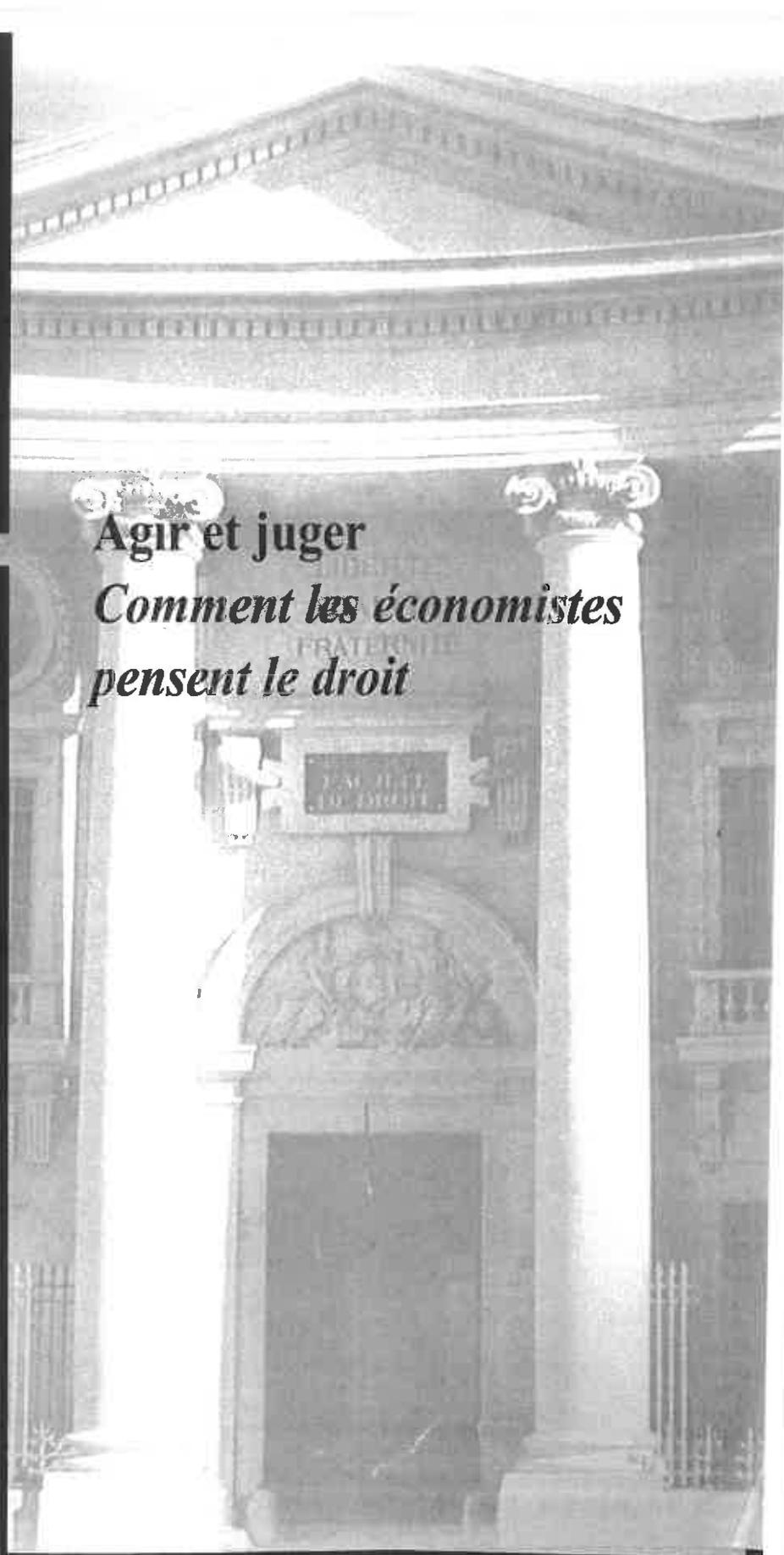




Éditions
Panthéon
Assas



Agir et juger
*Comment les économistes
pensent le droit*

Bruno
DEFFAINS
et
Samuel
FEREY

CHAPITRE I

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. À 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 intéressé. 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 plus féconds et les plus prolifiques dans ce champ (Sunstein, 2001). Il a depuis continué le développement de ce champ 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'action¹. Certes, il ne s'agit pas de considérer que les agents agissent systématiquement de manière « irrationnelle »² 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, 2001). 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, 2001 ; 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 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

¹ 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. À ce titre, le versant critique de l'économie comportementale ne la rapproche en aucune manière de théorie holiste.

² Nous préciserons dans la suite ce qu'il faut entendre par « irrationalité ».

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 rencontré 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 Thaler³. 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 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)⁴. 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.

³ Au début de ces travaux, la perspective de SUNSTEIN a été essentiellement d'appliquer les modèles comportementaux au droit.

⁴ 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).

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

I. 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 similarité⁵. Il faut donc chercher à répondre à la question : qu'est-ce qui fait qu'un événement est jugé « 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, $p(A \cup B) < p(A) + p(B)$ (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).

⁵ 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).

⁶ 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 convaincue. À 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).

II. 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 mobilisées par l'esprit » (Kahneman et Tversky, 1982, p. 164 ; Sunstein, 2001 ; 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.

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.

III. L'heuristique d'ancrage

La troisième heuristique est l'heuristique d'ancrage. Dans ce cadre, l'évaluation et le jugement individuel est influencé 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 peut exister de tels phénomènes d'ancrage (sur cet exemple, voir Sunstein et Thaler, 2008).

IV. Biais d'optimisme et biais de rationalisation (*Hindsight bias*)

À 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 rationalisation⁷ porte lui sur la manière dont les agents envisagent les événements – et leur probabilité – passés, c'est-à-dire qui ont déjà eu lieu. Évidemment, cet aspect est crucial dans le monde du droit puisque l'essentiel des affaires dont ont à connaître les juges ou les jurys portent 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.

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 :

⁷ Dans toute la suite, nous traduisons *Hindsight bias* par biais de rationalisation. Cette traduction est personnelle.

comment, à partir des informations 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 droit⁶.

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.

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

⁶ cf. note préc.

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)⁹.

Un tel programme de recherche passe par une critique de la théorie de l'action rationnelle sur trois points qui portent 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 prendre en compte ses travaux de constitutionnaliste. À ce titre, s'il n'est pas douteux que ces travaux sont d'une très grande richesse et d'une grande rigueur intellectuelle, en revanche, il paraît plus difficile de les rationaliser au sein d'une théorie de 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 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 trouvera, dans Sunstein (1996), un ouvrage de synthèse des articles les plus importants parus, dans Sunstein (2001) une analyse des constitutions et du droit constitutionnel qui reprend notamment le concept d'argument imparfaitement théorisé, dans Sunstein *et alii* (2006), une analyse empirique des arrêts des juges fédéraux, et enfin, dans Sunstein (2000) et Sunstein et Thaler (2008) des éléments d'économie du droit.

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

⁹ 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.

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 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)¹⁰. 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.

Sunstein partage dans un premier temps la position réaliste. À 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 modifications¹¹. 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 portent 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).

¹⁰ 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 leur préférences politiques ?

¹¹ 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.

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.

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)¹². 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 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

¹² 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 précédent. 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).

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 droit¹³. Un tel silence permet d'éviter toute montée aux extrêmes lors des conflits juridiques, montée 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.

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 ces travaux en théorie du droit. Et ceci est tout à fait cohérent avec ses hypothèses en économie.

Section 3. Jugements en économie 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.

¹³ Voir sur ce point Holmes *in* Elster et Slagstad (eds.), 1988.

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 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 connus pouvant être mobilisés 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, 2001 b, 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, il signale 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 position¹⁴ *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'articule 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 dans la véracité de leurs fausses croyances. À l'inverse, un autre équilibre peut émerger dès lors que les autorités judiciaires utilisent leur pouvoir d'interprétation dans le but de débiaiser (*debiaising though law*) les individus.

La manière dont interprétation juridique et anticipation 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 traversées 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 fondées sur des jugements imparfaitement rationnels. La piste de recherche à poursuivre est donc de comprendre précisément comment

¹⁴ Ainsi, c'est dans ce cadre que l'on peut interpréter l'inflation législative sur certains domaines, non nécessairement coûteux pour la société.

l'économie comportementale articule 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.