



HAL
open science

Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique

Thierry Kirat

► **To cite this version:**

| Thierry Kirat. Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique. 2005. halshs-00004517

HAL Id: halshs-00004517

<https://shs.hal.science/halshs-00004517>

Preprint submitted on 31 Aug 2005

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique

Thierry KIRAT
CNRS – IRIS/CREDEP
Université de Paris-Dauphine

Version provisoire, 11 mars 2005

Texte de la communication à la journée d'étude *Les philosophes pragmatistes et les économistes : quelles proximités ?*, IDHE-ENS de Cachan, 11 avril 2005.

Résumé

L'article offre une analyse critique de l'affirmation selon laquelle la théorie économique du droit de Richard A. Posner s'inscrit dans le droit fil de la tradition méthodologique du pragmatisme. Si l'ambition des juristes pragmatistes comme Holmes, Cardozo ou Llewellyn était de mettre à jour les ressorts extrajuridiques, hors de la logique juridique classique, de la décision judiciaire, Posner réduit ce projet en affirmant que le juge américain se prononcerait en mimant les résultats (efficaces) auxquels le marché aurait pu mener si son fonctionnement n'avait pas été contrarié par des obstacles comme des coûts de transaction, des effets externes, des défauts d'information, etc. En d'autres termes, le juge décide au regard d'un critère de *wealth maximization*. Cette position est peu conforme aux règles de la méthode pragmatiste : elle prend une certaine distance avec les faits et l'expérience pratique de la décision judiciaire, et constitue plus une position normative qu'un résultat empirique.

Abstract

The paper offers a critical analysis of the Richard A. Posner's statement that his economic theory of law is a new branch of the pragmatism tree. The Legal Realists such as Holmes, Cardozo and Llewellyn wished to discover the extra-legal factors of judicial rulings, beyond the so-called rational, abstract, deductive and neutral reasoning process that the Classical Legal Thought considered as the model of judicial decision. Posner narrows that sensibility : he predicts that the American judge mimicks the (efficient) outcomes that the market should have generated if factors like transaction costs, externalities, information asymmetries did not have prevented its operation. In other words, the Posnerian judge decides on the ground on wealth maximization criteria. That argument does not fit with the pragmatist methodology : its link to both the facts and practical experience of judicial rulings is weak. It is more a normative judgment than an empirical outcome.

Je me propose, dans cet article, d'évaluer la réalité de l'affirmation de Richard A. Posner, père fondateur du courant *Law and Economics*, selon laquelle sa théorie économique du droit s'inscrit dans le droit fil de la tradition méthodologique du pragmatisme.

En effet, cette affirmation de Posner est explicite, comme en témoignent à titre d'exemple l'édition par ses soins de jugements et de textes du juge Oliver W. Holmes, un des grands juges de la cour suprême des Etats-Unis et théoricien du droit, ou la publication d'un article intitulé « *A Pragmatist Manifesto* » (Posner, 1985). On pourrait alors s'attendre à ce que l'attachement au pragmatisme établisse un lien intellectuel entre Posner et un autre père fondateur, celui de la *Law&Economics* institutionnaliste, John R. Commons.

A cet égard, si Posner se réfère fréquemment aux juristes pragmatistes américains des premières décennies du 20^{ème} siècle du courant du *Legal Realism* comme Holmes, Cardozo ou Llewellyn, il ne cite jamais le nom de Commons. Par ailleurs, si l'ambition des juristes pragmatistes était de mettre à jour les ressorts extrajudiciaires, hors de la logique juridique classique, de la décision judiciaire, Posner réduit ce projet en affirmant que le juge américain se prononcerait en mimant les résultats (efficaces) auxquels le marché aurait pu mener si son fonctionnement n'avait pas été contrarié par des obstacles comme des coûts de transaction, des effets externes, des défauts d'information, etc. En d'autres termes, le juge décide au regard d'un critère de maximisation des richesses (*wealth maximization*). De mon point de vue, cette position est peu conforme aux règles de la méthode pragmatiste : elle prend une certaine distance avec les faits et l'expérience pratique de la décision judiciaire, et constitue plus une position normative qu'un résultat empirique.

Il n'est pas aisé de fixer une frontière entre les juristes pragmatistes et les autres juristes au sein de la pensée critique américaine à laquelle il sera fait référence dans ce texte. Les classifications des différents auteurs clés, tous partie prenante à la critique de la *Classical Legal Thought* (ci-après notée CLT), au-delà d'un noyau dur assez bien identifié, varient selon les spécialistes. Roscoe Pound et sa *Sociological Jurisprudence* sont considérés par certains comme une des composantes du mouvement pragmatique tant sa proximité au courant du *Legal Realism* est grande¹, alors que pour d'autres, comme Friedman (1965), la théorie de Pound relève davantage du positivisme analytique que du positivisme pragmatique. On notera que la *Sociological Jurisprudence* et le *Legal Realism* partagent des éléments méthodologiques communs, liés à la philosophie du pragmatisme : les protagonistes des deux courants n'ont pas éludé la question pragmatique de la signification empirique des concepts juridiques et, au-delà, du langage juridique.²

Le mouvement *Law and Economics* est souvent présenté comme un des héritiers, et non des moindres, de la pensée juridique critique incarnée par le courant du *Legal Realism* (Duxbury, 1995 ; Mercurio et Medema, 1997) ; Richard Posner, nous l'avons dit, proclame explicitement son attachement au pragmatisme. Ces affirmations n'ont pas manqué de surprendre d'éminents théoriciens du droit et juristes américains, dont Morton Horwitz (1992) avec qui je partage un certain scepticisme quant à l'authenticité de l'ancrage réaliste et pragmatique de l'analyse économique du droit de Posner. Je me propose d'étayer ce scepticisme en procédant à une comparaison du pragmatisme juridique des Réalistes avec le contenu de l'analyse posnérienne du droit. En d'autres termes, je me propose de « tester » le pragmatisme de Posner à plusieurs niveaux. Je retiens trois questions qui me semblent couvrir l'essentiel des positions pragmatiques-réalistes développées par Holmes, Cardozo, Llewellyn ou Hale et d'autres dans les premières décennies du 20^{ème} siècle, par rapport auxquelles je situerai les thèses de Posner. En premier lieu, j'établirai un tableau des manières de « penser le droit » que les réalistes ont développé en réaction au conceptualisme de la CLT. En deuxième lieu, je resserrerai mon propos sur les questions de la théorie de la connaissance et de l'expérience et leur analyse par les réalistes. Enfin, je préciserai les termes dans lesquels les juristes réalistes et Posner posent le rapport entre le raisonnement judiciaire et la question du politique dans

¹ Pour un exposé sur ce point, voir Serverin (2000).

² Les tenants du positivisme analytique (Hohfeld, Kocourek, Pound, Odgen, Richards, Williams) ont été sensibles à la question du sens des mots et des concepts juridiques et on conduit des analyses « guère éloignées de la 'logique de l'investigation' de Dewey, cette 'logique expérimentale et souple' qui cherche à clarifier une situation confuse en classifiant un effet réciproque de questions et de solutions possibles. » (Friedman, 1965, pp. 227-228).

l'activité des tribunaux. Je conclurai que Posner pratique une version faible, voire édulcorée, du pragmatisme juridique.

1. Penser le droit : anticonceptualisme, conséquentialisme et séparation du droit et de la morale

L'orthodoxie juridique née de la volonté des juristes américains de la deuxième moitié du 19^{ème} siècle, notamment au sein de la Law School de Harvard, de rationaliser la *common law* des Etats-Unis, a été assez rapidement et vivement contestée par plusieurs générations de juristes critiques de la CLT, entre la fin du 19^{ème} siècle et les années quarante. La pensée juridique critique est une certaine nébuleuse de juristes dont l'hétérodoxie s'est exprimée sur plusieurs plans, mais à partir d'un fonds commun de critiques : la méthode rationnelle, déductive et logique de la doctrine établie par Langdell et ses épigones et revendiquée par les juges, notamment ceux de la Cour suprême, jette un voile sur la réalité de l'activité de production et de mise en œuvre des concepts juridiques dans une société sujette à des changements sociaux majeurs. Le « conceptualisme » et le formalisme logique de la CLT ont été soumis à plusieurs niveaux de contestation, assez hétérogènes : soit de la part de juristes « positivistes analytiques » qui ont entrepris de déconstruire les catégories de la CLT, comme cela a été le cas avec Hohfeld dans les premières années du 20^{ème} siècle ; soit de la part de juristes qui, comme Pound, ont cherché à retrouver l'esprit authentique de la *common law*. Pour ces derniers, les juristes orthodoxes qui se sont plus inspirés des pandectistes européens que de la méthode de la *common law*, en ont perdu l'esprit : sa capacité à faire face, de manière décentralisée, expérimentale et empirique, au changement social. La *Sociological Jurisprudence* de Pound n'est finalement rien d'autre qu'une théorisation de la capacité perdue, dans la CLT, de la *common law* à réguler les conflits d'intérêts dans le sens du bien-être de la collectivité. Enfin, les juristes du courant du *Legal Realism*, qui a prospéré des années 1920 aux années 1940, avaient le projet d'articuler les méthodes juridiques aux sciences sociales, en faisant apparaître les conséquences économiques, sociales ou politiques de la réalité des processus judiciaires : la neutralité de la logique abstraite affirmée par les juristes et les juges dissimule un ensemble de préconceptions, de préférences politiques et de valeurs sociales que les réalistes ont mis en discussion, dans une orientation socialement progressiste.

Sans aller plus avant dans le détail des orientations de la pensée juridique critique, je m'en tiendrai ici aux visions réalistes, inspirées par la philosophie du pragmatisme, de Holmes et Llewellyn.³

1.1. Logique vs conséquentialisme

La conception de Holmes revient à définir le droit sous l'angle de ses conséquences ; elle est devenue une « sorte d'évangile » (Friedman, 1965, p. 247) dont le support philosophique a été trouvé dans le pragmatisme. Le problème de l'évaluation du droit sous l'angle de ses effets figure à cet égard parmi les éléments-clé de la vision pragmatique présentés par Karl Llewellyn (1931). Il est également une dimension importante du mouvement *Law and Economics* dont Posner a été le maître d'œuvre. Peut-on admettre que l'idée conséquentialiste

³ Oliver Wendell Holmes a été juge à la Cour suprême des Etats-Unis pendant une trentaine d'années à partir des premières années du 20^{ème} siècle. Karl Llewellyn a été le maître d'œuvre de l'*Uniform Commercial Code*.

est une constante pragmatique qui unit les juristes critiques du début du 20^{ème} siècle et Richard Posner ? A cet égard, la réponse à cette question demande d'appliquer une maxime pragmatique à l'analyse du contenu pratique d'énoncés rhétoriques. En d'autres termes, je me propose de vérifier si les « conséquences » de Holmes et Llewellyn d'une part et de Posner d'autre part sont équivalentes.

La thèse de Holmes est marquée par l'empreinte du pragmatisme : les conséquences des décisions de justice doivent être évaluées au regard de leur adaptation aux « nécessités ressenties du temps présent », c'est-à-dire à des attitudes sociales vis-à-vis de ce que le droit devrait être dans une société et à une époque données, dans un domaine donné de relations juridiques. L'opinion dissidente de Holmes dans l'arrêt *Lochner vs. New York* (1905) est un signe de cette vision : en se démarquant de la majorité des juges de la Cour suprême qui avait décidé de barrer pour cause d'inconstitutionnalité une loi de l'Etat de New York réglementant la durée du travail dans le secteur de la boulangerie, il affirma que « Le 14^{ème} amendement ne donne pas force de loi à la théorie sociale statique de M. Herbert Spencer (...) » et que « (...) une constitution n'a pas vocation à incorporer une théorie économique particulière, qu'elle soit paternaliste et liant les citoyens à l'Etat dans une relation organique, ou en faveur du *laissez-faire*⁴ ». De son point de vue, dans un cas comme *Lochner v. New York*, il faudrait adapter le contenu des énoncés juridiques à l'expérience sociale, c'est-à-dire à « l'opinion dominante », donc à un contexte matériel et à des représentations collectives formées dans ce contexte. Or, selon Holmes, l'expérience sociale voit dans la loi de l'Etat de New York, une première étape vers ce qui est, socialement, une inéluctable réglementation de la durée du travail.

Dans l'analyse de Llewellyn, le droit est considéré dans des termes instrumentaux : le droit est moins un ensemble de règles normatives abstraites qu'un ensemble de moyens de réaliser certaines finalités, ou un instrument de la régulation publique (Cotterrell, 1989, p. 185). Les positions réalistes ne sont pas éloignées d'une conception du droit comme activité, qui met en jeu la pratique administrative et les comportements des justiciables et des juges. L'invitation à prendre en considération les conséquences du droit en action revient, dans l'analyse de Llewellyn, à observer la portée pratique des processus juridiques. Cette portée pratique n'est pas rapportée à un modèle normatif de référence; elle concerne la mesure de la régulation juridique en tant que « moyen de contrôle social qui n'exerce pas seulement une fonction répressive mais aussi une fonction d'organisation et de direction... » (Treves, 1995, p. 124) dont la trace la plus forte peut être trouvée dans son ouvrage co-écrit avec un anthropologue, Hoebel, sur le droit des indiens Cheyenne (1941).

Richard Posner signale explicitement sa double filiation, avec la philosophie du pragmatisme et avec le réalisme juridique. Sur ce dernier plan, il affirme que :

« Le droit n'est pas un texte sacré (...) mais une pratique sociale habituellement monotone vaguement bornée par des convictions éthiques et politiques. La solidité des interprétations du droit et d'autres propositions juridiques est, ainsi, susceptible d'être évaluée avec justesse par l'examen de leurs conséquences dans le monde des faits. » (R. Posner, 1995).

Pour autant, le conséquentialisme de Posner est d'une nature différente de deux grands juristes évoqués précédemment. Alors que les Réalistes considéraient l'activité juridique au regard des enjeux sociaux et de l'équilibrage des intérêts sociaux et privés dans une société en changement continu, Posner s'attache à l'évaluer à partir de ses effets économiques définis

⁴ Holmes, opinion dissidente dans *Lochner v.* 1905 - reproduit dans Fischer III et al., 1993, p. 26.

dans le langage de la théorie microéconomique, c'est-à-dire en référence à un modèle *a priori*, à la fois explicatif des conduites humaines et normatif.

La question du conséquentialisme est finalement une source de confusions entre les positions des juristes réalistes et celle de Posner. Horwitz a bien résumé les termes de la confusion :

« L'assertion courante selon laquelle le mouvement politiquement conservateur de Law and Economics est l'héritier authentique du Réalisme juridique au nom du fait que les deux partagent une approche instrumentale et conséquentialiste du droit ne peut être acceptée qu'à la condition de traiter le réalisme, pour reprendre les termes de Karl Llewellyn, comme une simple « méthodologie », ou une « technologie » entièrement distincte de ses finalités progressistes sur les plans de moral et politique. A la lumière des brillantes analyses des conditions sociales et politiques sous-jacentes au marché offertes par les réalistes, ce serait une ironie particulière que de voir le mouvement Law and Economics réussir à rétablir l'image réifiée du marché comme neutre, naturel et nécessaire, que la pensée juridique classique avait entretenu. » (Horwitz, 1986, p. 270).

1.2. Le droit et la morale

Les juristes réalistes-pragmatistes, comme Holmes, Gray ou Frank, avaient une conception empirique et sceptique du droit. Loin de considérer que la logique juridique déductive est la clé de la compréhension de l'activité des tribunaux, les réalistes-pragmatiques se sont employés à saisir les ressorts non judiciaires des décisions des juges. Ils se sont saisis de l'explication des fondements de l'activité des tribunaux. Holmes a placé la discussion sous l'angle des justifications de la fonction de juger. Il a contesté la tentation pour la pensée juridique américaine de fonder sur la « métaphysique allemande » héritée de Kant et Hegel l'empire du droit judiciaire de *common law*. L'idée que la légitimité du droit judiciaire repose sur la morale ou sur des principes métaphysiques (comme l'impératif catégorique) et que les tribunaux jugent au regard de critères moraux – nul ne serait être condamné en responsabilité s'il n'a pas fait preuve d'une faute morale – est, pour Holmes, une « *fallacy* ». Elle n'éclaire en rien l'expérience judiciaire ; elle n'est pas une philosophie satisfaisante et utile sur le plan pratique, capable de constituer, selon le vœu de Holmes, une base pour l'explication et la mise en œuvre des concepts de la *common law* (Howe, 1963 p. xv).

De plus, Holmes avait du droit une vision historico-génétique : pour comprendre la structure et les concepts de la *common law* de son temps, il a puisé dans l'histoire du droit un certain nombre de leçons ; cette *common law* n'était explicable ni par la théorie d'Austin, ni par celle de Kant ou Hegel.

- à la théorie austienne du droit comme « commandement du souverain » il opposait l'argument que « les forces qui opèrent sur le processus judiciaire sont tellement multiples et multiformes que l'analyse simpliste du droit d'Austin s'avère imprécise du point de vue descriptif et non vraie (*untrue*) du point de vue scientifique » (Howe, 1963, p. xviii) ;
- à la métaphysique allemande, il opposait l'argument que la vie de la *common law* a plus à voir avec l'expérience et la *policy*⁵ mise en œuvre par les juges qu'avec des principes philosophiques abstraits comme l'impératif catégorique kantien ou la vision hégélienne de la dialectique de l'esprit dans l'histoire.

⁵ « *Policy* » est intraduisible en français. M. O'Lasser le signale à juste titre dans son étude des facteurs non juridiques dans la décision judiciaire en *common law* et dans les pays de droit civil : « *There is, quite simply, no French word for 'policy'* » (Lasser, 2001, p. 892).

Le rejet de la morale et, corrélativement, de la part de la philosophie morale dans la vie du droit, est partagé par Posner. Comme le notent à juste titre Sophie Harnay et Alain Marciano :

« Considérer que les actions individuelles ont un fondement moral là où elles n'en ont pas ne permet en rien d'améliorer la compréhension du fonctionnement de la société et ne fait qu'accroître artificiellement le champ de la philosophie morale. » (Harnay et Marciano, 2003, p. 33).

Il est à cet égard important de préciser la signification du rejet de la référence morale respectivement chez Holmes et Posner. Chez Holmes, la question de la morale est posée en tant que base de la légitimité du droit et comme clé de la compréhension de l'histoire de la *common law*, alors que chez Posner elle l'est dans les termes de motivations des conduites humaines, du comportement de l'individu rationnel. En retenant l'hypothèse de la rationalité maximisatrice, Posner peut considérer que le droit n'est finalement rien d'autre qu'un système de prix, une institution dont la logique est économique. Or, cette double hypothèse n'est en rien le produit d'une enquête expérimentale au sens de la philosophie pragmatique : elle relève d'une axiomatique ordinaire dans le champ de la microéconomie. On peut à ce point s'interroger sur le visage à la Janus de R. Posner : en tant que juriste, il est pragmatique ; en tant qu'économiste, il ne l'est pas. Mais quelle est la compatibilité entre un modèle explicatif du droit et des comportements fondé sur les hypothèses microéconomiques standard, et une revendication d'appartenance au pragmatisme qui, justement, réfute la validité de modèles rationnels *a priori* ?

1.3. Le droit et l'économie

Une ligne de fracture se dessine clairement entre le pragmatisme des juristes critiques et celui de Posner au regard du rapport à l'économie politique. En effet, les juristes de la *Sociological Jurisprudence* et ceux du courant réaliste, ainsi que les économistes institutionnalistes comme Ely, Seligman ou Commons, ont entrepris de réaliser une critique de l'économie politique classique. Plus précisément, les juristes réalistes ont repris à leur compte les critiques de l'économie classique développées par les économistes au cours de la période charnière du capitalisme et de la société américains qu'a été la *Progressive Era* (1890-1913)⁶. Les transformations du capitalisme, avec la concentration des entreprises, l'émergence de considérables pouvoirs économiques privés, la question sociale, l'apparition du concept d'utilité publique comme base de légitimation d'une réglementation des tarifs de certains monopoles privés, constituent des références objectives par rapport auxquelles l'économie classique a été mis en défaut. Les réformateurs de cette période ont affronté la question des limites du libéralisme économique qui apparaissent avec la vision smithienne de l'intérêt collectif et du bien-être social comme produit des intérêts particuliers. L'émergence d'un régime réglementaire interventionniste dans les domaines des relations de travail, de la fiscalité, de la concurrence, a été une dimension clé de la période (Alexander, 2001).

Pour des économistes comme Ely, Seligman ou Commons « le marché n'était pas toujours autorégulateur et la liberté contractuelle, fondement du *laissez-faire*, n'accroissait pas toujours la richesse » (Alexander, 2001, p. 13). Influencés par l'historicisme allemand, les économistes institutionnalistes ont entrepris de s'émanciper de la théorie classique anglaise, dont la vision naturaliste de la concurrence et du marché a été remplacée par une conception réaliste et relativiste des processus économiques, orientée vers la compréhension des réalités du moment (Duxbury, 1995 ; Hovenkamp, 1995 ; Mercurio et Medema, 1997). Les thèses de

⁶ Lawrence Friedman (2002) en offre une présentation synthétique.

Commons, notamment celles exposées dans son *Legal Foundations of Capitalism* (1924), sont la forme la plus achevée de la critique de l'économie politique classique (Bazzoli, 1999). Or, on peut admettre avec Alexander que la manière probablement la meilleure de considérer la relation entre les économistes progressistes et les juristes réalistes est

« de voir dans le réalisme une extension du projet des progressistes comme Ely et Commons » (Alexander, 2001, p. 18).

Le contraste avec Posner est alors saisissant. Avec lui en effet, la pertinence des références à la science économique comme base de jugement du capitalisme et des processus économiques disparaît de l'agenda. L'analyse microéconomique devient l'*alpha* et l'*omega* d'une vision du droit de la *common law* orientée vers l'efficacité dans l'allocation des droits. Plus encore, la persistance d'une composante institutionnaliste dans le champ de la *Law and Economics* est considérée comme un résidu de l'histoire, et l'émergence d'une nouvelle forme d'institutionnalisme avec la *New Institutional Economics* d'Oliver Williamson est discréditée avec une certaine brutalité par Posner.⁷

2. Théorie de la connaissance et expérience juridique

La sensibilité pragmatique pour la signification du langage juridique a marqué aussi bien les juristes positivistes analytiques (Hohfeld, Kocourek) que les positivistes pragmatiques *stricto-sensu* (Friedman, 1965).

2.1. « La vie du droit n'est pas logique : elle est expérience »

Les apports d'Oliver W. Holmes à une théorie pragmatique du droit sont considérables. Juge à la Cour suprême des Etats-Unis de 1902 à 1930, chef de file des réalistes, il écrivait en 1888 dans les premières lignes de *The Common Law* que :

« La vie du droit n'est pas logique ; elle est expérience ».

La vie du droit n'est pas logique en ce sens que la décision judiciaire ne peut être assimilée à une application du syllogisme judiciaire (qui comprend la séquence logique suivante : une majeure — tuer est puni — une mineure — l'acte jugé est un crime — et une conclusion — l'acte est crime, donc il sera puni) ; de son point de vue, « *We decide, then we deduce* » : les juges décident, puis justifient en droit la décision prise. Holmes exprimait son scepticisme sur la portée d'une conception formaliste du droit, entendu comme ensemble de préceptes normatifs de conduite, du type : « personne ne saurait faire usage de sa propriété pour porter préjudice à celle d'autrui ». En effet, pour Holmes, l'expérience sociale montre que

« les gens font tout le temps légalement usage de leur propriété et portent ainsi atteinte à la propriété d'autrui » (Holmes, cité dans Menand, 1997).

⁷ Voir les actes du colloque « Law and Economics Meets New Institutional Economics », où les échanges entre Posner et Williamson ne s'avèrent pas vraiment marqués par l'estime réciproque. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1993.

Holmes soutenait alors l'idée que ce n'est pas en référence à des principes et par l'application déductive du syllogisme judiciaire que les cas sont réglés par les tribunaux : la base de la décision des tribunaux repose sur l'expérience. Mais comment faut-il interpréter cette « expérience » ? La tradition anti-pragmatique s'est employée à trivialisier l'expérience de Holmes considérant que, finalement, elle n'est autre que l'expression de l'humeur du juge, la décision dépendant de « ce que le juge a pris à son petit déjeuner », c'est-à-dire de son curriculum personnel.⁸ L'expérience c'est le nom que Holmes donne « à tout ce qui résulte des interactions humaines avec l'environnement » : les croyances, les valeurs, les coutumes, c'est-à-dire « les nécessités perçues du temps » ou, en d'autres termes, la culture. Cette conception apparaît clairement dans son opinion dissidente dans *Lochner*, lorsque Holmes précise que le fait que les juges soient convaincus que des propositions générales permettent de régler des cas concrets est une erreur.

La thèse de Posner est exempte de ce genre de considérations, que l'on voit par ailleurs reprises et actualisées dans des travaux pragmatiques critiques de *Law and Economics* (Malloy, 2000). L'affinité de Posner avec Holmes se réduit en fait au plus commun dénominateur des deux courants, à savoir que la décision judiciaire n'est pas le produit d'une raison purement logique et formelle.

2.2. Le droit et les comportements

La théorie positiviste-normativiste de Kelsen fait du droit un « commandement assorti de menaces », celle d'Austin y voit un « commandement du souverain » de se comporter de telle ou telle façon. A ces conceptions impérativistes du droit, peuvent être opposées aussi bien les thèses de Holmes que de Posner : elles offrent en effet des regards à première vue similaires sur le droit entendu comme le fondement de comportements actifs vis-à-vis des règles. Holmes, dans son article *The Path of the Law*, publié en 1897, donne du droit une vision empirique et sceptique qui trouvera une certaine postérité (Friedman, 1965, p. 246-247) : la théorie du droit comme prédiction de ce feront les juges :

« Prenez la question fondamentale de ce qui constitue le droit... Vous trouverez des faiseurs de manuels pour vous dire... que c'est un système de raison, que c'est une déduction de principes de morale ou d'action admises, ou n'importe quoi qui peut ou non coïncider avec la décision. Mais si nous nous plaçons au point de vue de notre ami, le méchant, nous verrons qu'il se moque de l'action ou de la déduction ; tout ce qu'il veut savoir, c'est ce que les tribunaux du Massachusetts ou d'Angleterre décideront en fait. Je suis assez de son avis. *Les prophéties sur ce que feront en fait les tribunaux, sans aucune autre prétention, voilà ce que j'entends par le droit.* » (Holmes, cité par Friedman, 1965, pp. 246-47, je souligne).

La prédictibilité de la décision judiciaire est moins un enjeu pour le « méchant » (*bad man*) que pour les professionnels du droit, en particuliers des avocats. Cette idée, reprise par Llewellyn à l'appui de son approche du comportement judiciaire, revient à mettre au premier plan de l'agenda réaliste l'interdépendance entre des études comportementales (behavioristes) de la décision judiciaire et l'environnement institutionnel dans lequel elles s'inscrivent. Dans les termes de Roger Cotterrell :

« Llewellyn's behavioural perspective on law becomes a perspective on courts and judiciaries (and other components of the legal world) as *institutions* ... - stable patterns and structures of behaviour operating within a set of normative expectations about, for example, the right way to do the job of judging, the right way to organise a court and a hearing, the right way to read precedent cases, the right way to reach and justify decisions. » (Cotterrell, 1989, pp. 196-197).

⁸ Sur ce point, voir Serverin (2000).

Or, selon Llewellyn, les interactions entre les comportements des juges et leur contexte institutionnel ne sont pas données une fois pour toutes ; elles évoluent dans le temps, dans la mesure où les structures faites d'institutions et de comportement se stabilisent, temporairement, dans ce qu'il appelait des « *period-styles* ». Au régime culturel dominé par le « *Formal Style* », correspondant aux canons de la CLT, succède la période de ce qu'il qualifiait de « *Grand Style* » : les styles de jugement deviennent marqués par la nécessité de faire vivre le droit au regard de finalités publiques, collectives (*policy*), d'anticiper les conséquences futures des règles mises en discussion, et de poursuivre le projet d'élaborer le droit le meilleur pour l'avenir. C'est dans cet esprit que Llewellyn a grandement contribué à l'élaboration de l'*Uniform Commercial Code* dans les années quarante.

L'analyse posnérienne est nettement différente de celles de Holmes et Llewellyn. En effet, en utilisant un modèle microéconomique *a priori*, destiné à expliquer la rationalité des comportements individuels, Posner ramène les conduites individuelles – celles des justiciables comme celles des juges – à des comportements de maximisation de l'utilité. Les références extérieures aux individus sont alors réduites à la figure du système juridique assimilé à un système de prix. Les justiciables ne se conforment à la règle de droit qu'à la condition qu'elle leur permette de maximiser leur utilité. La règle de droit est alors simultanément un commandement impératif, une norme de conduite et un stimuli économique, autrement dit, un quasi-prix. Le « *bad man* » de Holmes devient dans ces conditions un individu rationnel, qui maximise son utilité en formant des anticipations, définies dans les termes d'une espérance mathématique, sur la probabilité d'être arrêté et sanctionné par les tribunaux. Si finalités publiques il y a dans l'analyse posnérienne, elles sont assimilées à la rationalité économique de la *common law*, censée être l'opérateur de la maximisation de l'utilité espérée et de l'allocation efficiente des droits dans la société.

3. La décision judiciaire, le politique (*politics*) et les finalités publiques (*policy*)

L'analyse de la décision judiciaire et, plus globalement, de la *common law*, est une question centrale à la fois dans les analyses réalistes et dans celle de Posner. Chez les réalistes, l'étude de la décision judiciaire était fondée sur la recherche des dimensions politiques et des finalités visées par les juges, sous couvert de la neutralité axiologique du formalisme juridique, c'est-à-dire du raisonnement basé soit sur le syllogisme, soit sur l'analogie. Ils se sont employés à faire apparaître les motivations non juridiques, les représentations et habitudes de pensée des juges, leurs préférences en termes de justice sociale, en s'appuyant sur la théorie de Holmes selon laquelle, contrairement aux revendications de la CLT, « des propositions générales ne règlent pas des cas particuliers ». Mais le réalisme ne se résume pas à une simple théorisation behavioriste du juge : il s'étend à l'observation du contenu pratique, lié à l'expérience, de la signification des énoncés juridiques, en particulier des concepts énoncés ou utilisés par les juges.

3.1. Que font les juges ?

Karl Llewellyn distinguait entre les « *paper rules* » (telles qu'elles sont exprimées dans les décisions de justice, les *statutes* et les livres de droit) et les « *real rules* », c'est-à-dire les règles telles qu'elles sont mises en oeuvre par les juges et relevant de leurs pratiques courantes (*usual practices*), dont il montrait l'écart avec leur rationalisation logique dans le

discours des juges (Llewellyn, 1930). Pour considérer le problème des « *real rules* » il faut saisir le juge en termes réalistes et comportementaux : dans un cas judiciaire, les juges disposent d'une marge de manœuvre plus ou moins étendue, d'un pouvoir de décision sur le fait de suivre ou non un précédent, d'interpréter de manière étroite ou plus large les règles, de suivre ou de reformuler les règles. (Cotterrell, 1989, pp 190-191).

D'une manière générale, les juristes réalistes et les économistes institutionnalistes comme Commons (Bazzoli, 1999 ; Kirat, 2001), se sont attaqués à deux citadelles de la pensée et de la pratique juridiques de leur temps :

- dans le domaine du droit privé, ils ont procédé à un examen critique des conceptions formalistes, qui faisaient de l'activité des juridictions civiles un exercice neutre, mécanique, d'application de règles pensées comme naturelles ou "pré-politiques" ;
- dans le domaine du droit constitutionnel, ils se sont attachés à dénoncer le fait que, sous couvert d'une application formaliste du droit, les juges pratiquent un activisme judiciaire qui les conduit à se substituer au législateur sous le prétexte de garantir les libertés constitutionnelles et à rendre des décisions qui, de fait, protègent les intérêts économiques des plus puissants (De Schutter, 1999).

Les juristes réalistes comme John Chipman Gray, Karl Llewellyn ou Jerome Frank, ont développé des analyses de la décision judiciaire avec l'ambition de saisir le droit en action, entendu comme une technologie de la régulation sociale, mise en œuvre activement par les tribunaux (Cotterrell, 1989 ; Duxbury, 1995). Dans les termes de MacCoubrey et White :

« Les réalistes étaient préoccupés par le fait que l'approche formaliste qui, par nature, isolait le droit d'autres sphères telles que la politique, l'économie ou la sociologie, conduisait au fait que le droit est plein de "mauvaises" décisions, "mauvaises" au sens où elles avaient un impact négatif sur la société, quand bien même elles s'ajustaient parfaitement dans le système juridique. Les réalistes pensaient tout simplement que le droit ne devrait pas être séparé de la société qui l'a créé et au bénéfice de laquelle il doit être appliqué » (MacCoubrey et White, 1996, p. 192).

Le projet des juristes réalistes était donc double : d'une part, il s'agissait pour eux, d'un point de vue positif, de comprendre les ressorts de la décision judiciaire et, d'autre part, de dégager, d'un point de vue normatif, les conditions d'une incorporation de visées publiques, politiques, dans la décision judiciaire. Cohen considérait, à ce titre, que les tribunaux doivent être analysés soit comme *policy-makers*, soit comme *policy implementers* (Cotterrell, 1989, p. 187).

Ces deux volets, étroitement associés, étaient mis au service d'une conception sceptique de la régulation juridique, particulièrement par la voie judiciaire, qui témoignait d'une pensée de l'indétermination du droit⁹, de son inscription dans des champs de luttes pour le sens des

⁹ H. Oliphant en donne une illustration par l'exemple suivant : le père d'Anne la persuade de ne pas épouser Brian, alors qu'elle lui en avait fait la promesse. La décision rendue par le juge est qu'il n'y a aucune responsabilité du père d'Anne vis-à-vis de Brian. Oliphant s'interroge alors sur la règle qui peut être découverte dans cette décision. Il estime que six règles aussi logiques les unes que les autres peuvent être déduites : a) les pères ont la possibilité légale de convaincre leurs filles de rompre leur promesse de mariage, b) les parents ont la possibilité légale de convaincre leurs filles de rompre leur promesse de mariage, c) les parents ont la possibilité légale de convaincre leurs enfants de rompre leur promesse de mariage, d) tout tiers a la possibilité légale de convaincre quelqu'un de rompre sa promesse de mariage, e) les parents ont la possibilité légale de convaincre

règles au sein d'un milieu social changeant. Cette indétermination renvoie principalement à la prédiction de "ce que feront les juges", compte tenu de l'existence dans la décision judiciaire de facteurs non juridiques. Le juge n'applique pas le syllogisme judiciaire pour décider ; il fonde sa décision sur des critères (non explicites dans les textes des décisions) de valeur, d'affect, de *policy* et, plus généralement, sur des habitudes de pensée, partagées à l'échelle des communautés humaines. Llewellyn exprimait cette conception dans les termes suivants :

« (le droit comporte une) idéologie et un ensemble d'idées envahissantes et puissantes qui sont largement non verbalisées, largement implicites, et qui passent inaperçues dans les manuels de droit » (Llewellyn, 1941, p.183).

En conséquence, une approche réaliste de la décision judiciaire se doit de saisir la nature et la portée des ressorts non juridiques : la moralité, l'opinion publique, les affects personnels, la réceptivité du juge aux enjeux de politique publique ou aux considérations politiques, économiques, ou sociales. Par ailleurs, le projet réaliste s'attachait à saisir les conceptions de l'intérêt social, économique ou politique du droit fait par les juges et du droit légiféré.

Bien que cette pensée soit marquée par l'indétermination des règles et un certain scepticisme, il n'en reste pas moins qu'elle a posé des bases constructives pour une théorie du droit en action, notamment sur les plans de la décision judiciaire et de la régulation jurisprudentielle. Deux points méritent d'être signalés :

- d'une part, la théorie réaliste n'est pas une théorie du chaos judiciaire : elle offre un regard convaincant sur les conditions de la stabilité des solutions juridiques et de la sécurité juridique des productions judiciaires. Ainsi, si elle contribue à une psychologie behavioriste du comportement des juges, elle la dépasse cependant et intègre des variables institutionnelles. En effet, les réalistes étaient préoccupés par l'élucidation de la production de régularités ou d'uniformités dans le vaste ensemble de décisions judiciaires rendues aux Etats-Unis, dont ils localisaient l'origine dans les mécanismes de formation et de suivi des précédents judiciaires mais, surtout, aussi dans la tradition de la *common law*¹⁰ ;
- d'autre part, le fait de penser l'indétermination des règles et des décisions n'enlève rien au constat de l'ouverture de la texture des règles à la lutte judiciaire centrée sur l'interprétation et la production de précédents. L'intérêt de cette vision du droit en action réside dans l'accent mis sur une importante dimension de la régulation jurisprudentielle, à savoir l'existence d'un intérêt des justiciables pour le sens des (Serverin, 1985).

Les réflexions des juristes américains critiques du formalisme en droit amènent à une ouverture du droit judiciaire aux nécessités sociales, c'est-à-dire à l'observation de l'articulation du droit et des faits sociaux.

Dans la thèse posnérienne, les juges sont considérés comme le vecteur de la maximisation des richesses ou, plus précisément, du bien-être social (*wealth maximization*) : les juges maximisent la richesse, c'est-à-dire l'utilité espérée par les parties en conflit. Dans ce

leurs enfants de rompre leurs promesses, f) toute personne a la possibilité de convaincre quelqu'un de rompre ses promesses (Oliphant, 1928).

¹⁰ Benjamin Cardozo y ajoute l'accueil par le juge du sentiment de la collectivité, les « accepted standards of the community, the *mores* of the time » (Cardozo, 1921, p. 108).

contexte, Posner pense la *common law* comme une institution qui « mime le marché » : la *common law* constitue un processus jurisprudentiel animé par une tendance à la production de règles juridiques économiquement efficaces, « *wealth maximizing* » (Posner, 1985). La position de Posner sur l'efficacité est que

« L'hypothèse n'est pas que les juges peuvent dupliquer - ou dupliquent effectivement - les résultats des marchés concurrentiels, mais que dans les limites des coûts de l'administration du système juridique (coûts qui devraient être pris en considération dans tout effort de promouvoir l'efficacité à travers les règles de droit), l'attribution de droits dans la *common law* mène le système économique plus près des résultats qui pourraient être produits par une concurrence effective et un marché libre fonctionnant sans problèmes significatifs d'externalités, de monopoles ou d'information » (Posner, 1987, pp.4-5).

En d'autres termes, les juges sont les opérateurs d'une allocation efficace des droits. Reste à savoir si ce jugement est un postulat théorique ou un résultat empirique et si la tendance à la *wealth maximization* est le produit intentionnel de l'activité des juges ou le résultat inintentionnel du processus de la *common law*.

S'agissant de la première question, il est clair que, dans l'esprit de Posner, cette conception est moins le reflet de faits empiriques qu'un postulat.¹¹

S'agissant de la deuxième question, l'analyse de Posner balance entre deux positions. D'une part, une thèse non volontariste, non décisionnelle, selon laquelle la *common law* est un processus institutionnel qui produit les résultats conformes à ceux que des procédures de marché (*bargaining*) auraient atteints si elles avaient pu fonctionner ; d'autre part, la vision inverse selon laquelle que les juges prennent des décisions délibérément orientées vers la maximisation de la richesse¹². Cette deuxième vision est assez héroïque, et il est patent que Posner ne l'assume pas pleinement, d'autant plus que ses écrits consacrés au système de recrutement et d'évaluation de juges quasi fonctionnaires et à leur productivité ne conduisent pas à conclure que les juges entretiennent une préférence pour l'efficacité.

Enfin, si l'on admet à titre d'hypothèse que les décisions judiciaires sont fondées sur les canons de l'analyse microéconomique d'une allocation efficace des droits concurrents, cela reviendrait à affirmer qu'une « proposition générale » (la recherche de la maximisation de la richesse) règle les cas particuliers. Or, nous l'avons vu précédemment, cette conception, défendue au début du 20^{ème} siècle par la CLT, est justement l'objet de la critique des juristes pragmatiques. De plus, affirmer que l'intérêt social tel que les juges le perçoivent soit assimilable à la maximisation des richesses ne pourrait être une proposition pragmatique qu'à la condition que sa mise en œuvre fasse l'objet d'un consensus d'opinion, ou expriment ce que Holmes appelait les « *perceived necessities of the time* ».

¹¹ Même si Posner les présente parfois comme des résultats issus de l'expérience judiciaire.

¹² Tout au plus peut-on savoir gré à Posner de se comporter, le cas échéant, comme juge à la Cour d'appel fédérale du 7^{ème} circuit en conformité avec sa théorie de la décision judiciaire qui mime le marché. Voir, par exemple, son arrêt *People Who Care v. Rockford Board of Education*, Nov 29, 2001 ; dans cette affaire qui concerne un conflit relatif au paiement d'honoraires d'avocats et au calcul des intérêts, Posner évoque la jurisprudence qu'il a forgée à la Cour d'appel du 7^{ème} circuit : « *When a fee is set by a court rather than by contract, the object is to set it at a level that would approximate what the market would have set. The judge, in other words, is trying to mimic the market in legal services.* ».

3.2. La décision judiciaire : un contenu politique ?

Un constat paradoxal donne lieu à l'analyse que je propose ici. Alors que la CLT affirmait sa neutralité politique (Kennedy, 1997), les réalistes ont réincorporé le système juridique des Etats-Unis dans un contexte politique. Le droit mis en œuvre n'est ni autonome, ni neutre, pas plus qu'il n'est exempt de dimensions politiques dans la mesure où les décisions de justice et la jurisprudence de la Cour suprême expriment des préférences pour la distribution du pouvoir, pour la répartition des revenus, et certaines formes de justice sociale. Or, la thèse posnérienne selon laquelle la question de la justice distributive n'est pas une question juridique mais politique est plus proche de la CLT que des thèses et de la méthode réalistes.

Le progressisme des juristes réalistes, dont certains furent associés au New Deal et à la réforme sociale par la voie législative compte tenu du conservatisme de fait dont les juges faisaient preuve, a été à juste titre opposé au conservatisme de l'analyse économique du droit de Posner. Il importe alors de comprendre les motifs de ce conservatisme, indépendamment (dans la mesure du possible) des préférences politiques personnelles du juge Posner.

Un changement important est intervenu entre la première et la deuxième éditions de son *Economic Analysis of Law*. Dans la première édition, Posner affirmait son attachement à l'utilitarisme benthamien, dont il disait que c'est « un autre nom de la théorie économique ». Dans la deuxième édition de l'ouvrage, il adopte une tout autre position ; il insiste désormais sur « les faiblesses de Bentham en tant que penseur » en mettant l'accent sur le caractère « spongieux » du principe de l'utilité comme base de *policy*, son manque d'intérêt pour les analyses positives ou empiriques et sa croyance excessive en la plasticité de la nature humaine et des institutions sociales (Duxbury, 1995, p. 398). Mais l'élément clé de la critique de l'utilitarisme benthamien est qu'il sacrifie excessivement de droits individuels à un objectif social, celui de la maximisation du plus grand bonheur pour le plus grand nombre. De plus, une cloison trop étroite sépare l'utilitarisme de l'égalitarisme (Horwitz, 1980, p. 911). Posner adopte alors une vision plus subjective que celle que retient l'utilitarisme de Bentham : le principe de *Wealth Maximization* qui rabat le bien-être individuel sur les évaluations subjectives de la valeur des biens et des droits et sur les consentements à payer ou à recevoir.

«... the pursuit of wealth... involves greater respect for individual choice than in classical utilitarianism.. »
(Posner, Utilitarianism, Economics, and Social Theory, in *The Economics of Justice*) .

Dans ces conditions, le fonctionnement du système judiciaire doit être basé sur la reconnaissance que les conflits ne concernent que des individus libres, égaux, dotés de préférences et d'évaluations subjectives de leurs droits. L'allocation efficiente des droits n'est ni une question de justice, ni une affaire de distribution des richesses ou du pouvoir économique. Dans la vision éthique assumée par Posner :

« il n'y a rien dans l'éthique de la maximisation de la richesse qui dise que la société a une obligation de venir en aide aux nécessiteux. Elle a un devoir de ne pas les léser, de les laisser en paix ; mais elle n'a pas l'obligation, et dans les termes stricts de l'éthique de la maximisation de la richesse pas le droit de forcer les gens productifs à soutenir les gens improductifs. » (Posner, 1985, p. 101).

Morton Horwitz (1980) a bien saisi les enjeux de la pensée de Posner : il peut admettre que, dans la position d'un scientifique qui suspend son jugement de valeur, la thèse posnérienne de la non pertinence de la justice distributive dans l'étude du système judiciaire est acceptable. Mais, et Horwitz a raison sur cette importante question, la position de Posner dans le débat

académique et politique sur la portée du principe de *wealth maximization*, n'est pas une position scientifiquement neutre : elle est celle d'un *social theorist*. En tant que tel,

« one must take direct responsibility for justifying the justice of a particular distribution of wealth and power » (Horwitz, 1980, p. 912).

Dans ces conditions, je serai tenté de conclure que la thèse posnérienne ramène le débat sur la dimension politique de l'allocation des droits et des pouvoirs dans l'état où l'avaient trouvé les juristes réalistes et sur lequel la philosophie du pragmatisme avait trouvé sa voie dans la théorie du droit.

Conclusion

En guise de conclusion, j'estime que Posner pratique une version faible, voire édulcorée du pragmatisme. La théorie de Posner est certainement plus anti-formalisme et anti-conceptualiste qu'authentiquement pragmatique. Elle est aussi authentiquement orientée vers l'analyse empirique, positive, du fonctionnement des règles et des concepts juridiques. Posner l'expose sans ambiguïté dans un des textes où il se proclame pragmatique :

“The idea that legal questions can be answered by inquiry into the relation between concepts and hence without need for more than a superficial examination of their relation to the world of fact is as antipragmatic as it is anti-empirical. It does not ask, What works? It asks, What rules and outcomes form links in a logical chain to an authoritative source of law, such as the text of the Constitution or a common law doctrine that no one challenges.” (Posner, 1995, 398-399).

Que la critique de la méthode logique contestée soit menée par Posner au nom de l'empirisme est acceptable. Qu'elle le soit au nom du pragmatisme ne l'est pas. Le pragmatisme juridique ne se proclame pas, il se pratique. Et la pratique du juge Posner est, j'espère avoir été convaincant, bien éloignée du pragmatisme des juristes réalistes.

Références

- Alexander, Gregory S., Property in the Two Legal Realisms, *Cornell Working Papers Series*, 2001 (law.cornell.edu)
- Bazzoli, Laure, *L'économie politique de John R. Commons. Essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, L'Harmattan, coll. Etudes d'économie politique, 1999.
- Cardozo, Benjamin, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921.
- Commons, John R. *Legal Foundations of Capitalism*, Macmillan, 1924.
- Cotterrell, Roger, *The Politics of Jurisprudence, A Critical Introduction to Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, 1989, 2^{ème} édition 1994.
- De Schutter, Olivier, Réalisme juridique, institutionnalisme et *ordoliberalen*. A propos de l'histoire intellectuelle récente des rapports entre droit et économie, *Annales d'études européennes de l'Université Catholique de Louvain*, 1999, pp. 1-27.
- Howe, Mark DeWolfe, introduction à la réédition de O. W. Holmes, *The Common Law*, Back Bay Books, 1963.
- Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, 1995.
- Fisher W.W., M. Horwitz, T.A. Reed, *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993.

Friedman, Lawrence M., *Law in America. A Short History*, Modern Library Edition, 2002.

Friedman, W., *Théorie générale du droit*, L.G.D.J., Bibliothèque de philosophie du droit, vol. VI, 4^{ème} édition, 1965.

Harnay, Sophie et Alain Marciano, *Posner. L'analyse économique du droit*, éditions Michalon, coll. Le bien commun, 2003.

Hohfeld, Wesley N., Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 23 *Yale Law Journal*, 1913, pp. 16-30.

Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, 1881 (edited by Mark DeWolfe Howe, Back Bay Books, 1963).

Horwitz, Morton J., Law and Economics: Science or Politics? *Hofstra Law Review*, (8) 1980, pp. 905-912.

Horwitz, Morton J., *The Transformation of American Law, 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, 1992.

Hovenhamp, H., Law and Economics in the United States: a Brief Historical Survey, *Cambridge Journal of Economics*, 19, 1995, pp. 331-352.

Kennedy, Duncan, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Harvard University Press, 1997.

Kirat, Thierry, Le pragmatisme, l'économie et l'intelligence des règles juridiques : leçons de la méthode institutionnaliste de J.R. Commons, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 47, 2001.

Kocourek, A. Le développement du droit est-il gouverné par les lois ?, in *Introduction à l'étude du droit comparé*, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, Librairie du Recueil Sirey-L.G.D.J., tome 1, 1938.

Lasser, Mitchel de S.-O.-l'E., Do Judges Deploy Policy?, *Cardozo Law Review*, vol. 22, 2001, pp. 863-899.

Llewellyn, Karl N., The Effects of Legal Institutions upon Economics, *American Economic Review*, vol. 15 n°4, Dec. 1925, pp. 665-683.

Llewellyn, Karl N., A Realistic Jurisprudence: the Next Step, *Columbia Law Review*, 30, 1930 (partiellement reproduit dans Fisher, Horwitz, Reed (eds), *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, pp. 53-58).

Llewellyn, Karl N., Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound, *Harvard Law Review*, vol 44, 1931 (partiellement reproduit dans Fisher, Horwitz, Reed (eds), *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, pp. 68-75).

Llewellyn, Karl N., *My Philosophy of Law*, Boston Law Co., 1941.

Llewellyn, Karl N. et A.E. Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, University of Oklahoma Press, 1941.

Malloy, Robin P., *Law and Market Economy. Reinterpreting the Values of Law and Economics*, Cambridge University Press, 2000.

McCoubrey, H. et Nigel G. White, *Textbook on Jurisprudence*, 2^{ème} édition, Blackstone Press, 1996.

Menand, Louis, *Pragmatism : a Reader*, Vintage Books, 1997.

Mercuro, Nicholas et Steven G. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, 1997.

Oliphant, H., A Return to *Stare Decisis*, *American Bar Association Journal*, 14, 1928.

Pierce Wells, Catherine, Why Pragmatism Works for Me, *Southern California Law Review*, vol. 74, 2000, pp. 347-359.

Posner, Richard A., Utilitarianism, Economics, and Social Theory, in *The Economics of Justice* Harvard University Press, 1981.

Posner, Richard A., The Law and Economics Movement, *American Economic Review* (Papers and Proceedings), vol. 77, n°2, 1987, pp. 1-13.

- Posner, Richard A., Wealth Maximization Revisited, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, (2) 1, 1985, pp. 85-105.
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Little Brown, 4th edition, 1986.
- Posner, Richard A., The New Institutional Economics Meets Law and Economics, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, n° 1, mars 1993, pp. 73-87.
- Posner, Richard A., *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995.
- Posner, Richard A., So What *Has* Pragmatism to Offer Law?, in R.A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, pp. 387-405.
- Pound, Roscoe, *The Spirit of the Common Law*, Transaction Publishers, 1999 (édition originale 1881).
- Serverin, Evelyne, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, P.U.L., coll. Critique du droit, 1985.
- Serverin, Evelyne, *Sociologie du droit*, La Découverte, coll. Repères, 2000.
- Treves, Renato, *Sociologie du droit*, PUF, coll. Droit-éthique-société, 1995.