales ou internationales classées par le CNRS. Ces articles reprennent chacun certains aspects de la recherche.

[1] « L'économie du droit entre révolution cognitive et révolution herméneutique », rédigé pour les *Annales*.

[2] « Incohérence temporelle et interprétation constitutionnelle », rédigé pour la *Revue Française de Sciences Politiques*.

[3] « Posner réaliste », rédigé pour à la *Revue de philosophie économique*.

[4] « Positivism in law and economics » rédigé pour le *Journal of Economic Methodology*.

## BIBLIOGRAPHIE

- Ackerman, Bruce [1998], *Au Nom du Peuple. Les Fondements de la démocratie américaine*, (trad. de *We The people, Foundations*, 1991), Calmann-Lévy, Paris.
- Alchian, Armen A. et Harold Demsetz [1973], « The Property Rights Paradigm », *Journal of Economic History*, vol. 33, n°1, pp. 16-27.
- Alchian, Armen A., Benjamin Klein et Robert Crawford [1978], « Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process », *Journal of Law and Economics*, vol. 21, n°2, pp. 297-326.
- Alesina Alberto et Arthur Rosenthal, *Partisan Politics, Divided Government and the Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995
- Amselek, Paul (ed.) [1994], *Théorie du droit et Science*, P.U.F., Paris.
- Amselek, Paul (ed.) [1995], *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles.
- Amselek, Paul (ed.) [1995], *Interprétation et droit*, Bruylant et Presses Universitaires d'Aix Marseille, Bruxelles.
- Amselek, Paul [1987], « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits*, n°6, pp. 131-141.
- Amselek, Paul [1995], « L'Interpétation à tort et à travers » in Amselek (ed.) [1995], pp. 11-27.
- Arrow, Kenneth J. [1965], « Uncertainty and the Welfare Economic of Medical Care: Reply », *American Economic Review*, vol. 55, n°1/2, pp. 154-158.
- Babcock, Linda, George Loewenstein and Samuel Issacharoff [1997], « Creating Convergence: Debiasing Biased Litigants », *Law and Social Inquiry*, vol. 22, pp. 913-26.
- Burczak, T. A., [2002], « The contradiction between Hayek's subjectivism and his liberal legal theory », in Jack Birner, Thierry Aimar and Pierre Garrouste (eds), *F. A. Hayek as a Political Economist*, Routledge, London.
- Champeil-Desplats Véronique et Michel Troper, [2005a], « Introduction », in Troper *et alii* [2005], pp. 1-7.
- Champeil-Desplats Véronique et Michel Troper, [2005b], « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques » in Troper *et alii* [2005], pp. 11-23.
- Champeil-Desplats Véronique, Christophe Grzegorzcyk et Michel Troper (ss. dir.), [2005], *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, Bruxelles.
- Compagnon, Antoine [1998], *Le Démon de la théorie*, Le Seuil, Paris.
- Cooter Robert D. and D.L Rubinfeld [1989], « Economic Analysis of legal Disputes and their Resolution », *Journal of Economic Literature*, vol. 27, pp. 1067-1097.

- Cusset, François [2003], *French Theory*, La Découverte, Paris.
- Deffains, Bruno [2002], « The Norms and the Judge in Hayek's Liberalism », in Birner Jack *et alii* (eds), pp. 202-214.
- Deffains, Bruno [2007], « Introduction à l'analyse des systèmes juridiques », *Revue Economique*, vol. 58, pp. 1149-1162.
- Deffains, Bruno et Eric Langlais (eds.) [2009], *Analyse économique du droit*, De Boeck, Bruxelles.
- Deffains, Bruno et Samuel Ferey [2007], « Analyse économique et théorie du droit », *Droits*, n°45, juillet.
- Dosse, François [1995], *L'Empire du sens*, Paris, La Découverte.
- Dostaler, Gilles [2001], *Le Libéralisme de Hayek*, Paris, La Découverte.
- Dostaler, Gilles et Diane Ethier (eds.) [1989], *Friedrich Hayek, philosophie, économie et politique*, Paris, Economica.
- Dupuy, Jean-Pierre [1992], *Introduction aux sciences sociales*, Ellipses, Paris.
- Dupuy, Jean-Pierre [1992b], *Le Sacrifice et l'Envie*, Paris, Calmann-Levy.
- Dupuy, Jean-Pierre [1999], *Aux Origines des sciences cognitives*, La Découverte, Paris.
- Duxbury, Neil T. [1994], *Law, Economics and the Legacy of Chicago School*, Hull University Law School, Hull.
- Duxbury, Neil T. [1995], *Patterns of Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford.
- Dworkin, Ronald [1996], *Une Question de principe* (trad. fr. de *A Matter of Principle*, 1985), P.U.F., Paris.
- Dworkin, Ronald [1996b], « Pourquoi l'efficacité ? », (trad. fr. de « *Why Efficiency ?*, 1980), in Dworkin [1996], pp. 334-364.
- Elster, Jon [1984], *Ulysses and the Sirens : Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Elster, Jon [1984], *Ulysses and the Sirens : Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Elster, Jon [1995], « The Impact of Constitutions on Economic Performance », *Proceedings of the 1994 World Bank Annual Conference on Development Economics*, pp. 209-239.
- Elster, Jon [2005], « Droit et causalité », in Troper *et alii* [2005], pp. 117-121.
- Elster, Jon et Rune Slagstad [1988], *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Favereau, Olivier [1998], « Notes sur la théorie de l'information à laquelle pourrait conduire l'économie des conventions », in Pascal Petit (ed.) [1998], pp. 195-249.

- Favereau, Olivier [1998], « Notes sur la théorie de l'information à laquelle pourrait conduire l'économie des conventions », in Pascal Petit (ed.) [1998], *L'Economie de l'information*, La Découverte, Paris, pp. 195-249.
- Ferey, Samuel [2008], « Le juge et l'économiste : Réflexions sur la théorie hayékienne du droit », *Cahiers d'Economie Politique*, n°58.
- Ferey, Samuel [2009], *Une histoire de l'analyse économique du droit*, Bruylant, Bruxelles.
- Ferey, Samuel [2009b], « Histoire et méthodes », in Bruno Deffains et Eric Langlais (eds.) [2009], pp. 11-35.
- Fish, Stanley [2007], *Quand lire, c'est faire*, Les Prairies ordinaires, Paris.
- Fisher, Stanley [1977], « Long term Contracts, Rational Expectations, and the Optimal Money Supply Rule », *Journal of Political Economy*, vol. 85, n°1, pp. 191-205.
- Fleetwood, Steve [1995], *Hayek's Political Economy. The Socio-Economics Order*, Londres, Routledge.
- Fleetwood, Steve [1997], « Hayek III : The Necessity of Social Rules of Conduct », in Frowen (1997), pp. 155-178.
- Friedman, Milton [1977], « Nobel Lecture: Inflation and Unemployment », *Journal of Political Economy*, vol. 85, n°3, pp. 451-472.
- Frowen, Stephen F. (ed.) [1997], *Hayek, Economist and Social Philosopher. A Critical Retrospect*, Londres, McMillan Press.
- Frydman, Benoît [2005], *Le Sens des lois*, Bruylant, Bruxelles.
- Garrouste, Pierre, [1999], « Perspectives hayékiennes sur l'analyse économique », *Revue d'Économie Politique*, vol. 109, n°6, pp. 885-905.
- Glachant Jean-Michel et Eric Brousseau (eds.), [2002], *The economics of contracts : theories and application*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Gray, John [1984], *Hayek on Liberty*, New-York, Basil Blackwell.
- Hart, Herbert L. A. [1976], *Le Concept de droit*, (trad. fr. de *The Concept of Law*, 1961), Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles.
- Hart, Herbert L. A. [1977], « American Jurisprudence through English Eyes : the Nightmare and the Noble Dream » in Hart [1983], pp. 123-144.
- Hart, Herbert L. A. [1983], *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- Hart, Oliver [1990], « Is Bounded Rationality an Important Element of A Theory of Institutions? », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 16, pp. 696-702.

- Hayek Friedrich A. [1943], « Scientism and the Study of Society. Part II. », *Economica*, vol. 10, no 37, pp. 34-63.
- Hayek Friedrich A. [1943b], « The Facts of the Social Sciences », *Ethics*, vol. 54, no 1, pp. 1-13.
- Hayek, Friedrich A. (ed.) [1939], *L'Économie dirigée en régime collectiviste*, (trad. fr. de *Collectivist Economic Planning : Critical Studies on the Possibilities of Socialism*, 1935), Paris, Librairie de Médecis.
- Hayek, Friedrich A. [1942], « Scientism and the Study of Society. Part I. », *Economica*, vol. 9, no 35, pp. 267-91.
- Hayek, Friedrich A. [1945], « The Use of Knowledge in the Society », *American Economic Review*, vol. 35, pp. 519-530.
- Hayek, Friedrich A. [1949], *Individualism and Economic Order*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1976.
- Hayek, Friedrich A. [1952], *Scientisme et Sciences sociales*, (trad. fr. de *Scientism and the Study of Society*), Paris, Plon, 1991.
- Hayek, Friedrich A. [1960], *La Constitution de la liberté*, (trad fr de *The Constitution of Liberty*), Paris, Litec, coll. Liberalia, 1994.
- Hayek, Friedrich A. [1967], *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London, Routledge and Kegan Paul.
- Hayek, Friedrich A. [1973], *Droit, Législation et Liberté. Règles et ordre*, (trad fr. de *Law, Legislation and Liberty. Rules and Order*), Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 1995.
- Hayek, Friedrich A. [1976], *Law Legislation and Liberty (vol. 2). The Mirage of Social Justice*. London : Routledge.
- Hayek, Friedrich A. [1976], *Droit, Législation et Liberté. Le Mirage de la justice sociale*, (trad.fr. de *Law, Legislation and Liberty. The Mirage of Social Justice*), Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 1995.
- Hayek, Friedrich A. [1978], *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, London, Routledge and Kegan Paul.
- Hayek, Friedrich A. [1979], *Droit, Législation et Liberté. L'Ordre politique d'un peuple libre*, (trad fr. de *Law, Legislation and Liberty. Political Order of a Free People*), Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 1995.
- Hayek, Friedrich A., [1978], *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Routledge, London.
- Hayek, Friedrich A., [1979], *Law Legislation and Liberty (vol. 3). The Political Order of a Free People*, Routledge, London.

- Hayek, Friedrich. A. [1945], « The Use of Knowledge in Society », *American Economic Review*, vol. XXXV, n°4, Sept., pp. 519-530.
- Horwitz, Morton [1980], « Law and Economics : Science or Politics ? », *Hofstra Law Review*, vol. 8, n°4, pp. 905-912.
- Horwitz, Morton [1992], *The Transformation of American Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- Hovenkamp, Herbert [1990], « Positivism in Law and Economics », *California Law Review*, vol. 78, n°4, pp. 815-852.
- Hovenkamp, Herbert [1995], « The Economic Analysis of Law in the United States : A Brief Historical Survey », *Cambridge Journal of Economics*, vol. 19, n°2, pp. 331-352.
- Jolls, Christine [2004], « Behavioral Law and Economics », Economic Institutions and Behavioral Economics Conference, Helsinki, June.
- Jouanjan, Olivier (ed.) [2000], *Théories réalistes du droit*, Annales de la faculté de droit, (4) (nouvelle série), Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg.
- Kahneman, Daniel et Amos Tversky (eds.) [1982]. *Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Kahneman, Daniel et Amos Tversky [1973], « Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability », *Cognitive Psychology*, 5, pp. 207-32.
- Kahneman, Daniel and Shane Frederick [2002], « Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment », in *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, ed. Thomas Gilovich, Dale Griffin and Daniel Kahneman, 49-81, Cambridge University Press, Cambridge.
- Kaplow, Louis et Steven Shavell [2002], *Welfare vs. Fairness*, Cambridge, Harvard University Press.
- Kaplow, Louis et Steven Shavell [2003], « Fairness vs Welfare : Notes on the Pareto Principle, Preferences and Distributive Justice », *Journal of Legal Studies*, vol. 32, pp. 331-362.
- Kelsen, Hans [1962], *Théorie pure du droit*, (trad. fr. de *Reine Rechtslehre*, 1960), Dalloz, Paris.
- Kelsen, Hans [1996], *Théorie générale des normes*, (trad. fr. de *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979), P.U.F., Paris.
- Kennan, J. and Robert Wilson [1993], « Bargaining with Private Information », *Journal of Economic Literature*, vol. 31, pp. 45-104.
- Kennedy, Duncan [1973], « Legal Formality », *Journal of Legal Studies*, vol. 2, n°2, pp. 351-398.



- Keynes, John Maynard [1936], *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, Payot, Paris.
- Kornhauser, Lewis A., [1985], « L'Analyse économique du droit », *Revue de Synthèse*, série III, n°118-119, pp. 313-329.
- Kydland, Finn et Edward Prescott [1977], « Rules rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans », *Journal of Political Economy*, vol. 85, n°3, pp. 473-492.
- Laffont, Jean-Jacques [2006], « A propos de l'émergence de la théorie des incitations », *Revue Française de Gestion*, vol. 1, n°160, pp. 177-189.
- Landes, William M. [1971], « An Economic Analysis of the Courts », *Journal of Law and Economics*, vol.14:, pp. 61-107.
- Lavoie Don (ed.) [1991], *Economics and Hermeneutics*, Londres, Routledge.
- Lenoble, Jacques (ed.) [1994], *La Crise du juge*, LGDJ-Bruylant, Paris.
- Lenoble, Jacques [1994], « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in Jacques Lenoble (ed.) [1994], p p. 139-156.
- Loewenstein, George, Samuel Issacharoff, Colin Camerer and Linda Babcock [1993], « Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining », *Journal of Legal Studies*, vol. 22, pp. 135-59.
- Medema, Steven G. et Nicholas Mercurio [1997], *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, Princeton.
- Michaut, Françoise [1994], « L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains », in Amselek (ed.) [1994], pp. 265-280.
- Michaut, Françoise [2000], *La Recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, L'Harmattan, Paris.
- Muth, John [1961], « Rational Expectations and the Theory of Price Movements », *Econometrica*, vol. 29, n°3, pp. 315-335.
- Nadeau, Robert, [2001], « Sur l'anti-physicalisme de Hayek : essai d'élucidation », *Revue de Philosophie Économique*, vol. 1, n°1, pp. 67-104.
- North, Douglass C. et Barry R. Weingast, [1989], « Constitutions and Commitments : The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth Century England », *Journal of Economic History*, vol. 49 (n°4), pp. 803-832.
- Petit, Pascal (ed.) [1998], *L'Économie de l'information*, La Découverte, Paris.
- Posner, Richard A. (ed.) [1992], *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes Jr.*, University of Chicago Press, Chicago.

- Posner, Richard A. [1970], « Review of Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* », *University of Chicago Law Review*, vol. 37, pp. 636-648.
- Posner, Richard A. [1972], « A Theory of Negligence », *Journal of Legal Studies*, vol. 1, n°1, pp. 29-96.
- Posner, Richard A. [1973], *Economic Analysis of Law*, Little, Brown, Boston.
- Posner, Richard A. [1973b], « Strict Liability: A Comment », *Journal of Legal Studies*, vol. 2 n°1, pp. 205-221.
- Posner, Richard A. [1975], « The Economic Approach to Law », *Texas Law Review*, vol. 53, n°4, pp. 757-782.
- Posner, Richard A. [1976], « Blackstone and Bentham », *Journal of Law and Economics*, vol. 19, n°3, pp. 569-606.
- Posner, Richard A. [1977], *Economic Analysis of Law*, (2<sup>ème</sup> ed.), Little, Brown, Boston.
- Posner, Richard A. [1979], « Some Uses and Abuses of Economics in Law », *University of Chicago Law Review*, vol. 46, n°2, pp. 281-306.
- Posner, Richard A. [1979b], « Utilitarianism, Economics, and Legal Theory », *Journal of Legal Studies*, vol. 8, n°1, pp. 103-140.
- Posner, Richard A. [1980], « The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication », *Hofstra Law Review*, vol. 8, n°3, pp. 487-507.
- Posner, Richard A. [1980b], « The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman », *Journal of Legal Studies*, vol. 9, n°2, pp. 243-252.
- Posner, Richard A. [1981], « A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law », *Hofstra Law Review*, vol. 9, n°3, pp. 775-794.
- Posner, Richard A. [1981b], *The Economics of Justice*, Harvard University Press.
- Posner, Richard A. [1986], *Economic Analysis of Law* (3<sup>ème</sup> ed.), Little, Brown, Boston.
- Posner, Richard A. [1987], « The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987 », *Harvard Law Review*, vol. 100, n°4, pp. 761-780.
- Posner, Richard A. [1987b], « The Law and Economics Movement », *American Economic Review, Papers and Proceedings*, vol. 77, n°2, pp. 1-13.
- Posner, Richard A. [1989], « The Future of Law and Economics: A Comment on Ellickson », *Chicago-Kent Law Review*, vol. 65, n°1, pp. 57-62.
- Posner, Richard A. [1990], *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge.
- Posner, Richard A. [1992], *Economic Analysis of Law* (4<sup>ème</sup> ed.), Little, Brown, Boston.

- Posner, Richard A. [1993], « Gary Becker's Contributions to Law and Economics », *Journal of Legal Studies*, vol. 22, n°2, pp. 211-215.
- Posner, Richard A. [1995], *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge.
- Posner, Richard A. [1996], *Droit et littérature*, (trad. fr. de *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 1988), P.U.F., Paris.
- Posner, Richard A. [1996], *Law and Legal Theory in England and America*, Clarendon Press/Oxford University Press, Oxford.
- Posner, Richard A. [1998], « Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law », *Stanford Law Review*, vol. 50, pp. 1551-1575.
- Posner, Richard A. [2001], *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge.
- Posner, Richard A. [2001b], *The Economic Structure of the Law: The Collected Economic Essays of Richard A. Posner*, (3 vols., édités par Francesco Parisi), Edward Elgar, Cheltenham.
- Posner, Richard A. et Andrew M. Rosenfield [1977], « Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis », *Journal of Legal Studies*, vol. 6, n°1, pp. 83-118.
- Posner, Richard A. et Anthony T. Kronman (eds.) [1978], *The Economics of Contract Law*, Little, Brown, Boston.
- Posner, Richard A. et William M. Landes [1987], *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge.
- Posner, Richard A. et William M. Landes [1975], « The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective », *Journal of Law and Economics*, vol. 18, n°3, pp. 875-902.
- Posner, Richard A. et William M. Landes [1976], « Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis », *Journal of Law and Economics*, vol. 19, n°1, pp. 249-307.
- Posner, Richard A. et William M. Landes [1978], « Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism » *Journal of Legal Studies*, vol. 7, n°1, pp. 83-128.
- Posner, Richard A. et William M. Landes [1982], « The Positive Economic Theory of Tort Law », *Georgia Law Review*, vol. 15, n°4, pp. 851-924.
- Priest, Georges L. [1977], « The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules », *Journal of Legal Studies*, vol. 6, n°1, pp. 65-82.
- Ricoeur, Paul [1995], « Herméneutique juridique et herméneutique générale », in *Interprétation et droit*, ed. Paul Amserek, 175-201, Bruylant, Bruxelles.
- Ricoeur, Paul, [1995], *Idéologie et Utopie*, Le Seuil, Paris.

- Rosenfeld, Michel [1998], *Just Interpretations. Law Between Ethics and Politics*, University of California Press, Berkeley.
- Rosenfeld, Michel [2000], *Les Interprétations justes*, (trad. fr. de *Just Interpretations : Law between Ethics and Politics*, 1998), L.G.D.J., Paris.
- Rubin, Paul H. [1977], « Why is the Common law Efficient ? », *Journal of Legal Studies*, vol. 6, n°1, pp. 319-334.
- Sargent, Thomas et Neil Wallace, [1976], « Rational Expectations and the Theory of Economic Policy », *Journal of Monetary Economics*, vol. 2, pp. 169-184.
- Saussier, Stéphane et M'hand Farès, [2001], « Théorie des coûts de transaction vs théorie des contrats incomplets : quelles divergences ? », *Revue française d'économie*, 2/3pp. 193-230.
- Schelling, Thomas, [1960], *Strategy of conflict*, Harvard University Press. Cambridge.
- Shavell, Steven [1987], *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge.
- Sheffrin, Steven M. [1985], *Les Anticipations rationnelles*, Economica, Paris.
- Stiglitz, Joseph [1985], « Information and Economic Analysis : A Perspective », *Economic Journal*, vol. 95, pp. 21-41.
- Stiglitz, Joseph [2002], « Information and the Change in the Paradigm in Economics », *American Economic Review*, vol. 92, n°3, pp. 460-501.
- Strowel, Alain [1992], « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », *Archives de philosophie du droit*, tome 37, pp. 143-171.
- Sunstein, Cass (ed.) [2001], *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Sunstein, Cass [1988], « Constitutions and Democracies: An Epilogue », in Jon Elster et Rune Slagstad (eds.), pp. 327-353.
- Sunstein, Cass [1996], *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford.
- Sunstein, Cass [1997], *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford.
- Sunstein, Cass [2001], *Designing Democracy. What Constitutions do?*, Oxford University Press, Oxford.
- Sunstein, Cass [2001b], « Controlling Availability Cascades », in Sunstein (ed), [2001], pp. 374-397.
- Sunstein, Cass et Christine R. Jolls [2006], « Debiasing Through Law », *Journal of Legal Studies*, vol. 35, pp. 199-241.
- Sunstein, Cass et Richard Thaler [2008], *Nudge*, Yale University Press, New Haven.

- Sunstein, Cass, Christine Jolls et Richard Thaler [1998], « A Behavioral Approach to Law and Economics », in ed. Cass R. Sunstein, *Behavioral Law and Economics*, 13-58, Cambridge University Press, Cambridge.
- Sunstein, Cass, David Schkade, Lisa M. Ellman et Andres Sawicki [2006] *Are Judges Political ?* Brookings Institution Press, Washington.
- Terré, François [1994], « Crise du juge et philosophie du droit : synthèses et perspectives », in Jacques Lenoble (ed.) [1994], pp. 157-168.
- Tirole, Jean [1993], *A Theory of Incentives in Regulation and Procurement* (with J.-J. Laffont), M.I.T. Press, Cambridge.
- Tirole, Jean [2003], *Protection de la propriété intellectuelle*, Rapport pour le CAE, La Documentation française, Paris.
- Tirole, Jean [2006], « Incentives and Prosocial Behavior » (avec R. Bénabou), *American Economic Review*. Vol. 96, n°5, pp. 1652-1678.
- Tirole, Jean [2008], « Motivations intrinsèques, Incitations et Normes sociales », Conférence devant l'Association française de sciences économiques, Paris, 18 septembre 2008.
- Tirole, Jean *Economics, A Parâître* (avec Roland Benabou).
- Tirole, Jean et Eric Maskin [2006], « The Politician and the Judge, Accountability in Government », *American Economic Review*, vol. 94, n°4, Septembre, pp. 1034-1054
- Tirole, Jean et Olivier Blanchard [2003], *Protection de l'emploi et procédures de licenciements*, La Documentation française, Paris.
- Tocqueville, Alexis de [1835], *De la démocratie en Amérique*, in Œuvres complètes, Paris, Gallimard, Pléiade, 1992 (1835).
- Troper, Michel [1994], *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F., Paris.
- Troper, Michel [2000], « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Théories réalistes du droit*, ed. Olivier Jouanjan, Annales de la faculté de droit, vol. 4, pp. 43-62, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg.
- Troper, Michel [2002-2003], « Réplique à Otto Pfersmann », *Analisi e diritto*, pp. 297, 314.
- Unger, Roberto M. [1983], « The Critical Legal Studies Movement », *Harvard Law Review*, vol. 86, n°3, pp. 561-675.
- Walliser, Bernard [1985], *Rationalité, Anticipation et Equilibres*, Calmann-Levy, Paris.
- White, Michelle J. [1988], « The Economics of Accidents », *Michigan Law Review*, vol. 86, n°6, pp. 1217-1231.
- Wiener, Nobert, Arturo Rosenblueth and Julian Bigelow, [1943], « Behavior, Purpose and Teleology », *Philosophy of Science*, vol. 10, n°, pp. 18-24.

## TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE .....	3
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE .....</b>	<b>4</b>
<i>Section 1. Présentation du corpus et méthodologie.....</i>	<i>6</i>
Sous-section 1. Éléments de méthode : typologie et critique interne.....	6
Sous-section 2. Présentation du corpus étudié.....	8
1. La tradition autrichienne : Hayek .....	8
2. L'École de Chicago : Posner .....	10
3. L'Économie du droit comportementale : Sunstein .....	12
4. L'Économie des contrats incomplets : Tirole et Hart .....	14
<i>Section 2. L'économie du droit entre révolution herméneutique et révolution cognitive .....</i>	<i>17</i>
Sous-section 1. Une typologie à double entrée : information et interprétation .....	17
Sous-section 2. Règles de droit et capacités informationnelles.....	19
<i>Section 3. Plan du rapport.....</i>	<i>22</i>
<b>PREMIERE PARTIE. REVOLUTION HERMENEUTIQUE ET REVOLUTION COGNITIVE .....</b>	<b>23</b>
INTRODUCTION .....	24
CHAPITRE 1. LE TOURNANT INFORMATIONNEL EN THEORIE ECONOMIQUE.....	27
<i>Section 1. Histoire. Les étapes de la révolution cognitive .....</i>	<i>28</i>
<i>Section 2. Théorie. Traitement de l'information et connaissance .....</i>	<i>31</i>
1. Asymétrie d'information et contrats .....	31
2. Incertitude et futur .....	32
3. Rationalité limitée .....	33
<i>Section 3. Méthodologie. Information, règles et interprétation en économie : l'exemple des anticipations rationnelles .....</i>	<i>34</i>
Sous-section 1. Incohérence temporelle et règles .....	35
Sous-section 2. Règles et contrôle de l'incohérence temporelle .....	39
Sous-section 3. L'interprétation : retour sur le débat règle contre discrétion.....	41
CHAPITRE 2. LE TOURNANT HERMENEUTIQUE EN THEORIE DU DROIT .....	44
<i>Section 1. Les racines du tournant herméneutique : la fin du mythe formaliste.....</i>	<i>45</i>
<i>Section 2. L'interprétation entre connaissance, volonté et contrainte .....</i>	<i>48</i>
CONCLUSION.....	52
<b>DEUXIEME PARTIE. DEUX CAS POLAIRES : LA THEORIE AUTRICHIENNE ET L'ECOLE DE CHICAGO .....</b>	<b>54</b>
INTRODUCTION .....	55
CHAPITRE 1. LA THEORIE HAYEKIENNE DES REGLES DE DROIT .....	57
<i>Section 1. Rôle des règles et anticipation.....</i>	<i>57</i>
<i>Section 2. Anticipation et interprétation.....</i>	<i>59</i>
CHAPITRE 2. L'ECONOMIE DU DROIT POSNERIENNE .....	62
<i>Section 1. Modèles économiques et interprétation juridique.....</i>	<i>65</i>
Sous-section 1. L'héritage réaliste de Posner .....	67
Sous-section 2. Les modèles économiques comme modèle d'interprétation .....	68
<i>Section 2. Anticipations rationnelles et signification des normes .....</i>	<i>73</i>
Sous-section 1. Une hypothèse implicite d'anticipations rationnelles ? .....	74
Sous-section 2. Une interprétation rationnelle ? .....	77
CONCLUSION.....	82
<b>TROISIEME PARTIE. DEUX CAS INTERMEDIAIRES : ECONOMIE DU DROIT COMPORTEMENTALE ET THEORIE DES CONTRATS .....</b>	<b>83</b>
INTRODUCTION .....	84
CHAPITRE 1. SUNSTEIN : DU CALCUL AU JUGEMENT .....	86
<i>Section 1. Calcul rationnel et heuristiques .....</i>	<i>87</i>

Sous-section 1. L'hypothèse de rationalité limitée .....	87
Sous-section 2. Principales heuristiques et biais et portée empirique .....	89
1. L'heuristique de représentativité.....	89
2. L'heuristique de disponibilité .....	90
3. L'heuristique d'ancrage .....	91
4. Biais d'optimisme et biais de rationalisation (Hindsight bias).....	91
Sous-section 3. L'économie comportementale appliquée au droit.....	93
<i>Section 2. Du jugement au calcul : théorie de l'interprétation chez Sunstein.....</i>	<i>94</i>
Sous-section 1. Le réalisme de Sunstein.....	95
Sous-section 2. L'anti-réalisme de Sunstein .....	98
<i>Section 3. Jugements en économie et jugements en droit chez Sunstein.....</i>	<i>101</i>
CHAPITRE 2. THEORIE DES CONTRATS INCOMPLETS : L'IMPERFECTION DU JUGE.....	104
<i>Section 1. La représentation de la rationalité et le rôle du juge .....</i>	<i>104</i>
<i>Section 2. La position intermédiaire du juge dans les contrats incomplets.....</i>	<i>108</i>
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>110</b>
<b>ANNEXES .....</b>	<b>113</b>
MANIFESTATIONS SCIENTIFIQUES - PRESENTATION DU RAPPORT - VALORISATION.....	114
BIBLIOGRAPHIE.....	116
TABLE DES MATIERES .....	126