

**Communication aux XX^e journées de l'Association d'Economie sociale,
Toulouse, septembre 2000, publié in Efficacité versus équité en
économie sociale, L'Harmattan, 2000, t. 1, pp. 103-115.**

Logique judiciaire et logique de l'efficience

Christian Barrère

Laboratoire Ceras-EDJ Université de Reims¹

L'institution judiciaire prend un rôle central aujourd'hui. L'analyse économique du droit propose généralement que la décision judiciaire se fonde sur la logique de l'efficience économique. Le texte étudie les limites de cette proposition et avance une autre approche du judiciaire à partir de l'idée de dualisme judiciaire.

L'institution judiciaire prend un rôle central dans nos sociétés aujourd'hui, à la fois comme institution de garantie du droit (« l'enforcement »), d'interprétation et de mise en œuvre concrète du droit, et enfin d'édiction des normes. Pour en rendre compte l'on est tenté de faire appel à l'analyse économique du droit, discipline en plein essor et qui s'efforce d'éclairer la dimension économique des problèmes juridiques et judiciaires. La plupart de ses promoteurs proposent d'interpréter ces problèmes comme des problèmes de droits sur des biens ou d'obligations, donc comme problèmes d'allocation de ressources rares susceptibles d'obéir à des critères d'efficience.

Le versant extrême du projet du Law and Economics est celui de POSNER [POSNER 1973]. Il consiste à remplacer purement et simplement la notion de justice par celle d'efficience. L'efficience est à la fois principe explicatif et principe normatif. Le droit et la justice existent parce qu'ils sont efficients ; ce sont des modes efficients d'organisation d'une société de droit fondée sur la pacification des relations sociales par le droit, la monopolisation de la violence privée par une organisation centralisée et pouvant, de ce fait, développer pleinement des rapports d'échange marchand économiquement efficients. Des critères d'équité peuvent être envisagés mais ils ont le grand inconvénient d'être discutables (ils favorisent certains au détriment d'autres alors que le principe d'efficience est unanimiste). L'équité doit donc se limiter à l'organisation de l'équité sur le marché et dans l'échange volontaire, par le respect des lois du marché et de l'échange. La justice est donc soumise, dans son principe, aux mêmes lois que les institutions marchandes.

¹ 57 bis rue P.Taittinger 51100 Reims tél. 03 26 05 38 01 fax 03 26 05 38 6,9 E-mail : christian.barrere@univ-reims.fr

Les versions plus éclectiques [par exemple COOTER et ULEN 1988], admettent qu'il peut y avoir des conflits entre critères d'équité et d'efficience, mais pensent que la dimension économique de la justice, celle de l'efficience, peut être étudiée indépendamment des autres dimensions et critères. Si elles n'aboutissent donc pas nécessairement à l'ultra-libéralisme posnérien, elles pensent pouvoir séparer l'étude du droit en deux parties étanches : une analyse de l'efficience, susceptible d'être faite grâce aux instruments de la théorie économique et indépendamment des considérations de répartition donc d'équité, une analyse éthique renvoyée aux moralistes, au politique ou affaire des préférences individuelles des citoyens et comme telle hors du champ de la science. Ce qui conduit, de fait, à s'en tenir à une analyse de l'efficience.

L'analyse hayékienne développe une autre conception de l'efficience, dans un monde d'incertitude radicale et d'ignorance, mais s'organise, elle aussi, autour d'un principe d'efficience (les règles de bonne conduite permettent de lutter efficacement contre l'ignorance et sont sélectionnées en fonction de leur efficacité systémique). Quant à l'approche du Public Choice, si elle met, de façon intéressante, l'accent sur les stratégies de production et d'utilisation de la réglementation pour des buts privés, elle tend à limiter sa prise en compte de la répartition en concevant ces comportements comme propres à la bureaucratie, et en analysant avant tout les effets de gaspillages pour en conclure que les distorsions de répartition seront annulés par l'extension de la sphère marchande et/ou l'alignement de la régulation publique sur les critères de la régulation marchande [BARRÈRE 1999].

La thèse défendue ici est que l'approche par la seule efficience échoue à rendre compte de la spécificité du droit contemporain, et particulièrement du nouveau rôle de la justice, dans une société qui est, à la fois, et, indissociablement, société de marché et société républicaine. Loin de s'efforcer de séparer problèmes d'efficience et autres aspects du droit pour ne parler que de considérations d'efficience, l'analyse économique du droit et de la justice doit assumer le double caractère du droit, droit républicain et droit marchand, parce que c'est cette unité relative et conflictuelle qui est à la source des mutations du système judiciaire. En outre, il est illusoire de vouloir fonder le droit et la justice sur la seule logique de l'efficience, ou sur la seule logique du marché, du fait de l'incomplétude du marché et de son impossibilité à se clore sur lui-même. Le judiciaire concentre alors sur lui la tâche, de plus en plus délicate, de définir les modalités concrètes de l'articulation de principes juridiques hétérogènes, les uns issus de la logique économique marchande, les autres de la logique socio-politique républicaine.

1. LA GARANTIE DU DROIT : EFFICIENCE ET RÉPARTITION

Le droit et la justice sont source d'efficience par ce qu'ils définissent et « enforcent » un stock minimum de règles du jeu incitant à la coopération. Il y a gain en efficience parce que une solution standard s'applique économisant ainsi des ressources et du temps, parce que le conflit entre individus privés est limité en étant officialisé donc normalisé, ce qui évite un gaspillage de ressources lié à la violence

privée. Cependant, la justice n'est pas un bien public comme les autres car, en organisant un mode particulier d'allocation des ressources (allocation selon les droits et non selon la violence, la ruse, la force, le sexe,..), elle en définit les effets sur la répartition. Le droit est, par définition, répartition des « pouvoirs » sur les biens et donc nécessairement instrument direct de répartition, la justice l'est aussi indirectement.

Une formalisation élémentaire, dans le contexte de l'analyse standard [cf. par exemple COOTER et ULEN 1988], le montre facilement. Le jeu habituel compare une situation sans justice capable de faire appliquer le droit et une situation avec appareil judiciaire. Deux individus (ou deux groupes) ont le choix entre deux stratégies pures, coopérer, ne pas coopérer. La matrice des gains est la suivante² :

		[A]	
			(2)
		C	NPC
(1)	c	5, 5	0, 8
	npc	8, 0	3, 3

Le jeu conduit à l'équilibre sous-optimal (ne pas coopérer, Ne Pas Coopérer ; 3,3), caractéristique d'un dilemme du prisonnier. L'introduction d'un système judiciaire permet de lever la sous-optimalité. Si le coût de l'institution judiciaire est de 2 (financé moitié-moitié en cas de coopération, c-a-d de respect de la loi et par une amende de 2 pesant sur le ou les déviant(s) en cas de non-coopération, c-a-d de non respect de la loi), et que l'intervention judiciaire oblige le « coupable » à compenser sa victime, la matrice devient :

		[B]	
			(2)
		C = R	NPC = NPR
(1)	c = r	4, 4	5, 3
	npc = npr	3, 5	1, 1

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

² En cas de choix par chaque joueur d'une stratégie pacifique (issue c, C), chacun gagne 5 unités de richesse correspondant au partage égalitaire du surplus global. Ne pas coopérer permet de s'attribuer une part plus importante de l'avantage mutuel mais diminue celui-ci car le comportement opportuniste de non coopération a un coût de 2 (perte de réputation, coût de la mise en œuvre de la « triche »,...). En cas de choix par chaque joueur d'une stratégie agressive (issue nc, NC), chacun obtient donc un résultat plus faible, 3 (5-2), et si l'un est agressif et pas l'autre (issues nc, C et c, NC), l'agresseur subit le coût de la non coopération mais bénéficie du repartage que permet cette non-coopération.

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

Cependant, à côté de la question de l'efficience, pointe immédiatement celle de la répartition. Les jeux [A] et [B] sont en effet des jeux symétriques dans lesquels les deux groupes de joueurs ont autant intérêt l'un que l'autre à « l'invention » de la justice. Imaginons au contraire deux jeux [C] et [D], fondés sur la même logique de comparaison d'un état sans justice et avec justice, mais caractérisés par des répartitions asymétriques : les deux groupes ont des « atouts » spécifiques dans la compétition sociale pour les ressources rares.

		[C]	
			(2)
(1)		C	NPC
	c	3, 7	0, 8
	npc	8, 0	5, 1

En cas de coopération, le partage du surplus n'est plus égalitaire mais (3,7), alors qu'en cas de non coopération totale le surplus, diminué du coût de la lutte pour chacun (2) se partage en 5 et 1. Le groupe 1 est efficace dans le jeu pacifique et le groupe 2 dans le jeu violent. L'équilibre en stratégies dominantes agressives permet au joueur défavorisé dans la répartition pacifique de devenir dominant (5,1). L'introduction d'un système judiciaire, dans les mêmes conditions que précédemment³, conduit au jeu ci-après :

³ coût de l'institution judiciaire de 1 pour chacun en cas de coopération, amende de 2 pour non respect du contrat finançant la production de justice, réparation à la charge du déviant. Dans (r, R) chacun a 1 de moins qu'en [C] car il doit financer la justice ; dans (r, NPR), (1) reçoit 3 à titre de réparation de la part de (2), (2) passe de 8 à 5 (3 versés à son partenaire, 2 d'amende qui se substitue au coût précédent de l'opportunisme –perte de réputation) ; dans (npr, R) (1) passe de 8 à 1 (7 versés à son partenaire, 2 d'amende remplaçant le coût d'opportunisme et finançant la justice) et (2) de 0 à 7 (reçu pour réparation) ; dans (npr, NPR), tout dépend de la règle de répartition utilisée par la justice quand les deux joueurs violent la loi, ici l'on suppose que la répartition se fonde sur le résultat en cas de coopération (3,7) diminué pour chacun du montant de l'amende, d'où (1,5).

		[D]	
			(2)
		C = R	NPC = NPR
(1)	c = r	2, 6	3, 5
	npc = npr	1, 7	1, 5

L'équilibre devient (respecter, Respecter ; 2,6). Le bien-être collectif est accru par rapport à [C] (8 contre 6) mais le joueur (1) se trouve en situation dégradée, la solution précédente (5,1) joue comme valeur de menace et l'institution judiciaire n'est pas mise en place. Il y a contradiction entre recherche de l'efficience sociale et recherche de l'intérêt individuel, mais il y a aussi mise en évidence de ce que chaque mode d'organisation favorise les intérêts de tel ou tel groupe par rapport à ceux de l'autre (l'absence de justice favorise les « forts », sa présence les « rusés »). L'effet distributif de la justice explique que le choix binaire de départ entre un état de nature sans justice et un état avec justice se développe, au-delà des choix juridiques, en choix entre divers types de justice ou divers projets judiciaires⁴. L'enjeu devient la détermination du type de justice, le choix d'un projet judiciaire comme projet légitime.

L'histoire de la justice atteste de telles stratégies. Elles peuvent conduire d'abord à opposer des projets de justice laxiste à des projets de justice rigoureuse. Elles peuvent surtout opposer des projets définissant différemment les priorités de la justice (la petite délinquance ou la délinquance financière, la défense des personnes ou celle des biens, ...). Ces stratégies sont à rapprocher du caractère « imparfait » de la justice. Celui-ci n'est plus analysé comme rançon inéluctable de la complexité du social ou effet de l'imperfection des lois ou de la nature humaine, mais comme moyen et enjeu de stratégies. De même comprend-on que la définition de politiques judiciaires par les autorités judiciaires (mettra-t-on l'accent sur la répression des loyers non payés ou sur autre chose ?) revient à influencer sur le contenu de la matrice des gains effectifs.

Ce type de modélisation montre que la justice est simultanément productrice d'effets d'efficience et d'effets de répartition. En garantissant le droit pour permettre une coopération efficiente elle contribue à l'organisation d'un mode de répartition. La considération des deux autres fonctions du judiciaire, interpréter la loi, énoncer le juste, nous conduira à nous éloigner davantage encore de l'identification justice – efficience.

2.INTERPRÉTATION DU DROIT ET EFFICIENCE

⁴ On peut envisager de passer du jeu [C] au jeu [D] si le joueur (2) compense la détérioration subie par le joueur (1). Le surplus net passant de 6 (5,1) à 8 (2,6), (2) peut offrir 4 à (1) pour le décider à accepter l'instauration d'une justice qui conduit alors à un résultat net (6,2), supérieur à celui du jeu précédent. Mais on voit que ce changement pose, lui aussi, aussitôt, le problème de la répartition.

Le caractère constructiviste du droit dans la logique politique républicaine organisée dans un cadre démocratique qui admette le pluralisme des intérêts et opinions donne plus d'importance à l'intervention judiciaire qu'elle ne pouvait en avoir dans les autres régimes. Un système judiciaire en société d'ordre hétéronome, dans lequel droit et justice ne sont que des transcriptions de règles intangibles et révélées, comme les systèmes de droit divin et de justice ecclésiastique, a pour rôle essentiel de constater les faits et de rappeler les règles en les appliquant. Les formes républicaines autoritaires, en étendant le constructivisme mais en niant le pluralisme, donnent un rôle important au droit mais un rôle second à la justice, parce que le droit n'est pas matière à interprétations diverses, l'interprétation légitime étant celle des producteurs de la loi, c-a-d du politique, et parce que le juste est censé lui aussi être indiscutable en tant que résultat de la volonté du peuple traduite par l'Etat central. La reconnaissance de la diversité et du pluralisme conduisent logiquement à donner un rôle accru à l'institution judiciaire. La règle de droit prend un caractère abstrait puisqu'elle découle de principes rationnels abandonnant les références divines et doit donc être spécifiée, interprétée, pour être appliquée au cas particulier. Le juge n'a pas à sa disposition un arsenal de tarifs (le vol vaut l'amputation de la main,..) ou de recettes (dans tel cas, l'on doit donner raison à telle partie, dans tel autre partager les torts de telle façon,..) mais doit produire une solution originale, tenant compte des personnalités et des circonstances, en fonction de principes généraux.

La justification de ce rôle en termes d'efficience repose sur l'existence de coûts de transaction rendant impossible la constitution d'un système de contrats complets. Le système judiciaire diminue les coûts sociaux de transaction. Se pose alors la question des critères d'interprétation, traitée elle aussi en s'appuyant sur la logique de l'efficience. Puisque, comme pour BECKER, tout problème de choix est un problème de calcul de coûts et d'avantages, explicites et/ou implicites, et de sélection du meilleur rapport avantage/coût, il n'y a pas de spécificité fondamentale de la logique juridique par rapport à la logique économique. Il existe une logique générale de la rationalité, qui prend des formes particulières, formes qui n'affectent pas son contenu, formes explicitement économiques (le comportement du consommateur ou du producteur sur le marché) ou au contraire formes juridiques (la négociation d'un contrat) ou formes judiciaires (le comportement des parties au procès). A ce moment, non seulement l'économique peut aider la science juridique, mais elle a même à fonder cette dernière en lui offrant la seule base solide, l'étude de l'allocation optimale des ressources.

Un tel point de vue nous paraît manquer une partie de la complexité du judiciaire. Le juge ne se limite généralement pas à la constatation "objective" de faits (qui correspond davantage à la logique de l'expert). Il en fournit une interprétation donnée, définit des responsabilités (le dommage est-il intentionnel ou pas), répartit les torts (divorce pour faute). Le magistrat produit et impose sa propre vision, sa propre interprétation, sa propre représentation. Pour une telle opération de production la technique ne suffit pas. Le juge-arbitre se fonde sur un mode de lecture spécifique du réel, donnant plus ou moins d'importance à tel ou tel type de considération. Il introduit des principes d'évaluation. Ce ne sont pas les principes du

droit qui suffisent à déterminer que l'adultère de l'homme est moins grave que celui de la femme ou que, dans un divorce, en l'absence de condition particulière, les enfants doivent plutôt être confiés à la mère qu'au père en raison de l'existence d'un "instinct maternel" naturel. On pourrait multiplier à l'infini les exemples qui témoignent de l'évolution des représentations dominantes à un moment ou de la multiplicité de représentations différentes à un même instant au sein de la société, voire de l'institution judiciaire ⁵.

Cependant, le problème n'est pas seulement d'interpréter le texte juridique mais de le faire en tenant compte d'autres informations. L'institution judiciaire tranche en prenant des décisions, mais, de plus en plus, organise des situations, participant aux micro - régulations qui tendent à remplacer la gestion bureaucratique par le haut et par le centre. Ce faisant, l'institution judiciaire, comme le montre l'activité des juges des enfants ou de l'instance, plonge dans le fonctionnement social. Plutôt que de se contenter d'énoncer les règles du jeu social, de les rappeler périodiquement à l'occasion de leur transgression, de les préciser en cas d'équivoque et de définir alors leurs conséquences pratiques, elle doit mener des politiques continues de prévention-sanction-organisation pour réguler le fonctionnement social. Pour cela, la logique juridique rencontre les autres logiques sociales et doit collaborer avec elles. La décision juridique s'intègre dans des ensembles, des situations traitées dans leur globalité (état des ressources par rapport aux dettes et aux autres charges, situation du mineur dans sa famille, choix des peines facilitant la réinsertion des condamnés au lieu de la compromettre, ...).

L'institution judiciaire doit alors utiliser un mode de lecture spécifique du réel, un mode judiciaire, fondé sur un mode juridique mais ne s'y limitant pas. La Justice met en forme juridico-judiciaire la réalité sociale, définit une dimension juridico-judiciaire des problèmes, en s'appuyant sur le système juridique mais aussi sur d'autres lectures : la lecture psychologique de l'éducateur, la lecture sociale de l'enquêteur social, la lecture technique de l'expert en construction, la lecture économique du syndic de faillite, ... Celles-ci sont hétérogènes les unes aux autres et

⁵Dans le cas des "transsexuels", la France a longtemps interdit les changements juridiques de sexe alors que les Etats Unis les admettaient largement. Le 16 décembre 1975, la Cour de Cassation avait interdit ces changements. A partir de 1976, sous la pression d'une partie du corps médical, plusieurs tribunaux les ont acceptés, au terme de procès longs et coûteux qui, de fait, limitaient les demandes. En 1983, la Cour de Cassation a, de nouveau, interdit ces changements, déclarant : « L'état des personnes est une matière tellement grave et qui présente de telles incidences sur la vie des individus qu'il n'est pas possible de laisser ces derniers le modifier à leur guise ... Si l'intérêt des transsexuels n'est pas négligeable, il en est un beaucoup plus important, celui de la société dans son ensemble et celui des individus qui la composent et qui s'accommodent de leur sexe morphologique ». Le Procureur général avait déclaré pour sa part dans ses réquisitions : « Il existe dans notre pays de tradition catholique des interdits d'ordre philosophique, moral ou religieux qui demeurent très stricts. Les "changements de sexe" qui sont en réalité des destructions de sexe et des reconstructions artificielles de sexe constituent un risque pour la vie sociale et, s'ils se développaient, pour l'espèce humaine ».

hétérogènes au juridique, le juge devant les combiner en leur donnant un poids plus ou moins important. La vision judiciaire du social se constitue ainsi dans un champ de concurrence entre des visions du social qui en privilégient telle ou telle dimension. La régulation juridico-judiciaire s'insère dans des régulations sociales multidimensionnelles et doit raisonner sur une réalité multidimensionnelle. Se pose donc la question de la pondération à donner aux différents types de critères (d'efficience, d'équité, de protection des faibles, de garantie de droits démocratiques, de respect des libertés publiques,...), aux différents systèmes de représentation, de valeurs, de projets sociaux.

3. EDICTION DE NORMES, EFFICIENCE ET ÉQUITÉ

Le juge ne se contente pas d'affirmer le droit et de l'interpréter. Il ne dit pas le droit comme la doctrine mais le dit sous la forme du juste. Ce faisant, il transforme la fonction préalable d'élaboration d'une lecture proprement judiciaire en une fonction de *décision spécifiquement judiciaire* : il juge au sens propre du terme c-a-d prend une décision parmi des décisions possibles. Il évalue les droits et les prétentions, arbitre entre prétentions contraires, droits qui s'opposent, pondère dommage et dédommagement, proportionne peine et faute,.. c-a-d dit le juste, au sens d'un juste partage des torts, d'un juste dédommagement, d'une juste répartition des droits. Au symbole du glaive (imposer le droit) s'adjoint le symbole de la balance (définir le juste). L'approche de l'efficience l'interprète en estimant que le juge introduit un processus judiciaire d'évaluation (des droits, des fautes, des dommages,..) dans un monde régi par des processus marchands d'évaluation organisés autour de l'efficience marchande. Il détermine des normes ou prix implicites (combien « vaut » une agression dans telle condition, et pour la victime - dédommagement - et pour le coupable - peine et paiement du dédommagement -, combien « vaut » un dégât des eaux,... c-a-d quels sont leurs « prix » implicites) du fait de l'incomplétude des contrats. Peut-il alors se fonder sur la logique de l'efficience ?

3.1. Les limites du critère d'efficience

Le critère d'efficience rencontre une première limite, classique, celle des effets externes, sur les marchés explicites mais surtout implicites. Les effets externes temporels posent un premier type de problème. Les marchés implicites peuvent difficilement être conçus comme des marchés intertemporels : les transactions entre les individus incluraient les transactions à terme (le "contrat" de mariage serait négocié en prévoyant ce qui pourrait intervenir dans tous les états futurs, infidélité d'un des conjoints, chômage de l'autre,...⁶). Le caractère formel de cette solution empêche de la considérer comme généralisable, des considérations institutionnelles

⁶ les économistes se sont beaucoup divertis du cas d'un économiste qui avait prévu, dans le compromis de divorce, qu'en cas d'obtention du prix Nobel d'économie dans un délai déterminé, il en reverserait une partie à son épouse ; l'heureux homme, après avoir reçu le prix un mois avant la date d'échéance de la clause, a dû s'exécuter !

devant alors être introduites. Les effets externes spatiaux posent un second type de problème. Supposons que Monsieur et Madame DUPONT décident de divorcer. Je puis estimer que les autoriser à divorcer est efficient parce que ce changement de situation représente un gain d'utilité pour chacun et qu'ils seraient prêts à payer pour cela (ce qu'ils feront effectivement en partie en rémunérant leurs avocats, en engageant des démarches,..). L'on peut donc mesurer indirectement en termes de richesse le changement de situation intervenu, même s'il n'y a pas de "marché du divorce". Je puis également traiter d'une situation dans laquelle l'un souhaite divorcer et l'autre non. Si le gain obtenu par Madame DUPONT, qui souhaite divorcer, est supérieur à la perte subie par Monsieur DUPONT, qui ne souhaite pas divorcer, il est encore efficient de prononcer le divorce. Comparer gain et perte est en principe possible, via les dispositions à payer des deux conjoints, selon le principe de KALDOR-HICKS. Un marché implicite du divorce peut même se constituer : en échange d'un dédommagement substantiel, la partie rétive se laissera convaincre d'accepter le divorce, comme l'actualité le montre. Les négociations entre avocats des deux conjoints représentent ce marché implicite. Nous voyons bien qu'il s'agit là d'un critère économique d'efficience et non d'un quelconque critère éthique ! En revanche, les enfants DUPONT, certainement affectés par l'éventuel divorce de leurs parents, ne participent nullement à ces négociations. Leurs variations d'utilité ne sont traduites par aucune disposition à payer particulière, quand bien même ils préféreraient que leurs parents divorcent ou ne divorcent pas. Le divorce crée donc un effet externe pour eux, non mesuré. L'on ne peut donc identifier solution efficiente et résultat de la négociation entre deux seulement (les conjoints) des parties en cause (les conjoints mais aussi les enfants voire les amis, les parents,..), c-a-d caractériser la transaction entre les conjoints comme une transaction efficiente à la seule condition qu'elle ait été volontaire. Le critère de maximisation de la richesse entendue au sens de KALDOR-HICKS implique de pouvoir évaluer tous les effets, y compris les effets sur les tiers. Dans le cas présent, nous devons réintroduire les effets sur les enfants pour savoir s'il est efficient (l'éthique est toujours absente du débat) de prononcer le divorce. On voit l'immensité de la tâche ainsi confiée au juge si c'est à lui qu'incombe la décision.

En outre l'un des arguments traditionnellement utilisés pour justifier la supériorité des critères d'efficience parétienne sur les critères utilitaristes est qu'ils évitent des comparaisons interpersonnelles d'utilité. Quand il s'agit de transactions marchandes la chose est simple. Si la transaction intervient, c'est qu'elle représente un gain mutuel et donc global. Quand il s'agit de décisions pouvant s'appuyer sur des réalités marchandes analogues, la chose est déjà plus compliquée. Si le juge exproprie un propriétaire privé au profit d'une commune et lui attribue en compensation la valeur de marché de la propriété considérée, il peut comparer dédommagement accordé et avantage pour la commune représenté par l'utilisation du nouveau droit communal de propriété (si l'on y construit un parking payant, il est possible d'évaluer l'avantage procuré, par la sommation des recettes versées par les utilisateurs et représentatives au moins de l'avantage qu'ils en retirent). La procédure est cependant inadéquate en cas d'effet idiosyncrasique (c-a-d d'effet lié à la personnalité d'un des intervenants dans la transaction) ou de spécificité de l'actif

concerné. Le juge m'exproprie et m'indemnise à la valeur de marché mais la maison concernée est celle qui m'a vu naître et à laquelle j'étais indéfectiblement attaché, si bien que sa "valeur" pour moi était incomparablement plus forte que sa valeur de marché. Enfin, quand il s'agit de décisions ne pouvant s'appuyer sur aucune réalité marchande analogue la chose devient scabreuse. Dans le cas précédent du divorce, obtenir une révélation de la perte de richesse occasionnée pour les enfants par le divorce n'a pas de sens.

La seconde limite de l'application du critère d'efficience est elle aussi classique. Le critère se révèle indéterminé dès lors que considérations d'efficience et considérations d'équité se mélangent, via la relation efficience – répartition car, contrairement au « théorème » de COASE, qu'il y ait ou non des coûts de transaction, il n'est pas possible de séparer radicalement efficience et répartition, la même solution pouvant se révéler efficiente pour un choix judiciaire donné d'attribution des droits mais inefficente si l'attribution des droits est différente, et cela indépendamment de tout effet externe [FACCHINI 1997, PARISI 1995, TARTARIN 1987]⁷.

La difficulté est d'autant plus grave que la décision judiciaire est, généralement, en même temps modification de la répartition initiale des droits donc de l'allocation initiale et recherche pour la nouvelle répartition des droits de la modalité efficiente de concrétisation de ces droits (accorder un droit de propriété, un dédommagement, une servitude, décider d'une injonction de faire,...). Le juge ne peut donc pas se référer à La solution efficiente ; il y a toujours des solutions efficaces, mais chacune relative à une répartition donnée. Or, la solution choisie par le juge modifie généralement la répartition ou contribue à la définir (à qui attribuer le droit sur un bien jusque là non attribué, par exemple la pureté de l'air). Il ne peut de ce fait fonder sa décision sur un critère d'efficience le dispensant de choix en matière de répartition donc d'équité (le passage d'une solution A à une solution B peut être efficiente pour une répartition donnée du revenu R1 et inefficente pour une répartition différente R2). Cela n'invalide pas la recherche d'efficience (parmi les modalités d'intervention du juge certaines sont efficaces et d'autres inefficaces pour une répartition donnée) mais la remet à sa juste place, comme seconde par rapport à la recherche de l'équité. Il en est ainsi que l'on se réfère au critère pur de PARETO ou à sa version KALDOR-HICKS.

3.2.Le dualisme judiciaire

L'idée d'un dualisme judiciaire constitue une critique plus essentielle de la prétention à aligner le judiciaire sur la logique de l'efficience. Le système judiciaire, comme le système juridique, hérite d'un double fondement, lié au fait que nos sociétés s'organisent principalement autour de deux logiques différentes : une logique du marché (ce sont des économies de marché), régissant l'économique mais par voie de conséquence régissant aussi en partie le social, une logique de la

⁷ Pour une illustration formelle, cf. l'exemple pris en annexe, annexe 3.

République (ce sont des sociétés organisées en nations autour d'un Etat démocratique républicain), régissant d'abord le politique mais définissant aussi des principes sociaux. De ce fait, le droit et le juste renvoient à des normes hétérogènes, les unes expression de la société républicaine, les autres de la société marchande. Là réside une partie des difficultés de la décision judiciaire et le caractère singulier (mais aussi discutabile car subjectif) de toute décision. Comment arbitrer en pesant les deux plateaux de la balance quand d'un côté se trouvent des critères d'inspiration socio-politique républicaine et de l'autre des critères économiques d'inspiration marchande ?

3.2.1 La justice comme filtre des normes marchandes

Le pluralisme juridique s'exprime tout d'abord par le fait que le droit et la justice, quand ils interviennent, ne se contentent pas de reprendre telles quels des normes marchandes ou des critères d'efficience, même quand leur intervention porte sur des problèmes relevant ordinairement du marché. La justice « filtre » les normes marchandes en les passant au crible de principes (les grands principes du droit) qui incarnent des valeurs et que la Constitution garantit, en fonction d'un système d'interprétation déterminé. Cela se justifie d'abord parce que les normes marchandes ne sont pas identifiables à des normes d'équité mais sont relatives, comme résultat des processus marchands, d'une part aux marchandages intervenus, d'autre part aux rapports de force dont ils découlent et aux positions sociales préétablies sur le marché. Et la légitimité de celles-ci est discutabile puisqu'elle renvoie à l'histoire des marchés et s'appuie, généralement, in fine, sur des formes d'appropriation non marchandes dont le caractère équitable est douteux (la violence féodale, la guerre et le butin, le vol, l'accaparement public, ..). Enfin, les normes marchandes peuvent être refusées pour des raisons éthiques ou politiques. Les débats autour du dumping social manifestent que certaines normes véhiculées par une mondialisation hyper-concurrentielle peuvent être combattues par des communautés données. Le modèle culturel européen a historiquement produit un modèle juridico-judiciaire qui tempère ou encadre la logique marchande par l'affirmation de principe de la prééminence de la loi républicaine.

Une première raison tient aux conditions mêmes du jeu marchand. L'allocation des ressources par l'échange et/ou le marché requiert que les « agents » de l'échange soient définis comme sujets de droit, libres et responsables, dotés de droits et aptes à passer des contrats. Ces droits sont inaliénables, ce qui est contradictoire avec la logique de l'échange généralisé efficient⁸.

En deuxième lieu, les conditions de la liberté juridique ne s'identifient pas à celles de l'échange volontaire. Le juridique garantit le fonctionnement marchand mais, pour cela, lui impose des exigences nécessaires à sa logique mais extérieures à elle.

⁸ Les droits personnels ne sont pas juridiquement définis comme droits de propriété. L'on n'est pas propriétaire de son nom, de son corps ou de sa liberté. Leur logique n'est pas celle de la propriété marchande : l'on ne peut y renoncer et ils ne sont pas cessibles. Le patrimoine au sens juridique n'est pas le patrimoine au sens économique.

Pour le Law and Economics traditionnel, la transaction marchande est réputée volontaire dès lors que des conditions formelles ont été observées. La règle est élargie à toute transaction implicite. La logique républicaine introduit des principes de liberté et d'égalité qui ne s'identifient pas à la liberté et l'égalité formelles du contrat, implicite ou explicite, et conduisent à distinguer entre échange contraint et échange libre, échange égal et échange dans le cadre de positions dominantes. Seront contraires à l'ordre républicain les « échanges » esclave-négrier, prostituée-souteneur, mineur-pédophile,...

En troisième lieu, le droit limite le rôle de la logique marchande et a fortiori de la logique de la rentabilité dans certains domaines (cf. dans le domaine de la santé et de la vie la législation et la jurisprudence relatives aux dons d'organes, aux mères porteuses, au don du sang, ..) Il contribue ainsi à définir la place de la régulation marchande dans l'ensemble de la régulation sociale, à l'étendre ou à la limiter.

3.2.2 La composition plurielle des normes

Le droit ne se contente pas de fixer des limites à l'extension de la marchandisation mais s'efforce de plus en plus souvent d'organiser la coexistence de critères marchands et non marchands pour aboutir à une composition plurielle des normes. Les législations combinent différents types de critères parce que les formes de régulation sociale doivent tenir compte des multiples dimensions du réel, mais en tenir compte de façon combinée. Le droit du transport doit tenir compte à la fois de considérations de coût et de rentabilité mais aussi de sécurité, de précaution écologique, de conditions de travail, etc. Le droit prend de la distance avec le marché d'un côté, mais, de l'autre, intègre de plus en plus de données et contraintes économiques. Les problèmes auxquels sont confrontés la société et donc aussi le système judiciaire sont de plus en plus fréquemment des problèmes pluridimensionnels appelant des régulations pluridimensionnelles utilisant des critères et des normes plurielles et pluridimensionnelles. La production judiciaire de normes s'inscrit dans ce cadre et soulève la question de la pondération à donner aux différents types de critères, aux différents systèmes de représentation, de valeurs, de projets sociaux. La gestion concrète du rapport marché/République ne va pas de soi parce qu'aucun critère simple ne peut déterminer "la juste proportion", l'image de la balance ne suffisant évidemment pas à traduire la difficulté à peser des critères qualitativement hétérogènes. L'intervention croissante du judiciaire - le recours aux «sages» - traduit à la fois le besoin de ne pas soumettre l'ensemble des régulations sociales à l'efficience marchande et/ou économique, la difficulté de déterminer la combinaison particulière de différents principes dans des affaires toujours particulières, de sorte qu'aucune solution générale a priori ne peut être fixée par la loi et que l'on doit passer par le judiciaire. Cette combinaison ne trouve de légitimation que dans le fait qu'elle émane d'un « sage » tranchant « au nom du peuple français » et en vertu des principes juridiques et constitutionnels communs à la communauté nationale.

L'analyse économique de la justice peut éclairer utilement la tâche du judiciaire. Encore convient-il qu'elle dépasse la seule invocation de l'efficience, a fortiori de l'efficience marchande.

BIBLIOGRAPHIE

- BARRERE C. (1999) "Les approches économiques du système judiciaire", *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999-2.
- BECKER G. (1976) *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago, University of Chicago Press.
- COASE R.H (1960) "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 3, pp. 1-44.
- COOTER R.D et ULEN T.S ., (1988) *Law and Economics*, Glenview, Scott, Foresman.
- ELICKSON R.C (1991) *Order without Law*, Harvard University Press, Cambridge.
- FACCHINI F. (1997) "Gestion des externalités, droit de propriété et responsabilité civile", *Economie Appliquée*, tome L. 1997, n°4, p. 97-125.
- MERCURO N. et MEDEMA S.G. (1997) *Economics and the Law, From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press.
- PARISI F. (1995) "Private Property and Social Costs", *European Journal of Law and Economics*, 2 : 149-173, 1995.
- POSNER R.A. (1973) *Economic Analysis of the Law*. Boston, Little Brown.
- SAMUELS W.J (1971) "Interrelations between Legal and Economic Processes", *Journal of Law and Economics* 14 (October 1971) pp. 435-450.
- TARTARIN R. (1987) "Efficacité et propriété", *Revue Economique*, 38 p. 1120-1155.