

Le droit comme filtre des normes sociales

Abel François[♦]

La question des liens existants entre le droit et les mécanismes extra-légaux de coopération (les normes sociales) n'est pas neuve et elle a déjà été longuement traitée par les philosophes ou les sociologues. L'originalité du livre récent d'Eric A. Posner, *Law and Social Norms*¹ est de replacer cette question dans l'économie du droit : comment peut-on introduire les mécanismes extralégaux dans ce type d'analyse² et fonder le choix des normes sur la rationalité des individus ?

L'auteur part du double constat que, d'une part, les individus rationnels agissent dans un environnement juridique renforcé par des mécanismes extra-légaux de coopération, et que, d'autre part, l'économie du droit centre son analyse quasi exclusivement sur les règles de droit en ignorant le rôle joué par les normes. L'enjeu est de montrer comment les unes et les autres s'articulent pour contraindre ou inciter les individus à coopérer.

L'auteur commence par présenter son modèle explicatif de l'apparition des normes collectives de comportement (première partie), et il l'applique avec plus ou moins de bonheur à un nombre important de situations différentes : le don (chap. 4), les relations familiales (chap. 5), les comportements délictuels (chap. 6), la participation électorale et les comportements symboliques (chap. 7), la discrimination raciale (chap. 8), et enfin le droit contractuel et les activités commerciales (chap. 9). Finalement, Posner étudie les conséquences normatives de ses investigations en termes de politiques publiques (troisième partie).

Le modèle de constitution des normes, qui repose sur la théorie des jeux, définit la norme comme un comportement régulier et coûteux servant de signal de coopération et de crédibilité. Plus précisément, E.Posner part d'une situation de type «dilemme du prisonnier» répété.

Comme on le sait, un «dilemme du prisonnier» décrit une situation hypothétique où deux prisonniers complices doivent être interrogés simultanément et séparément sur leur innocence et sur celle de l'autre prisonnier. Chacun a deux possibilités : se taire (coopérer) ou dénoncer son comparse (faire défection). Si tous les deux se taisent, ils sont libérés. S'ils se dénoncent réciproquement, ils obtiennent une peine modérée. En revanche, si l'un se tait et que l'autre le dénonce, le dénonciateur est libéré et l'autre incarcéré. Le jeu est dit répété si les participants renouvèlent dans les mêmes conditions leur choix un nombre limité ou illimité de fois.

La stratégie rationnelle pour chacun, en anticipant le choix de l'autre, est de dénoncer (défection) car au mieux il est libéré et au pire sa peine sera modérée. Et ce, en dépit du fait que la stratégie optimale est que les deux se taisent simultanément (coopération), puisque dans ce cas chacun est libéré. Mais cette stratégie est individuellement risquée dans la mesure où les individus ne possèdent aucune information sur le choix de leur complice.

Ainsi, une solution de coopération, bien que préférable pour tous, ne peut émerger spontanément. La transmission d'informations sur les intentions stratégiques de l'autre peut permettre de sortir du dilemme du prisonnier. Par exemple, si les deux joueurs peuvent se

[♦] Université Paris I Panthéon-Sorbonne; Laboratoire d'Economie Publique (LAEP) Maison des Sciences Economiques 106/112 Bd de l'Hôpital 75647 Paris Cedex 13. T:33.(0)1.44.07.81.03, E: abel@univ-paris1.fr ; <http://laep.univ-paris1.fr/>

¹ Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2000, 260 pages.

² L'économie du droit ou «Law & Economics» analyse le droit et, plus généralement, la production de règles coercitives à l'aide des outils économiques. Elle cherche à évaluer l'efficacité économique des règles juridiques. Le fondateur de cette analyse est le juge de la Cour d'Appel Fédérale Richard Posner (le père de l'auteur).

concerter avant l'interrogatoire, ils ont des chances de parvenir à une entente. En l'absence de contact direct entre les protagonistes, le signal représente le meilleur vecteur d'information. Il se définit comme un comportement coûteux³, informant sur sa propre propension à coopérer.

En étendant le jeu à l'ensemble d'une population, les individus, en cherchant leur propre intérêt, c'est-à-dire la coopération mutuellement avantageuse avec d'autres individus, vont s'engager dans un comportement régulier, récurrent et coûteux qui fournit des indications, de l'information aux autres participants quant à leur propre crédibilité et capacité de coopérer. Ce comportement généralisé est appelé une norme. La norme naît donc selon Posner d'un comportement rationnel et intéressé, et elle est interprétée uniquement en ce sens par les individus.

L'individu qui n'utilise pas le signal, qui ne se conforme pas à la norme, est sanctionné par ostracisme – par une absence de coopération des autres avec lui. Ainsi, chaque individu possède un certain capital en réputation et en crédibilité et celui-ci varie selon les signaux (ou l'absence de signaux) qu'il émet en se conformant (ou pas) aux normes.

Par exemple, l'objectif d'une banque est de drainer les dépôts des ménages. Pour ce faire, il est essentiel que les ménages aient confiance en l'établissement : confiance dans sa pérennité et dans son aptitude à assurer la couverture des dépôts. Les banques ont donc développé des mécanismes informatifs quant à leur propension à coopérer afin d'attirer l'épargne. Le signal utilisé le plus visible a été la construction d'édifices prestigieux et imposants, stipulant que, d'une part, elles étaient sur le marché pour longtemps et que, d'autre part, toute difficulté de couverture des dépôts serait garantie par leur patrimoine immobilier. La possession de ces succursales prestigieuses, comportement coûteux et régulier, est devenue une norme reprise par l'ensemble des banques. L'un des problèmes actuels les plus sérieux pour le développement des banques sur Internet est précisément dû au fait qu'elles ne peuvent pas utiliser les normes habituelles comme gage de sécurité. Elles doivent par conséquent trouver d'autres formes de signaux⁴.

Dans notre exemple, le comportement des banques est également contraint par la réglementation publique. Aux dépôts des épargnants doivent correspondre des réserves bancaires limitant les prêts. Cette situation illustre parfaitement le problème de l'articulation entre les normes et les mécanismes légaux de coopération (la loi).

Sur ce point, l'auteur cherche à mettre en évidence, au travers des différents exemples offerts, la subtilité des liens existants entre normes et lois : « l'intervention légale peut saper ou accroître de manière complexe les fondements et l'environnement des normes extralégales de coopération. ». La loi a deux effets : elle modifie les comportements des individus et elle affecte leurs croyances. Les déductions et inférences construites par chaque personne sur les autres individus et leurs comportements s'en trouvent ainsi modifiées.

Dans la mesure où certaines normes contribuent au bien-être social, que d'autres l'amenuisent, et que la valeur des normes est le produit d'un accident historique, les producteurs de mécanismes légaux⁵ de coopération doivent suivre les normes les plus bénéfiques afin d'inciter au mieux et de façon plus efficace à l'adoption de comportements coopératifs. Les lois peuvent alors être comprises comme une tentative d'exploitation du pouvoir régulateur indépendant des normes sociales. Ces tentatives peuvent échouer ou

³ L'obligation que le comportement soit coûteux renvoie à la notion de crédibilité. En effet, si le comportement de signal n'est pas coûteux, il peut être utilisé trop facilement comme moyen de tromperie.

⁴ Le comportement d'une banque, s'il est repris par les autres, deviendra une norme sur le marché concerné. On parlera alors de « norm entrepreneur » pour désigner la personne qui a eu l'initiative du comportement servant de signal.

⁵ Par producteurs de mécanismes légaux, Eric Posner, en tant que spécialiste de la Common Law, entend principalement le juge et, en second rang, le législateur.

réussir, mais, en fin de compte, on assiste à une transformation progressive des normes les plus bénéfiques en mécanismes légaux, et à une élimination des normes les plus nocives. La loi trie parmi les normes. On retrouve la tendance historique, très étudiée par les sociologues, et notamment par Norbert Elias, du remplacement de la régulation extralégale par une régulation légale. Cette modification peut s'expliquer par la rationalisation des relations sociales, par le développement culturel et l'autocontrôle ou par l'augmentation de la taille de la communauté. Mais pour Eric Posner, ce remplacement s'explique principalement par la volonté d'éliminer les pathologies créées par les normes les moins bénéfiques. L'action politique face aux normes reste une tentative d'exploitation de leur pouvoir et en aucun cas une création ou une modification consciente de la norme elle-même.

Les principaux résultats de l'analyse des différents domaines d'action varient peu. L'action publique doit s'efforcer de valoriser les normes les plus efficaces, ou au pire d'éviter de les amoindrir, et doit tenter d'éliminer les plus néfastes. Eric Posner analyse différents domaines et cherche à expliquer les interactions entre droit et norme.

Ainsi le don (et le contre-don) est appréhendé comme un signal fondamental dans les relations réciproques. Il correspond à un effort pour attirer de nouveaux partenaires ou entretenir les relations avec d'anciens partenaires. Ceci tranche avec la vision traditionnelle du don lié à l'altruisme des individus.

Les relations maritales offrent le meilleur exemple d'exploitation par le droit d'une norme antérieure. Les vœux de mariage sont analysés comme un signal a priori de coopération des époux pour gérer les biens collectifs émanant de la vie commune et éviter les comportements opportunistes au sein de la famille. Le comportement privé a été progressivement institutionnalisé et régulé par le pouvoir politique.

En matière de droit pénal, l'auteur tente de réconcilier par son modèle de signal les deux approches de la criminologie : l'une considère que les sanctions doivent être comprises comme un coût pour les individus commettant des délits, l'autre que les individus suivent les lois car elles sont perçues comme légitimes.

Dans le domaine politique, certaines actions, telles que l'autocensure, le respect du drapeau ou le vote, sont des moyens pour les individus de signaler leur loyauté au système politique ou au parti politique dominant.. Les Etats ont logiquement utilisé ces normes spontanées.

De la même manière, le racisme ou le nationalisme n'apparaissent pas comme la conséquence de « préférences individuelles » mais comme le moyen de se signaler au sein d'un groupe en rejetant les personnes n'appartenant pas au groupe. Les politiques anti-discrimination et de « discrimination positive » doivent être évaluées à l'aune de cette explication.

Enfin, l'auteur est beaucoup plus critique concernant l'intervention juridique en matière commerciale. Le droit des contrats ne devrait pas chercher à sanctionner la violation des accords mais plutôt à offrir un mécanisme d'accord. Le droit commercial doit ainsi chercher à réduire les gains d'une rupture de l'accord en permettant aux contractants de s'infliger des pertes mutuelles à tout moment et pour toute raison.

Le livre d'Eric Posner apporte un éclairage intéressant sur l'efficacité possible de certaines normes. La norme devient ainsi le résultat de calculs rationnels d'individus rationnels. Là résident l'originalité et l'apport principal du livre : une théorie rationnelle et individualiste des normes sociales. La norme n'est plus nécessairement un phénomène social qui dépasserait et s'imposerait de manière plus ou moins consciente à des individus dont la souveraineté est plus ou moins limitée.

L'utilité et la fonction des normes apparaissent bien au travers de la question de la coopération. Pour autant, on peut regretter que la naissance et la diffusion des normes ne soient pas analysées, ainsi que la concurrence éventuelle entre elles. La production et la

diffusion de normes est expliquée par un agent extérieur à la réflexion : l'entrepreneur en matière de norme. Un certain nombre d'interrogations restent en suspens, en particulier : pourquoi telle norme parvient à s'imposer plutôt qu'une autre ? Est-il possible de manipuler le processus de diffusion des normes ? Existe-t-il un marché des normes ? Des réponses partielles sont apportées au travers des exemples étudiés, mais Eric Posner ne propose pas une explication théorique globale.

En outre la définition fonctionnelle de la norme appauvrit l'explication qu'on peut en donner. Si par définition, le droit et la norme ont des fonctions sociales identiques, à savoir inciter à la coopération, il est logique qu'ils soient mutuellement substituables. Ils sont alors interchangeables⁶. Selon vos goûts, vous préférerez une incitation légale (qui implique une intervention étatique) ou extralégale. L'auteur ne propose pas de critère précis et strict de choix entre les deux formes, il fonde ses évaluations sur l'efficacité économique contingente de chaque cas.

Pourtant on imagine mal un remplacement du droit par la norme. L'irréversibilité du passage de la norme au droit s'explique alors non par leur fonction ou leur utilité, mais par leur processus de création et de diffusion. Plus précisément la norme et le droit se distinguent fondamentalement par la force de leur caractère obligatoire. Le droit repose par essence sur le monopole légitime de la coercition par l'Etat. La transformation de la norme en droit aurait alors plutôt pour but de renforcer sa force coercitive⁷. Il n'y a pas passage d'un type d'incitation à la coopération à un autre, mais une évolution continue du mécanisme qui se renforce par sa transformation juridique.

⁶ Le résultat du modèle est sous-entendu dans la définition de départ de la norme.

⁷ Résultat plus proche des développements sociologiques.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.