

LE "CONCEPT DE DROIT" HARTIEN ET L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT

Par

Jean-Yves Chérot

Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix Marseille III
Laboratoire de théorie du droit, EA 892

L'analyse économique est souvent présentée comme introduisant des données fondamentalement nouvelles dans la science du droit¹. Mais il serait *a priori* étrange, compte tenu de la richesse et de la profondeur des spéculations sur le droit, que les approches anciennes ou contemporaines du droit ne soient pas en mesure d'offrir des points de vue pertinents pour analyser les propositions de l'analyse économique du droit.

Si, dans leur grande majorité, les auteurs qui pratiquent l'analyse économique du droit n'ont pas cherché à théoriser leur approche sur le concept de droit ou sur les conditions épistémologiques d'une connaissance dans le domaine de la science du droit, cela n'est pas le cas général, et ce n'est pas le cas notamment grâce à la remarquable exception que constitue l'oeuvre de Richard A. Posner à partir du moment où il a déclaré son ralliement à une approche pragmatique du droit² et en a tiré profit pour réaménager ses propositions sur l'analyse économique du droit³.

Le dialogue est facilité également par les "héritages" que porte l'économie du droit. Même si la nouvelle analyse économique du droit qui naît dans les années soixante a peu de racines historiques directes dans le courant ou le mouvement du "legal realism"⁴ et même si l'héritage des réalistes a été récusé par exemple par R.A. Posner⁵ et par Ejan Mackaay⁶, elle a quand même bénéficié du chemin ouvert par la

¹ Robert Cooter et Thomas Ulen, deux des économistes qui ont participé le plus activement à l'institutionnalisation de l'analyse économique du droit, ont prétendu que "economics has changed the nature of legal scholarship, the common understanding of legal rules and institutions and even the practice of Law", *Law and Economics*, 3^e ed., 2000, p. 3.

² Richard A. Posner, "A Pragmatic Manifesto", in *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 454 ; *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995 ; *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, 2003.

³ Voir notamment Richard A. Posner, "Pragmatism, Economics, Liberalism", in *Overcoming Law*, précité, p. 3 s. ; Daniel Ostas, "Postmodern economic analysis of law : extending the pragmatic visions", 36, *American Business Law Journal*, 1998, p. 193.

⁴ Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, 1999. Voir aussi dans la livraison de ce Cahier les articles de Marc Deschamps et de Frédéric Marty.

⁵ Voir le refus de Posner d'assumer cet héritage "réaliste", même indirectement (chapitre introductif de *Overcoming Law*, ouvrage précité, 1995). "Nous n'avons aucun désir d'être regardés ou désignés comme les héritiers de Fred Rodell ou de William Douglas, Jerome Frank ou encore Karl Llewellyn. Le mouvement "law & economics" doit peu au réalisme juridique, peut-être même rien à part le fait que Donald Turner et Guido Calabresi, des figures pionnières dans l'application de l'économie du droit, ont reçu leur diplôme à Yale et ont peut-être été influencés par la tradition de l'école du réalisme juridique qui a été de regarder le droit depuis la perspective des autres disciplines". Il ajoute que "bien que le réaliste Robert Hale eut anticipé certaines des découvertes du mouvement droit et économie, la plupart des chercheurs modernes de ce courant ont été dans l'ignorance de ses travaux jusqu'à

contestation par les "réalistes" américains du modèle conceptuel et déductif du droit d'"une science du droit" autonome et formelle⁷. C'est sur le succès aux États-Unis de cette contestation du modèle formaliste que le courant *Law & economics* a pu trouver dans les *law schools* le terrain propice à sa réception et à son relatif succès.

La confrontation de l'analyse économique du droit avec les théories positivistes modernes qui tentent de rendre compte du droit comme phénomène normatif tout en marquant une préoccupation particulière pour le respect de la différence entre le droit et la philosophie morale et politique ouvre un dialogue difficile. En effet, soit l'analyse économique du droit prétend expliquer les conséquences économiques et sociales de telle ou telle règle ou jugement de droit et elle intéresse la science économique ou les sciences sociales, mais non une science du droit cherchant à rendre compte du caractère normatif et obligatoire des normes de droit, soit elle propose d'offrir un critère de jugement normatif sur ce que devrait être la bonne décision, mais elle est largement en porte-à-faux avec cet attachement si fort dans la science du droit en faveur de la distinction entre "le droit tel qu'il est" et "le droit tel qu'il devrait être"⁸.

Il est pourtant intéressant malgré les distances au départ de chercher quel dialogue le *Concept de droit* tel que construit par Hart⁹ peut offrir à une discussion sur l'analyse économique du droit. Naturellement, il s'agit de chercher à confronter "*Le Concept de droit*" non pas aux thèses portant sur une institution juridique particulière, mais aux thèses les plus générales de l'économie du droit, telles que la thèse sur le comportement des participants au droit (la thèse dite behavioriste) et la thèse instrumentale et finaliste du droit.

La confrontation directe entre Hart et Posner peut sembler à première vue sans grand intérêt tant les points de communication paraissent incexistants entre le projet posnérien d'ordre pragmatiste et surtout purement empirique et le projet hartien qui est, malgré son appel à sociologie descriptive, de rendre compte scientifiquement du caractère normatif et obligatoire du droit (et même peut-être, comme Dworkin l'analyse, de rendre compte finalement de ce qui justifie le recours à la force du droit). La confrontation pourtant garde tout son sens et son intérêt lorsqu'il est question non du fondement du droit (question que Posner déclare sans intérêt) mais du rôle de la règle de droit dans l'application du droit par les juges (l'adjudication). La confrontation entre la théorie que propose l'analyse économique sur le comportement des participants au système juridique et le concept de droit présente également un fort intérêt tant elle est importante pour le *Concept de droit* hartien lui-même.

récemment. Bien que refusant le legs du réalisme, l'analyse économique du droit refuse d'aller vers l'autre extrême et de baptiser le *L&E* avec un nouveau formalisme. Le formalisme et le réalisme ne divisent pas le champ de la théorie du droit entre deux seulement. Le chemin du milieu peut être celui du pragmatisme" (traduction libre par l'auteur).

⁶ Voir également Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau selon lesquels l'analyse économique est une réponse appropriée à la "vulnérabilité du message essentiellement anti-théorique, nihiliste formulé par le courant du réalisme juridique américain au début du XX^e siècle" (*Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008, n° 2156).

⁷ Voir aussi dans ce Cahier, l'opinion d'Éric Millard.

⁸ Voir les mêmes observations chez Bruno Deffains et Samuel Ferey, "Théorie du droit et analyse économique", *Droits*, 45, 2007, p. 223.

⁹ *The Concept of Law*, second edition, 1994, with a new poscript, Oxford UP; traduction française par Michel van de Kerchove, *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

Ce sont ces deux points que l'on abordera en esquissant seulement des pistes de réflexion. Le premier de ces points concerne la confrontation des concepts de règle sociale et de droit chez Hart à la thèse sur le comportement des participants au système juridique défendue dans l'analyse économique. Le deuxième de ces points concerne le rôle de la règle de droit dans l'adjudication du point de vue de la comparaison des thèses de Hart et de Posner.

I. Les notions de règle sociale et de droit chez Hart face à la thèse behavioriste

A. Première approche de la problématique

Au cœur de l'analyse économique du droit, traversant les divers courants qui s'y sont développés, fondant les autres thèses, on trouve une thèse centrale sur le comportement des sujets de la règle de droit (que Lewis Kornhauser appelle la "thèse behavioriste"¹⁰). Selon cette thèse, les sujets de la règle de droit ne la regardent pas comme une règle de conduite commune permettant d'évaluer leur propre comportement et celui des autres, interprétée selon leur conscience, mais comme un élément du calcul rationnel de leurs actions en vue d'atteindre la maximisation de leur satisfaction. La règle de droit peut ainsi, compte tenu du comportement de ses sujets, créer des incitations qui peuvent être bénéfiques à la société ou conduire à des décisions désastreuses, loin ou même à l'opposé des objectifs poursuivis par le législateur. L'analyse économique du droit propose d'introduire des hypothèses sur le comportement non seulement des sujets de la règle de droit, mais aussi des législateurs et des juges. Les hommes endossant ces rôles officiels devraient eux-mêmes être considérés comme des hommes ordinaires et, compte tenu éventuellement des rôles institutionnels qui sont les leurs, avoir des comportements de type stratégique à la recherche de satisfactions et d'intérêts personnels. Plusieurs hypothèses sur le comportement des juges sont proposées. Dans certaines approches, ce que les juges rechercheraient comme objectif principal, ce serait le renforcement de leur "autorité", notamment de leur autorité dans la communauté des juges et plus largement des juristes, de telle sorte que leur intérêt personnel les conduirait assez naturellement à endosser de façon assez étroite leur rôle institutionnel. Richard A. Posner a élaboré une théorie assez différente et plus élaborée en ce qui concerne les juges des cours fédérales aux États-Unis¹¹.

La théorie standard suppose un comportement rationnel. Des théories alternatives utilisent le concept de "rationalité limitée" ou introduisent d'autres facteurs cognitifs. Je ne discute pas ici de sa pertinence théorique, de son caractère scientifique (est-elle falsifiable ?) ni de sa pertinence empirique, ni même de sa critique ou reconstruction dans les travaux de A. Sen¹² qui y ajoute les dimensions de compassion et d'engagement.

Regarder le droit (ou les sanctions en cas de violation des obligations juridiques) comme un prix à payer, intégré dans les calculs rationnels des acteurs en vue de leurs fins personnelles peut paraître destructeur du concept de règle sociale telle que proposée par Hart et de son concept de droit fondé sur les règles. Car, en

¹⁰ Notamment, Lewis A. Kornhauser, "L'analyse économique du droit", *La Revue de Synthèse*, n° 118-19, 1985, p. 313.

¹¹ "What Do Judges Maximize?", in *Overcoming Law*, précité, p. 109 s. Pour un exposé de la thèse de Posner sur ce point, voir dans ce n° des *Cahiers de méthodologie juridique*, Marc Deschamps et Frédéric Marty, "L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ?".

¹² Amartya Sen, *Éthique et économie*, PUF, 1993, trad. de *On Ethics and Economics*, Blackwell, 1991.

partant de l'observation selon laquelle il y a une différence entre "être obligé de" et "avoir une obligation de", il construit une théorie selon laquelle la règle sociale ne se comprend dans sa dimension normative que du point de vue de la "signification" qu'elle peut avoir pour les acteurs (ce qu'il appelle le "point de vue interne") et cette signification d'une règle sociale ne peut être, du point de vue interne des acteurs, que celle d'une norme reconnue comme un guide de conduite, un élément d'évaluation de leurs comportements comme de celui des autres, en somme, comme le dit Hart, une "raison" ou une "justification" de l'action ou du jugement en droit.

Cependant le modèle hartien dans ses différentes composantes est plus faible et il a été encore affaibli après les critiques qui lui ont été adressées.

a) Hart a reconnu, en réponse à une critique de Dworkin, que le point de vue interne d'ordre critique et réflexif à l'égard d'une pratique sociale ne pouvait transformer cette pratique en une "règle" ou une norme que si c'était précisément le "consensus de convention" qui résultait de la pratique sociale en cause qui pouvait être la "raison" même de voir dans la pratique une règle¹³. Hart a pris acte de l'affaiblissement de sa théorie dans la postface de la deuxième édition du *Concept de droit* : "ma description des règles sociales n'est applicable qu'à des règles qui sont conventionnelles, dans le sens que je viens d'expliquer. Cela limite considérablement la portée de ma théorie fondée sur la pratique et je ne la considère plus comme une explication correcte de la morale, qu'elle soit individuelle ou sociale. Cependant, la théorie demeure une description fidèle des règles sociales conventionnelles qui comprennent outre les coutumes sociales ordinaires, certaines règles juridiques importantes, y compris la règle de reconnaissance qui est effectivement une sorte de coutume judiciaire qui n'existe que si elle est acceptée et mise en pratique par les juridictions dans leurs activités d'identification et d'application du droit".

b) Il en résulte un plus fort appui encore de la part de Hart à sa thèse selon laquelle on ne peut comprendre le concept de droit que si on analyse le système juridique comme une "union" de règles secondaires et primaires (les règles secondaires étant les règles qui permettent de reconnaître et de produire les règles primaires, lesquelles sont celles qui adressent directement des obligations aux particuliers) et en particulier si l'on distingue très clairement les règles valides et donc obligatoires en vertu de la règle de reconnaissance (sans que le point de vue interne des participants n'ait plus de rôle à jouer) et la règle de reconnaissance dont le caractère normatif et obligatoire ne vient que de ce que les participants au système acceptent de voir du point de vue interne réflexif et critique dans les pratiques sociales convergentes sur ce qu'est le droit dans une société les raisons mêmes de leur action et de leur jugement en droit.

À partir de ce schéma simplifié, la thèse de l'analyse économique du droit sur le comportement des acteurs dans le système juridique est loin d'être incompatible avec le concept de droit. Mais, en même temps, à l'accepter, on risque de complètement détruire le *Concept de droit* hartien ou du moins sa raison d'être.

¹³ "Ma conception est, comme l'a affirmé Dworkin erronée en ce qu'elle ignore la différence essentielle entre un consensus de convention manifesté dans les règles conventionnelles d'un groupe et un consensus de conviction manifesté dans les pratiques convergentes d'un groupe. Les règles sont des pratiques sociales conventionnelles si leur observance générale par un groupe fait partie des raisons que les individus qui en sont membres ont de les accepter" (Hart, Postface à la deuxième édition du *Concept de droit*, précité, note 9).

B. L'approfondissement de l'analyse

1. L'intérêt de l'analyse économique dans l'élaboration du concept de droit

L'intérêt du recours à l'analyse économique s'exprime dans l'analyse de la règle de reconnaissance. Pour pouvoir expliquer comment du simple fait de la convergence de comportement et de croyances dans ce qui est le droit, on puisse voir une règle ou les sources d'une règle (à priori contre toute logique puisque une règle étant destinée à guider des comportements, elle ne peut en principe se confondre avec eux), il a fallu dans certaines versions explicatives du *Concept de droit* admettre qu'une convention sociale puisse être la source d'une règle en la comparant à une "convention de coordination" telle qu'elle peut être expliquée par les jeux à conflits partiels¹⁴.

Tout cela est loin d'être étranger aux présentations classiques que l'on trouve chez Hart dans la première édition du *Concept de droit*. Hart y a défendu l'idée que les raisons de reconnaître des pratiques comme des règles n'étaient pas nécessairement fondées sur une morale de conviction, mais pouvait reposer sur des considérations stratégiques notamment. Pour Hart, un système juridique existe, si les juges voient dans les règles de reconnaissance et plus largement dans les règles secondaires du système les "raisons" ou les "justifications" de leur jugement en droit. Hart souligne qu'il suffit pour que le point de vue interne soit respecté que les règles soient des raisons d'agir, *quelle que soit la nature de ces raisons*. Il n'est pas nécessaire que ces raisons soient des raisons morales ou des raisons tenant au contenu des règles elles-mêmes ; il peut s'agir de raisons d'ordre stratégiques ou de recherche de reconnaissance d'autorité et de pouvoir de la part des officiels ou des juges. "Il n'est même pas vrai que ceux qui acceptent volontairement le système doivent se considérer eux-mêmes comme moralement tenus d'agir ainsi, bien que le système connaisse sa plus haute stabilité lorsqu'ils agissent de cette manière. En fait, leur allégeance au système peut se fonder sur une série de considérations différentes : des calculs d'intérêt à long terme, un souci désintéressé à l'égard d'autrui, une attitude non critique héritée ou traditionnelle, ou encore le simple désir d'agir comme les autres. Il n'y a en effet aucune raison qui empêche ceux qui acceptent l'autorité du système d'interroger leur conscience et de décider que, moralement, ils ne doivent pas l'accepter, mais que, pour diverses raisons, ils continuent à agir ainsi" (*Le concept de droit*, 2005, p. 220).

2. L'acceptation de la thèse behavioriste à l'égard des règles primaires

Indépendamment des apports que l'on peut trouver dans l'analyse économique du point de vue des "fondements" du droit à travers l'explication de la règle de reconnaissance, on peut encore observer que le fait que les citoyens se comportent à l'égard des règles primaires d'un point de vue "économico/rationnel" ne peut être considéré a priori comme une menace pour le concept de droit.

Hart avait déjà dans la première édition du *Concept de droit* pris soin d'observer que si les citoyens avaient ou pouvaient adopter un point de vue interne

¹⁴ Voir notamment l'explication du recours à la théorie des jeux dans Jules Coleman, *The Practice of Principle. In defense of a pragmatist approach to legal theory*, OUP, 2001, p. 92. "Arguably, Hart conceived the rule of recognition as what we would nowadays refer to as a "coordination convention", in the formal or game-theoretic sense".

d'acceptation à l'égard des règles au point d'y voir leurs raisons ou justifications d'agir et de jugement, cela n'était pas nécessairement le cas de tous les citoyens et que cela n'avait pas de conséquence sur l'existence du point de vue hartien d'un système juridique, dès lors qu'un système juridique est une union de règles primaires et secondaires et que seules les règles secondaires (en fait uniquement la règle de reconnaissance) ont besoin d'être regardées comme une règle sociale. Même si d'un point de vue sociologique le fait que les citoyens puissent voir dans les règles primaires des raisons mêmes de leur action peut renforcer la stabilité du système, cela n'est pas un élément déterminant (elles sont des règles de droit parce qu'elles sont "valides" en raison de la conformité de leur construction aux critères et aux tests du droit contenus dans les règles secondaires et notamment dans la règle de reconnaissance). Même si d'un point de vue politique, le fait que les citoyens adhèrent aux règles de droit fait du système juridique un système meilleur, cela n'est pas non plus nécessaire pour reconnaître dans le système un système juridique. Chez Hart, le "point de vue interne" et le "point de vue externe" n'opposent pas tant l'observateur extérieur et les participants du système que les participants entre eux. Il suffit de citer deux phrases clef dans le livre *Le concept de droit*.

a) "À tout moment, la vie de n'importe quelle société vivant sous l'empire de règles, qu'elles soient juridiques ou non, risque de connaître une tension entre ceux qui, d'une part, acceptent les règles, participent spontanément à leur maintien et considèrent ainsi leur propre comportement et celui d'autrui en fonction des règles, et ceux qui, d'autre part, rejettent les règles et n'y prêtent attention que du point de vue externe, comme étant le signe d'une peine éventuelle. L'une des difficultés auxquelles se heurte toute théorie du droit soucieuse de rendre justice à la complexité des faits, consiste à se souvenir de la présence de ces deux points de vue, et à ne pas considérer l'un d'eux comme inexistant".

b) "Lorsque nous avons affaire à une union de règles primaires et de règles secondaires, union qui constitue le modèle le plus fécond d'un système juridique, l'admission des règles comme normes communes au sein du groupe peut être dissociée d'une forme relativement passive d'acquiescement aux règles de la part des simples particuliers, qui consiste à leur obéir, chacun pour sa part seulement".

Hart ne nie pas que ce que Holmes a appelé le "bad man"¹⁵, le "méchant homme", existe et il reconnaît que l'existence de citoyens adoptant un point de vue externe ne met pas en danger la possibilité de reconnaître l'existence d'un système juridique dès lors que les juges eux-mêmes acceptent les règles secondaires du système juridique et y voient leurs raisons de juger. On observera encore avec B. Deffains¹⁶ que lorsque Hart, dans une de ces conférences, parle de Posner et de l'analyse économique appliquée au droit, c'est de façon apaisée et sans émettre de critique sur la thèse behavioriste relative au comportement des citoyens¹⁷.

¹⁵ "If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside it, in the vaguer sanctions of conscience" (O.W. Holmes, "The Path of Law", *Harvard Law Review*, 10, 18987, p. 461).

¹⁶ Voir note 8.

¹⁷ Hart, "American Jurisprudence through English Eyes : the Nightmare and the Noble Dream", 11, *Georgia Law Review*, n° 5.

3. Les menaces sur la stabilité du Concept de droit

Cependant, il devient urgent de se demander si l'introduction trop accueillante des thèses de l'analyse économique ne met pas en danger la stabilité du concept de droit et plus encore sa raison d'être en ramenant le positivisme hartien vers le positivisme austrien.

Il y a une double limite que Hart ne devrait pas franchir.

La première est la suivante : dès lors que l'attitude interne des citoyens à l'égard des règles de droit primaire n'est pas un élément essentiel du système, il devrait être considéré que l'acceptation, du point de vue interne, par les citoyens de la règle de reconnaissance est un élément essentiel qui distingue le droit fondé sur le pouvoir brut du droit fondé sur la légitimité et l'autorité. Pourtant, tout en reconnaissant que le cas est extrême et pathologique¹⁸, Hart a écrit aussi qu'"à la limite, le point de vue interne et l'usage normatif pourraient se limiter à la sphère des autorités" (p. 136)¹⁹.

Il est vrai que Hart vise ici le cas d'un système politique injuste où par exemple le pouvoir est confisqué par une minorité et auquel les citoyens ne peuvent accorder leur acceptation mais tout au plus sous la menace de la force leur obéissance (hypothèse qu'il appelle celle du "citoyen impuissant") et non le cas du "bad man" holmésien qui pourrait à la fois accepter la règle de reconnaissance tout en agissant de façon externe à l'égard d'une partie des règles primaires. Il paraît en tout cas difficile d'étendre, en suivant les prémisses de Hart, à un système où il serait dit que les citoyens ne pratiquent les règles que d'un point de vue purement externe en vertu du concept de droit la qualification de système juridique. Même en présentant le système juridique comme une union et une combinaison de règles primaires et secondaires, on ne peut supposer que la convention sociale qu'est la règle de reconnaissance puisse donner naissance à une obligation de la part des citoyens de respecter le droit créé par les "officiels" si les citoyens ne sont pas partie prenante à cette convention. Le système juridique minimal décrit par Hart dans le cas pathologique du "citoyen impuissant" n'est pas moins coercitif et pas moins incapable à expliquer l'existence d'une obligation juridique que ne l'était le système austrien.

La deuxième limite concerne une interrogation sur la stabilité du concept de droit fondé sur le seul comportement stratégique des juges hors toute idée de conviction. On ne cherchera pas ici à vérifier si les hypothèses de Posner sur le comportement des juges (voir références en note 11) sont compatibles avec le concept de droit hartien. Nous voulons simplement attirer l'attention avec Stephen

¹⁸ "Dans une société saine, ils (les citoyens) acceptent souvent en fait ces règles comme des modèles communs de comportement et reconnaîtront l'obligation d'y obéir ou même feront remonter cette obligation à l'obligation plus générale de respecter la constitution".

¹⁹ Théorisant l'observation, il ajoute qu'il y a par conséquent deux conditions minimales nécessaires et suffisantes pour qu'existe un système juridique. "La première condition est la seule à laquelle les simples citoyens doivent nécessairement satisfaire : ils peuvent obéir chacun pour sa part seulement et pour quelques motifs que ce soit (dans une société saine ils acceptent souvent en fait ces règles comme des modèles communs de comportement et reconnaîtront l'obligation d'y obéir ou même feront remonter cette obligation à l'obligation plus générale de respecter la constitution). Quant à la seconde condition, seules les autorités appartenant au système doivent également la remplir. Il faut qu'elles considèrent ces règles comme des modèles communs du comportement qu'elles adoptent dans l'exercice de leurs fonctions et qu'elles apprécient de manière critique leurs propres écarts de conduite et ceux de tout autre comme des manquements".

Utz²⁰ sur la menace pour le projet hartien d'une approche du droit en terme de "jeux".

II. La thèse descriptive et l'approche instrumentale du droit face au concept de droit fondé sur des règles

L'analyse économique ajoute à la thèse béhavioriste une observation qui en découle, celle de regarder le droit de façon instrumentale. Si les citoyens se comportent en fonction des avantages et inconvénients qui peuvent venir de l'application de la règle, en retour le juge dispose de la possibilité de mesurer les effets de ses décisions sur ces comportements et, à travers eux, sur certains résultats que ses décisions pourraient avoir sur la société. Pourrait-il y rester indifférent et ne pas en tenir compte, même si cela le conduisait à prendre en considération des faits, même *a priori* non pertinents au regard des analyses textuelles et sémantiques de la règle de droit ?

A. Première approche

Dans la pensée de Hart, il ne découle pas du fait que le droit soit fondé sur les règles que les règles puissent toujours servir de points de décisions dans tous les cas.

a) Les termes utilisés dans la règle ont une "texture ouverte" qui laisse dans certains cas une décision d'interprétation à prendre.

b) Cette décision relative à l'interprétation n'est en rien une opération qui pourrait être traitée de façon automatique par le recours à la logique (Hart est aussi conscient que les réalistes, Kelsen, Gény ou Posner que les méthodes d'interprétation ne sont en rien des procédés logiques).

c) Cette décision relative à l'interprétation relève plus d'un pouvoir discrétionnaire du juge que de la découverte du droit. En d'autres termes, si le fait que les juges aient besoin dans certains cas d'avoir recours directement à un jugement sur les conséquences de leurs décisions et sur les fins du droit, cela ne signifie pas que ces éléments font partie du droit.

d) Hart comprend ce pouvoir discrétionnaire de façon modérée²¹ et reconnaît que l'on puisse très bien, d'un point de vue instrumental ou pragmatique, distinguer des décisions plus adaptées ou intelligentes que d'autres.

e) Surtout, si, selon Hart, le fait que les juges aient besoin dans certains cas d'avoir recours directement à un jugement sur les fins de la règle ou sur les fins du droit, cela ne signifie pas que cela soit toujours nécessaire.

Un tel schéma peut encore assez facilement accueillir pour partie une approche économique du droit qui respecterait certaines précautions, je dirai des

²⁰ Voir Stephen Utz, "Le concept hartien d'obligation juridique", rapport au colloque "la dichotomie faits/valeurs, Aix, Laboratoire de théorie du droit, janvier 2008, à paraître : "Il est possible que Hart n'exige des juges et des divers fonctionnaires des systèmes juridiques que le point de vue de joueurs sérieux, rien de plus. Si c'est le cas, je suggère que son critère de distinction des systèmes juridiques n'est pas fidèle à sa théorie de l'obligation juridique. La disposition de joueurs, y compris de joueurs sérieux, n'est pas comparable à la disposition de ceux pour qui une loi est digne de respect dans leurs décisions pratiques. L'essence des jeux est qu'ils sont des exceptions à la vie normale. Hart lui-même décrit les règles de jeu comme étant "d'une portée très limitée", comparable aux vagues d'habillement. De telles règles sont justement celles auxquelles la gravité des normes morales ou des jugements moraux font défaut".

²¹ Contrairement à la présentation que Dworkin donne de la thèse de Hart sur le pouvoir discrétionnaire du juge.

précautions élémentaires (telles que celles que Richard A. Posner a introduit dans ses propositions sur l'analyse économique du droit²²).

Selon la version pragmatique de la décision judiciaire et la relecture qu'elle permet de l'analyse économique du droit, R. A. Posner peut présenter une théorie de l'adjudication qui reste encore, dans certaines limites, compatible avec le concept de droit de Hart.

a) Ce n'est que lorsque la règle de droit, contenue dans le précédent ou dans la loi, n'est pas clairement impérative dans le cas à trancher, qu'il est utile de tenir compte des conséquences de la décision sur la société et d'adapter la règle de droit selon l'expérience.

b) Dans la refondation de l'analyse économique du droit qui est entreprise par Posner dans le cadre du pragmatisme, l'économie, comme les sciences sociales, ont un rôle à jouer dans l'approche pragmatique du droit qui doit animer les juges car sans le recours à ces sciences les propositions pour un droit antidogmatique, instrumental et empirique deviendraient assez largement vides de signification. L'économie est une science instrumentale par excellence. Elle permet de modéliser les comportements et de prévoir les conséquences des règles. R. A. Posner émet ainsi l'hypothèse selon laquelle certains concepts économiques seraient en mesure de rendre compte du contenu des règles de droit élaborées par les juges. Sa première vérification sous forme d'analyse doctrinale donne naissance à la thèse connue sous le nom de "thèse descriptive" (selon la typologie proposée par Lewis Kornhauser, art. précité). Selon cette thèse, les règles, les précédents, voire les principes de la *common law* sont efficaces et cette efficacité est un instrument pour rendre compte, expliquer et faire vivre l'application du droit²³.

c) Dans une telle refondation, l'économie ne joue pas le rôle d'un nouveau dogmatisme permettant de déduire des conséquences dans tous les cas à partir d'un petit nombre de concepts, étrangers aux lois, aux traditions et ne résultant que de constructions doctrinales arbitraires. Une analyse économique du droit insérée dans une approche pragmatique du droit ne fait plus de la maximisation du bien être une finalité unique et absolue destinée à s'appliquer dans tous les cas. D'une part, l'approche pragmatique du droit conduit Posner à reconnaître que les règles de droit, quand elles sont claires et déterminées, contenues ou non dans des précédents, doivent en principe être respectées et que lorsqu'elles ne le sont pas, l'approche économique ne peut au mieux être pertinente que dans certains domaines ; elle n'est pas adoptée aux domaines qui concernent les valeurs de redistribution ; elle doit être exclue des questions morales où elle est controversée ; elle peut en revanche être d'un plus grand secours dans les domaines de la justice correctrice.

d) Certes le pragmatisme invoqué n'est pas pleinement de nature à éviter tous les reproches adressées à l'analyse économique appliquée au droit. Il ne fait pas de doute que la comparaison par exemple entre R. A. Posner et Holmes fait apparaître une différence majeure entre l'empirisme expérimental dans le prolongement de la philosophie pragmatique et du scepticisme à l'égard des dogmes de l'un (Holmes) et le dogmatisme économique de l'autre (Posner). Certes, Holmes introduit des thèmes

²² Voir supra la note 3.

²³ La thèse a été défendue dans l'ouvrage classique de Posner, *Economic analysis of law*, plusieurs fois réédité et dans des articles classiques notamment en ce qui concerne le droit de la responsabilité. Voy. William M. Landes and Richard A. Posner, *The economic structure of Tort Law*, Harvard U.P., 1987. La thèse descriptive a été critiquée dès qu'elle a été exposée, notamment parce que selon ces critiques aucun critère antique ne permet de rendre compte ni de l'ensemble ni même d'un domaine limité de la *common law*. Voir J.M. Balkin, "Too good to be true : the positive economic theory of law", book review essay on *The economic structure of Tort Law* by Landes and Posner, 87, *Columbia Law Review*, 1987, p. 1447.

qui seront ceux d'une partie de l'analyse économique du droit : le juge doit se comporter selon l'expérience en tenant compte des conséquences des décisions qu'il va rendre compte tenu des réactions du méchant homme (le droit est affaire d'expérience). Et il doit, dit-il, se comporter notamment en économiste. Mais Holmes ne propose aucun dogme économique destiné à remplacer les dogmes du droit de son temps, bien au contraire, il exclut l'existence de tout dogme économique dans le droit comme en témoigne sa célèbre opinion dissidente dans l'affaire *Lochner*²⁴. Posner a bien vu la différence et il a cherché à la contenir en faisant remarquer que le conceptualisme économique ne pouvait pas être en soi une erreur de méthode, l'expérience ne pouvant prospérer que dans la vérification de théories et en montrant que les tentatives avortées des réalistes de faire advenir plus d'empirisme dans le droit ont tenu précisément à leur absence de théories et de concepts cohérents²⁵.

B. Questions complémentaires

Le rapprochement des deux ensembles, le rapprochement entre celui issu de la théorie de Hart sommairement exposée plus haut et celui issu de la théorie de Posner tout aussi sommairement exposée ici, laisse apparaître une relative compatibilité, sous la réserve que les points suivants soient abordés.

a) Le nombre des questions où les règles de droit sont suffisamment déterminées pour que le juge puisse statuer sur le modèle des règles sans avoir à tenir compte en priorité des conséquences de sa décision et jouer un rôle d'ingénieur social. Il semble que Posner ait une tendance à exagérer les cas où les solutions ne se trouvent pas dans les règles, alors que Hart a tendance à penser que les cas couverts par les règles sont très largement majoritaires.

b) Hart et Posner semblent à peu près d'accord pour ne pas faire figurer dans le concept de droit les finalités sociales. Mais leur conception du pouvoir discrétionnaire du juge pourrait encore opposer leurs positions, surtout si l'on tient compte des dernières versions des thèses de Posner. Contre toutes les précautions antérieures et sa réflexion sur les conditions d'une certaine "objectivité conversationnelle" dans le droit, Posner en est arrivé à affirmer avec brutalité que l'on pouvait ramener le choix judiciaire à un choix purement politique, thèse à laquelle Hart n'a jamais adhéré.

c) Hart s'est souvent contenté de faire observer que les finalités (le droit tel qu'il devrait être) ne renvoient pas nécessairement à une finalité morale ou à une finalité qui serait discutée du point de vue de la morale. Il admet donc par principe que des critères comme celui de l'efficacité puissent être utilisés par les juges

²⁴ *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905). Dans ce qui est une de ses plus célèbres opinions, Holmes écrivait sous la décision majoritaire dans le cas *Lochner* que "the 14th Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics. [...] A Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of laissez faire".

²⁵ "Les projets empiriques des réalistes qui non seulement ont failli mais en tombant ont donné des recherches empiriques une mauvaise réputation dans le monde académique du droit illustrent la futilité d'une investigation empirique sevrée de tout schéma théorique", *Overcoming Law*, précité, 1995. Je ne veux pas prendre ici partie sur un point qui m'engagerait bien au-delà de l'objet de cet article, mais force est de s'interroger sur le caractère dogmatique de la science économique sur laquelle repose chez Posner l'analyse économique du droit. Voir, dans cette livraison des *Cahiers de méthodologie juridique*, Éric Millard, "L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique"; Voir aussi Jason Scott Johnston, "Law, economics, and post-realist explanation", 24, *Law and Society Review*, 1990, p. 1217. Pour un prolongement du rapprochement/ éloignement entre Posner et Holmes et le réalisme juridique, voir Thierry Kirat, "La pragmatisme de Richard Posner : un regard critique", 21 mars 2005, CNRS IRIS/CREDEP.

lorsque le contexte d'application du droit le rend pertinent. Mais il convient d'ajouter que Hart est sensible à l'incapacité de s'en remettre à un seul critère pour rendre compte de la diversité des valeurs, des intérêts et des objectifs auquel le système juridique a à faire face. Dans le seul texte où il fait état de l'analyse économique du droit, c'est précisément l'objet d'une de ses remarques²⁶.

²⁶ Dans la conférence, précitée, prononcée aux États-Unis dans les années 1970 (supra, en note 17), Hart conteste avec beaucoup de finesse (et de distance) la tentative posnérienne d'expliquer le droit de la responsabilité par une seule variable et toute tentative de ramener le droit, même dans un domaine étroit, à l'utilité sociale indépendamment des droits individuels. La comparaison des méthodes devrait naturellement conduire à poursuivre avec un autre ouvrage de Hart co-écrit avec T. Honoré, *Causation in the Law*, Clarendon Press, second edition, 1985.