

Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld

Matthieu Bennet
(Université de Paris I)

Introduction

Traiter de Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918) dans un numéro spécialement consacré à la philosophie analytique du droit pourrait sembler à la fois évident et inutile. Inutile, parce que Hohfeld est loin d'être une priorité dans l'agenda actuel des questions de philosophie analytique du droit. Ce juriste américain, qui a enseigné le droit à Stanford (1905-1914) et à Yale¹, (de 1914 à sa mort) n'est connu que pour les idées développées dans un article paru en 1913². Le philosophe du droit déjà bien renseigné l'aura peut-être croisé, principalement en note en bas de page, lorsqu'il est fait référence à une « analyse du concept de droit »³. Là réside en effet son intérêt pour la philosophie analytique du Droit. D'une part, sa contribution est un élément de la culture philosophique commune à tous les acteurs contemporains de la philosophie analytique du Droit. Ce qui fait que le lecteur plus continental ne pourra pas comprendre les auteurs contemporains, tels Feinberg, sans avoir une connaissance minimale de ce qu'a pu dire ou vouloir dire Hohfeld. D'autre part, il nous semble que Hohfeld est un auteur central pour une réflexion sur ce que la philosophie, et plus particulièrement la philosophie du Droit, peut avoir d'analytique. Si cet article devait n'avoir qu'une seule thèse à défendre, ce serait celui de l'importance historique et conceptuelle de Hohfeld pour l'histoire de la philosophie analytique. Il nous permettra de poser ce qui est, selon nous, l'ensemble des questions véritablement pressantes et difficiles qu'il faut

¹ Pour une étude approfondie de la situation intellectuelle de Hohfeld dans le milieu universitaire américain, voir M. Losano, « Wesley N. Hohfeld e l'università americana. Una biografia culturale », in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 7/1, 1978, pp. 135-209.

² Hohfeld, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », in *Yale Law Journal*, 23/1, 1913, pp. 16-59. Repris dans Hohfeld Wesley N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923.

³ Précisons qu'il faut ici distinguer le droit au sens de droit subjectif, de *right* : prérogative attribuée à un acteur juridique, et le droit au sens de droit objectif, de *law*, qui désigne l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans une société. Pour faciliter la distinction, nous mettrons une majuscule au droit objectif : Droit.

adresser à la philosophie analytique du Droit : qu'on s'en réclame ou non.

I. Qu'est-ce qu'une analyse ? (A) Russell

Le but que nous nous sommes fixé est d'interroger la philosophie du Droit, en ce qu'elle a d'analytique, à travers le travail de Hohfeld. Mais le lecteur impatient pourrait faire valoir que nous n'avons pour l'instant pas pris la peine de définir ce qu'est la philosophie analytique. Il faut donc commencer par proposer une telle définition. Pour nous la philosophie analytique est celle qui prend pour point de départ une analyse au sens fort du terme, telle qu'elle apparaît au début du XX^e siècle dans les travaux de B. Russell. Toute autre définition ne peut qu'être de type quasi sociologique ou stylistique.

Pour aboutir à une notion philosophique de l'analyse, il faut s'inspirer d'analyses philosophiques fondatrices. Les exemples historiques que nous allons utiliser sont les plus importants du courant analytique : il s'agit de *Principles of Mathematics*⁴ (1903) et de l'article « On Denoting » (1905), de B. Russell, tels que Peter Hylton les commente⁵. Le choix de Russell s'impose en effet, tant il a lui-même revendiqué l'analyse comme méthode philosophique : en le choisissant pour donner un modèle de ce qu'est l'analyse, il y a fort à parier que l'on s'assure d'intégrer ce qu'il y a d'important – et peut-être aussi de problématique – dans la notion.

La notion d'analyse se comprend chez Russell à partir du tournant que représentent les POM en 1903, et de l'étape cruciale de la théorie des descriptions exposée dans « On Denoting » en 1905. La conception de la philosophie de Russell avant les POM peut être résumée comme suit : il y a dans le discours des termes simples et des termes complexes, composés des premiers. Philosopher devrait consister à identifier puis analyser les termes complexes pour aboutir à leurs constituants, simples. Le problème qui se pose alors est la forme de connaissance de ces termes simples, une connaissance non sensible bien évidemment. Comme Hylton le fait remarquer, ce thème est quasi systématiquement négligé par Russell, qui l'écarte sous le chef d'accusation de « psychologisme ». Même dans les POM, il ne sera finalement pas dit grand chose sur ce sujet : ce qui ne veut pas dire que ce quasi silence ne manifeste pas une théorie implicite. On doit comprendre que pour Russell cet accès est une évidence, qui apparaît à la fin d'une analyse réussie, plutôt qu'il ne guide l'analyse en train de se faire.

⁴ Abrégés en POM

⁵ P. Hylton, *Russell, Idealism and the Emergence of Analytic Philosophy*, Oxford, OUP, 1990.

L'innovation des POM n'est pas dans cette pensée de l'accès aux termes de l'analyse, mais dans la nature *mathématique* de l'analyse – ce qui implique qu'elle est aussi logique, étant donné le logicisme de Russell. On peut illustrer cette mathématisation de l'analyse par la citation suivante :

« La définition [des mathématiques] prétend être, non pas une décision arbitraire d'utiliser un mot courant dans un sens non courant, mais plutôt une analyse précise des idées qui (...) sont impliquées dans l'usage ordinaire du terme. Notre méthode sera donc une méthode analytique, et notre problème peut être appelé un problème philosophique – dans le sens où nous essayons de passer du complexe au simple, et du démontrable à ses prémisses indémontrables »⁶.

L'analyse est présentée comme la méthode de la philosophie : la philosophie recherche à poser les indémontrables qui fondent les idées complexes auxquelles l'homme a à faire dans les problèmes philosophiques ; l'analyse est la recherche de ces idées. La philosophie et l'analyse correspondent dans la pensée de Russell. Cela ne signifie pas que la logique / mathématique se confonde avec la philosophie : dans le même ouvrage, Russell distingue la définition mathématique et la définition philosophique. « La définition dans les mathématiques ne signifie pas, comme en philosophie, une analyse de l'idée à définir en ses constituants.⁷ ». La définition mathématique énumère les conditions nécessaires et suffisantes pour identifier un objet. L'analyse philosophique n'en est pas encore là, et s'occupe d'idées.

Le travail de la philosophie en tant qu'analytique est donc de partir d'une situation complexe, d'en identifier les constituants simples et fondamentaux, et d'essayer de convaincre les autres philosophes de la pertinence de sa propre analyse. Il n'est pas encore question d'une rigueur logique formelle. L'introduction des POM, p. xv, faisait de la discussion sur les indéfinissables la partie principale de la logique philosophique : elle a pour objet la recherche d'une vision claire des entités en question, puis de communiquer cette vision aux autres. Comme le résume bien Hylton, la philosophie est dès les POM l'association d'une *analyse* et d'une *perception* : l'analyse, pour dégager ces termes premiers et indéfinissables ; la perception, comme mode d'accès à ces termes de l'analyse. Le fait est

⁶ « The definition [of mathematics] professes to be, not an arbitrary decision to use a common word in an uncommon signification, but rather a precise analysis of the ideas which . . . are implied in the ordinary use of the term. Our method will therefore be one of analysis, and our problem may be called philosophical—in the sense, that is to say, that we seek to pass from the complex to the simple, from the demonstrable to its indemonstrable premisses. » (POM, p. 2).

⁷ POM, p. 31.

que les POM ne développent pas de théorie explicite de ce rapport aux termes de l'analyse : l'ouvrage suppose une forme de transparence du langage qui laisse un accès facile aux termes finaux. La notion d'accointance n'y est pas encore développée : mais en réalité, elle fonctionne déjà, puisque Russell suppose que les termes de l'analyse sont l'objet d'une connaissance directe, connaissance qui ne deviendra un thème de sa réflexion qu'un peu plus tard, notamment à partir de « On Denoting »⁸. Le passage suivant permet de voir le lien entre analyse et perception, et de voir que l'accent est mis sur l'analyse : dans le domaine des mathématiques (les entités non spatio-temporelles) l'analyse aboutit à des résultats qui sont objet d'une connaissance directe (*immediatly perceived*).

« Les entités qui ne sont pas considérées comme existant dans l'espace et le temps (...) si l'on doit connaître quoi que ce soit à leur sujet, doivent être (...) en un sens perçues, et doivent être distinguées les unes des autres ; leurs relations aussi doivent être en partie immédiatement perçues (...) [en philosophie] tout repose au final sur la perception immédiate ; et l'argument philosophique, à proprement parler, consiste principalement dans la tentative de faire percevoir au lecteur ce qui a été perçu par l'auteur. L'argument, en bref, n'est pas de l'ordre d'une démonstration mais d'une exhortation »⁹.

Malgré les distinctions entre analyse philosophique et définition mathématique, la méthode analytique employée dans l'article de 1905 et dans les POM est bien une méthode logique, et plus précisément de réduction logique des présupposés induits par la forme non analysée. On voit apparaître ici certains des thèmes fondateurs de la philosophie analytique, comme la défiance par rapport à la logique apparente du langage, et en conséquence, l'importance d'une structure logique qui permette de paraphraser idéalement ces propositions non analysées et problématiques. L'analyse n'est pas qu'une explicitation de ce qui est visible : elle peut remettre en cause la structure apparente.

⁸ « Cette notion fonctionne uniquement comme une façon d'éviter toute discussion sur des questions psychologiques ou épistémologiques » « this notion functions simply as a way of avoiding any discussion of epistemological or psychological questions » (Hylton, *Russell, Idealism and the Emergence of Analytic Philosophy*, Oxford, OUP, 1990, p. 245).

⁹ « entities which are not regarded as existing in space and time . . . if we are to know anything about them, must be . . . in some sense perceived, and must be distinguished one from another; their relations also must be in part immediately perceived. . . . [In philosophy] all depends, in the end, upon immediate perception; and philosophical argument, strictly speaking, consists mainly of an endeavor to cause the reader to perceive what has been perceived by the author. The argument, in short, is not of the nature of proof, but of exhortation. » (POM, p. 124).

Chez Russell par exemple, il sera de plus en plus souvent affirmé que la grammaire obscurcit la structure profonde logique. Hylton résume cela très bien :

« L'analyse, selon cette conception, conduira typiquement à une phrase d'une forme logique bien différente de celle avec laquelle on est parti, et la tâche principale de l'analyse est celle de trouver la forme logique sous-jacente de la proposition, une forme logique qui peut être cachée par la phrase exprimant la proposition. C'est en contraste avec la conception antérieure de l'analyse qu'avait Russell, où la forme logique de la phrase, ou la façon dont elle se divise en unités, est d'ordinaire acceptée comme étant la forme logique de la proposition sous-jacente. Selon cette conception antérieure, le travail de l'analyse consiste à rendre compte de ces unités, pas à mettre en question la division »¹⁰.

Enfin, il faut signaler une dernière caractéristique de l'analyse dans les débuts de la période analytique de Russell : c'est que la paraphrase en quoi consiste l'analyse n'est pas conçue comme une démarche *descriptive* et *approximative*. Il ne s'agit pas d'une traduction pour approcher un sens déjà présent sous une autre forme : l'enjeu est bien d'une certaine façon la définition réelle, le *fait visé*. On le comprend si on se rappelle la théorie de l'accointance en germe dans les POM. Le langage vise les faits, le réel, et quand on analyse le langage pour aboutir à une forme logique, il est entendu qu'il s'agit de la *forme du fait lui-même*. Il y a pour le dire simplement, une perspective *réaliste* à l'analyse chez Russell. Cela est perceptible dans d'autres ouvrages, et notamment dans ce passage de *Notre connaissance du monde extérieur* cité encore une fois par P. Hylton :

« ... en philosophie, nous suivons la direction inverse : depuis le complexe et le, relativement, concret, nous progressons vers le simple et l'abstrait au moyen de l'analyse, cherchant dans ce processus à éliminer la particularité du sujet qui était le point de départ, et à concentrer toute notre attention sur la forme logique des faits concernés »¹¹.

¹⁰ « Analysis, on this conception, will typically lead to a sentence of a quite different logical form from that with which we began, and the chief task of analysis is that of finding the underlying logical form of the proposition, a logical form which may be masked by the sentence expressing the proposition. This is in contrast to Russell's earlier conception of analysis, where the logical form of the sentence, or the way in which it divides up into units, is usually accepted as being the logical form of the underlying proposition. On this earlier conception, the work of analysis goes into giving an account of these units, not into questioning the division. », in Hylton, *Russell, Idealism and the Emergence of Analytic Philosophy*, Oxford, OUP, 1990, pp. 267-268.

¹¹ « (...) in philosophy we follow the inverse direction: from the complex and relatively concrete we proceed towards the simple and abstract by means of analysis, seeking in the

À partir de ce paradigme d'analyse philosophique, nous avons de nombreux éléments à réunir et dont il faut décider si on les intègre ou pas à notre modèle de l'analyse. En voici une énumération (l'ordre d'énumération n'est pas significatif) :

- situation problématique qui appelle l'analyse
- la forme du niveau non analysé peut être trompeuse quant à la réalité logique des faits ou du sens
- emploi de la logique formelle (logique des relations quantifiée) pour aboutir à une paraphrase adéquate
- la paraphrase adéquate peut éliminer des entités du niveau non-analysé, c'est une description, une ontologie réformée
- elle élimine aussi des problèmes qui se posaient au niveau non analysé
- l'analyse aboutit à une structure qui *conserve* les propriétés de la structure non analysée, mais elle les *explique* d'une certaine façon
- le résultat de l'analyse n'est pas considéré comme une représentation *parmi d'autres* possibles de la chose, mais comme exprimant la structure logique *réelle* de la chose

Il s'agit selon nous du **paradigme classique** de l'analyse philosophique même si de fait, une grande part de ce qui se pratiquera plus tard sous le nom d'analyse philosophique refusera consciemment ou inconsciemment une bonne partie de ces déterminants. On peut pour faire simple associer ce modèle de l'analyse à l'atomisme logique, ou au réalisme de Russell dans les POM, et à la période classique de la philosophie analytique. Pour enrichir notre vision, nous allons aussi présenter une autre modélisation de l'analyse, celle qu'a livrée le philosophe suédois Anders Wedberg¹².

II. Qu'est-ce qu'une analyse ? (B) Anders Wedberg et l'analyse logique du droit

Anders Wedberg n'est pas, c'est le moins qu'on puisse dire, un philosophe connu en France. Il est néanmoins un personnage important de la

process, to eliminate the particularity of the original subject-matter, and to confine our attention entirely to the logical form of the facts concerned » (Russell, *Our Knowledge of the External World*, New-York, Open Court Publishing, 1914. Réimpression chez Routledge, 2005, p. 67, chap. 2).

¹² Anders Wedberg (1913-1978) a été professeur de philosophie à l'Université de Stockholm. Il a été traducteur notamment, de *General Theory of Law and State*, de Hans Kelsen (de l'allemand vers l'anglais), en 1945.

philosophie analytique scandinave. Il a été le professeur d'un grand nombre de philosophes contemporains, et a, par son orientation analytique et positiviste logique, déterminé une grande partie de l'évolution de la philosophie analytique scandinave depuis les années 50. Ce philosophe a écrit un article intitulé : « Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science »¹³. Cet essai date d'une période qu'on ne peut décentement pas identifier à celle de l'analyse classique. Il y aura donc à prendre acte de cet écart avec le paradigme russellien. L'avantage, en revanche, est que la notion d'analyse y est prise directement comme objet d'étude, et que Wedberg se demande ce qu'on peut exiger d'une analyse philosophique dans son application à la science juridique.

L'ambition d'une analyse logique des objets et notions juridiques est pour Wedberg, l'accroissement de la rigueur et de la précision de nos connaissances. Une analyse logique consiste essentiellement dans la *paraphrase* d'un ensemble de données A en un ensemble B, mais qui exprime les mêmes idées que A, B étant plus précis que A. Anders Wedberg construit son modèle d'analyse en énumérant les propriétés que doit avoir B relativement à A. Ses six conditions sont les suivantes :

1. Alors que A contient souvent des homonymies (des termes identiques ayant des significations différentes), B n'en contiendra pas. C'est donc une élimination des ambiguïtés et homonymies. L'idéal étant qu'à chaque terme corresponde un et un seul concept, et réciproquement.
2. Dans A on ne sait pas ce qui est premier et ce qui est dérivé, ni ce qui est défini ou non défini. Dans B, on distinguera les termes primitifs des termes dérivés, et on donnera les meilleures définitions possibles de chaque terme défini. On signalera précisément les termes non définis.
3. A ne rend pas systématiquement compte de la vérité de ses propositions : sont-elles vraies en tant qu'axiomes, par connaissance empirique, par déduction logique, en tant que vérités analytiques par rapport à la signification des termes donnés auparavant ? B distinguera tous ces cas, et notamment fera la distinction entre vérités analytiques et synthétiques, c'est-à-dire entre ce qui est vrai logiquement et ce qui est vrai avec l'apport de données matérielles.
4. A n'explicite pas systématiquement les données normatives et les données factuelles. B le fera obligatoirement.

¹³ A. Wedberg, « Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science », in *Theoria*, 17/1-3, pp. 246-275.

5. A ne donne pas les liens de déduction entre ses données. B listera les données non démontrables, les démontrées.
6. A ne donne pas les règles autorisant ces déductions, sa logique implicite. Une analyse logique donnera la logique utilisée, présentée exhaustivement.

On voit que le modèle est grandement différent de celui de Russell. Tout d'abord, il faut remarquer que l'analyse est explicitement et volontairement logique, *formaliste*. Il s'agit d'une analyse qui revendique le formalisme comme élément même de son travail de paraphrase.

Ensuite, on trouve de commun avec l'analyse classique l'idée que le langage ordinaire est défaillant, qu'il lui manque une rigueur et une clarté appréciables. Notamment, l'ambiguïté et l'homonymie sont des dangers pour la réflexion philosophique, et surtout, la forme de la phrase, de la pensée, du concept non analysé n'est pas du tout à prendre en compte. De plus, le résultat de l'analyse est lui-même un tout, un ensemble qui répond à une logique formelle, dont les règles doivent être explicites et connues. On retrouve l'idée d'une remontée vers des constituants simples, indéfinissables et indémontrables, ce qui suppose que la philosophie ne définit pas tout et accepte un point final à son travail d'explication. De sorte que se pose aussi le problème de discussion et de motivation du choix des termes primitifs. Ici, on remarquera que *rien n'est postulé quant à leur valeur ontologique*. Et c'est là que réside en fait la plus grande différence.

Deux éléments sont extrêmement différents de l'analyse classique. La question de l'accès aux indémontrables est encore moins présente que dans les débuts de l'analyse chez Russell (dans les *Principles of Mathematics*). Et de façon conséquente, le présupposé réaliste, affirmant que le résultat de l'analyse reflète une réalité autonome, n'est pas du tout présent, ni explicitement, ni implicitement. Il semble que l'analyse soit considérée comme une *fin en soi*, par les valeurs de clarté, de précision, la possibilité de mener des déductions, d'en expliquer certaines, et de rendre compte des voies que ces déductions empruntent. Mais la dimension de « définition réelle » que peut prendre l'analyse n'est pas évoquée. Il semble que ce modèle d'analyse ait intégré une forme de *relativité* de ses résultats. Non pas dans le sens d'une vanité, mais dans la mesure où il est d'emblée considéré que l'analyse peut être menée dans différentes voies et vers différents résultats.

Pour le dire autrement, il est apparent que cette voie analytique se pense elle-même comme une entreprise de *modélisation*, à rapprocher des

sciences expérimentales qui acceptent de modéliser le réel. Une analyse n'aboutit pas à un décalque de la réalité, mais à un modèle de cette réalité, dont la qualité est déterminée notamment par le fait qu'il a les mêmes propriétés que ce qu'il modélise. Expliquons-nous. Dans le modèle de l'analyse de Wedberg, il est important que l'on trouve la condition : B doit exprimer les mêmes idées que A. Sans quoi ce ne serait plus une paraphrase, une analyse. Mais au lieu d'assumer que B est la *seule et vraie* façon de comprendre les idées exprimées par A, il est entendu que B, par la voie de l'analyse, sélectionne certains éléments et doit en laisser de côté certains autres. De même qu'un modèle climatologique intègre certains aspects des phénomènes étudiés et en laisse certains de côtés, l'analyse essaie de penser et de représenter ce qui est déjà pensé et représenté d'une certaine façon dans les données non analysées. Mais elle ne prétend pas atteindre nécessairement, et uniquement parce qu'elle est une formalisation, la substance même de la chose. Elle prétend la *représenter* avec les avantages et les inconvénients d'un formalisme.

Il nous semble que cette *modestie ontologique* de l'analyse n'est pas présente chez Russell, du moins dans les premiers temps de son œuvre. Si la différence entre Wedberg et Russell peut être, à l'examen attentif d'autres textes de Russell, plus faible qu'on ne la présente ici, il nous suffira qu'on nous accorde que l'analyse *peut* être conçue d'un point de vue réaliste. Ce qui signifie qu'elle peut aussi ne l'être *pas*.

Ce décalage existe-t-il en matière de philosophie du Droit ? Il nous semble que oui. En guise d'illustration d'une approche réaliste de la question de la nature des droits et des concepts juridiques, on peut se référer à l'œuvre du phénoménologue allemand Adolf Reinach¹⁴ qui, l'année même où Hohfeld publiait son article (1913), publiait de son côté *Les Fondements a priori du droit civil*. Reinach y mène une analyse, phénoménologique cette fois, mais clairement réaliste. Certes, l'analyse n'a pour lui rien de logique (entendons plutôt, rien de la *logique formelle*). Mais ce disciple de Husserl (un des meilleurs d'après ce qu'en disent les historiens et commentateurs) a tout de même prétendu établir les « essences » de ces concepts : tels ceux de propriété, de droit relatif (prétention), de droit absolu, etc. Chez Reinach comme chez Hohfeld, l'idée de rapports de droit *élémentaires* est très certainement présente. Mais à la question « le résultat de l'analyse est-il une approximation, une modélisation ? » il y a donc bien des penseurs, comme

¹⁴ Voir J. Benoist et J.-F. Kervégan (dir.), *Adolf Reinach : Entre droit et phénoménologie*, Paris, CNRS, 2008. Plus particulièrement les contributions de G. Lorini, « Les objets juridiques incorporels », pp. 71-80, et J.-L. Halpérin, « Les orientations de la pensée juridique de langue allemande à l'époque des *Fondements a priori du droit civil* », pp. 99-112.

Reinach, qui répondent non, car ils entendent passer directement de la confusion des propos ordinaires sur les concepts juridiques, à la chose-(juridique)-même¹⁵.

Qu'en est-il de Hohfeld ? Nous allons commencer par synthétiser notre modèle de l'analyse philosophique pour mieux l'y confronter par la suite.

III. Notre modèle de l'analyse

En prenant comme point de départ ces deux conceptions, convergentes, mais différentes sur des points essentiels, on peut aboutir à un tableau assez précis de ce qui définit une analyse, ainsi que des problèmes philosophiques qui accompagnent nécessairement ce type de démarche. Nous retiendrons quatre éléments pour identifier une démarche analytique, dont nous reconnaissons l'aridité et l'abstraction, mais qui nous semblent absolument nécessaires pour caractériser l'analyse. On remarquera que plusieurs éléments considérés comme essentiels ne se trouvent que dans l'une des deux sources de notre modèle. Les discussions préalables essaient de prévenir les critiques possibles. Nous ménageons des possibilités d'ouverture pour chacun de ces quatre éléments :

1. existence d'un niveau de sens *problématique et complexe*
2. recherche d'un niveau inférieur où on gagne en *intelligibilité* (unicité de la signification des concepts, disparition de certains problèmes du niveau supérieur, logique manifeste)
3. modification des thèses *ontologiques* : parties composant les réalités mixtes du niveau supérieur ; position claire des éléments primitifs et dérivés ; élimination d'entités qu'on supposait existantes au niveau 1
4. représentations ordonnées, permettant des *déductions* et des inférences rigoureuses ; avec l'idéal d'un *calcul* possible sur certains points.

C'est ce modèle que nous utiliserons pour interroger la démarche de Hohfeld. Nous commencerons pas étudier son apport en philosophie du

¹⁵ Voici l'énoncé du programme de Reinach : « Nous montrerons que les formations que l'on décrit le plus souvent comme spécifiquement juridiques, possèdent tout autant que les nombres, les arbres ou les maisons, une existence propre ; que cette existence est indépendante de ce que les hommes en peuvent concevoir, qu'elle est tout particulièrement indépendante de tout droit positif. (...) C'est bien là que réside le fond de la controverse : le droit positif trouve les concepts qu'il utilise, *il ne les crée en aucun cas.* » (A. Reinach, *Les Fondements a priori du droit civil*, Paris, Vrin, p. 41-42).

Droit, pour ensuite s'interroger sur sa dimension analytique.

IV. L'analyse des droits par Hohfeld

Hohfeld est avant tout un juriste, et non un philosophe du Droit. Pourtant, son nom est très souvent cité dans les discussions philosophiques sur le Droit et les droits dans la littérature anglo-saxonne. Cela est d'autant plus étrange que Hohfeld n'est, pour ainsi dire, l'homme que d'un article. Si Hohfeld est intéressant c'est que, parti d'une volonté de clarifier le discours juridique, il a élaboré ce qui constitue un cadre analytique pour les notions juridiques. Plus précisément, il a proposé un cadre simple, à la structure quasi-logique, pour analyser les notions juridiques qu'il avait pu rencontrer en tant que juriste : telles celles de *trust*, de propriété, de responsabilité, etc. Ce faisant, il a apporté plus ou moins explicitement ce qu'on peut appeler une « théorie des droits, » c'est-à-dire un ensemble de définitions et de thèses au sujet de la nature et de la signification des droits qu'on appelle subjectifs en France.

Hohfeld part d'un constat simple : en matière juridique, toute étude doctrinale déploie des concepts qui sont les outils destinés à forger les réponses aux problèmes de Droit. Et pourtant, ces notions ne sont pas elles-mêmes des éléments d'une simplicité évidente. Que veut dire « jouir de la liberté d'expression » ? Que peut-on déduire du fait que l'on a « droit au travail » ? Autant d'expressions récurrentes et pourtant insuffisamment explicites pour le justiciable comme pour le juriste. Hohfeld part donc d'un constat caractéristique de l'approche analytique : l'affirmation d'une complexité, réductible, et source de problèmes. A l'opposé de cette confusion, il va proposer un ensemble de notions primitives, qui sont censées permettre de reconstruire les notions complexes et faciliter la résolution des problèmes qui se posaient au départ. Plus précisément, ce qu'il propose, c'est un réseau de notions qui sont toutes des relations, et non pas des objets, des concepts.

La notion qui l'intéresse au premier chef est celle de droit : *right*. Il constate qu'on l'utilise pour nommer de nombreuses choses différentes, notamment :

- le droit de propriété, censé recouvrir le droit d'user de la chose librement, le droit de ne pas être gêné dans l'utilisation de la chose ; le pouvoir de donner la chose librement ou la vendre (l'aliéner)
- le droit de circuler librement
- le droit de manifester

Tout cela lui semble recouvrir des réalités différentes : il y a là de simples autorisations, des interdictions faites pour protéger une liberté, des impossibilités juridiques de venir faire obstacle à l'exercice d'une liberté, etc. Il en tire donc un premier enseignement relativement simple mais convaincant : il est parfaitement erroné de réduire l'ensemble du Droit, des situations créées par le Droit, à l'opposition classique entre droits et devoirs (*rights and duties*).

Dès lors son but est de faire tenir dans un système toutes les notions distinctes qu'il estime avoir pu dégager, et notamment, les différents sens que l'on accorde à « droit ». Il se demande alors quelle raison il aurait de choisir l'une ou l'autre pour en faire la véritable signification de *right*. Sa réponse est que la plupart du temps, on pense au droit comme ayant pour corrélat un devoir. Hohfeld part donc de cette idée première : on a un droit quand il y a un devoir correspondant, et surtout, il va garder cette idée pour construire les autres notions sur le même schéma, c'est-à-dire, l'idée qu'un titre juridique (*legal interest*) est une relation juridique (*jural relation*). Le résultat de son travail est posé, sans explication préalable, dans le tableau suivant que son article ne fait donc que défendre et commenter :

Opposition juridique	Droit ¹⁶	Privilège	Pouvoir	Immunité
	Non-droit	Devoir	Incapacité	Assujettissement
Corrélation juridique	Droit	Privilège	Pouvoir	Immunité
	Devoir	Non-droit	Assujettissement	Incapacité

Ce tableau traduit le suivant

Jural opposites	Right	Privilege	Power	Immunity
	No-right	Duty	Disability	Liability
Jural correlatives	Right	Privilege	Power	Immunity
	Duty	No-right	Liability	Disability

¹⁶ Il est possible et légitime de préférer le terme de « prétention » à celui de « droit » pour traduire *claim-right*. Toutefois, la proximité entre le sens commun, mais vague, de « droit » et le sens précis et hohfeldien de *claim-right* n'est pas rendu par « prétention ».

V. Les relations de droit fondamentales selon Hohfeld

Il nous faut désormais expliciter le tableau.

Droit / devoir : « X a un droit, contre une personne Y, à une prestation A » est équivalent à, a pour corrélat : « Y a un devoir, envers X, d’accomplir A ». Par exemple : X a le droit, contre Y, que Y n’utilise pas sa propriété (ne traverse pas cette terre qui est sa propriété). Si Y le fait, X peut obtenir d’un juge qu’il le fasse expulser, ou que X se fasse indemniser si l’usage de la propriété de X par Y a nui à X ou à son bien. En anglais, cette notion de *right* sera renvoyée à celle de *claim*, selon lui plus adaptée. Le terme apporte la nuance de revendication, de réclamation (même origine) de ce qui nous appartient, nous revient de droit¹⁷.

Privilège / non-droit : « X a le privilège, ou la liberté, contre Y, d’accomplir A » a pour équivalent : « Y n’a pas de droit à faire valoir contre l’action A accomplie par X ». Le privilège a pour corrélat la négation du devoir de l’action opposée. Si je suis libre d’user de ma propriété, c’est que je n’ai pas le devoir de n’en pas user. C’est pourquoi Hohfeld choisit le terme de privilège (*privilege*), plutôt que celui de liberté (*liberty*) : le privilège connote la possibilité d’un interdit, d’un devoir, mais qui est nié, suspendu. Si j’ai le droit/privilège d’user de ma propriété, c’est que vous n’avez aucun droit de me demander d’arrêter d’en user.

A ces quatre notions, qui ne sont donc que deux relations, s’en ajoutent deux autres.

Pouvoir / assujettissement : « X a un pouvoir sur Y, de faire que A » équivaut à « Y est assujetti à X, relativement à l’action A ». Qu’est-ce que cela veut dire ? Simplement que le pouvoir se définira comme la possibilité de modifier la situation juridique d’autrui. Cela se comprend assez facilement si l’on reprend l’exemple de la propriété privée. Premièrement, le propriétaire a des privilèges sur sa propriété : moi qui ne suis pas propriétaire n’ai pas de droit pour l’empêcher d’en user à sa guise. Le propriétaire a aussi des droits : il peut m’en interdire l’accès. Mais il peut aussi aliéner son bien, il peut m’en faire don, m’en rendre propriétaire. Ici est le pouvoir. Sa volonté peut modifier le statut juridique d’autrui.

Immunité / incapacité : « X a une immunité relativement à Y, au sujet de la situation A » équivaut à « Y est dans l’incapacité de faire que A soit le cas, relativement à X ». L’immunité de certains personnels politiques en fournit un bon exemple : c’est le fait que les justiciables et les juges, pour

¹⁷ Cf. Sandra Laugier, « Claim », in *Dictionnaire des intraduisibles. Vocabulaire européen des philosophies*, Paris, Le Seuil / Robert, 2004. Il faut ajouter que le *claim* était le nom de cette parcelle de 160 acres que le colon américain (*homesteader*) de la fin du XIX^e siècle venait occuper pour en acquérir un jour la propriété.

un grand nombre de faits répréhensibles, ne puissent pas poursuivre et condamner certaines personnes qui s'en seraient rendues coupables (en France, immunités parlementaire et du Chef de l'État)

Ce cadre analytique propose ainsi quatre relations primitives, lesquelles sont le plus souvent à associer pour former ces « droits » que l'on retrouvera dans la loi que les tribunaux sont chargés d'appliquer. Ce faisant, Hohfeld ne fait que reprendre l'idée¹⁸ que chaque situation juridique n'est qu'un agrégat : idée qui, dans le contexte américain, peut trouver ses racines chez John Lewis. Ce dernier a étudié ce que l'on pourrait traduire, en Droit français, par le droit de propriété. Il estimait que même « parmi le peuple, l'individu le plus frustré sait et comprend que sa propriété sur une chose est un faisceau de droits »¹⁹. Cette idée n'aura rien d'étranger au lecteur français, qui connaît le droit de propriété et son démembrement, ce qui suppose la distinction des droits d'usage, de faire fructifier, et d'aliéner. Depuis Lewis, la théorie du faisceau de droits (*bundle of rights*) a été transférée de la seule question de la propriété à celle du Droit en général, et l'on peut voir chez Hohfeld une transposition de cette image à toutes les situations juridiques.

Un dernier point doit être soulevé. C'est que l'article de Hohfeld signifiait un usage relativement novateur et déroutant de la notion de droits (*rights*). Le terme a traditionnellement un sens positif, et l'on s'attend à ce que celui qui a un droit ait ainsi un avantage, un bénéfice. Le français dit que la personne « bénéficie d'un droit », « jouit d'un droit ». Mais à bien lire Hohfeld, le terme *right* vaut pour toutes ces relations, dont certaines ne sont pas en soi des avantages pour celui qui en est le sujet. Ce changement de connotation du terme lui sera maintes fois reproché. Pour comprendre Hohfeld, le lecteur français pourrait en tout état de cause traduire mentalement la notion de *right* par celle de « situation juridique », plutôt que par celle de droit²⁰.

¹⁸ Sur les sources auxquelles Hohfeld a puisé pour aboutir à son cadre analytique, voir le travail admirablement précis et détaillé de M. Losano, « Le fonti dei concetti giuridici fondamentali di Wesley N. Hohfeld », in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 6, 1976, pp. 319-416.

¹⁹ « The dullest individual among the *people* knows and understands that his *property* in anything is a bundle of rights » (J. Lewis, *A Treatise on the Law of Eminent Domain in the United States*, Chicago, Callaghan & Co., 1888, p. 55).

²⁰ Nous empruntons ici le vocabulaire de la distinction entre « règle juridique » et « situation juridique » proposée par Paul Roubier, en 1962, dans son traité *Droits subjectifs et situations juridiques* (réimpression chez Dalloz, 2005). Pour le juriste français, l'expression trop générale de droits doit s'effacer derrière celle de « situation juridique » et il faudrait conserver celle de « droits subjectifs » à un sous-ensemble des situations juridiques, celui où les prérogatives l'emportent sur les charges. cf. chap. 1, repère 6 « De l'abus du mot : droit. Droit subjectif et situation juridique », *op. cit.*, pp. 47-53.

VI. L'intérêt conceptuel de l'analyse des droits et le problème n°1 : le rapport entre philosophie analytique du Droit et philosophie politique

Si Hohfeld n'a pas disparu de la littérature philosophique, c'est qu'il y a bien sûr un enseignement conceptuel que l'on peut tirer de son travail. Quel est-il ? On peut le résumer en disant que pour Hohfeld, la réalité juridique est un système (quasi-)logique, de relations ternaires entre individus et actions, irréductible au couple des droits et des devoirs.

Premièrement, les huit notions ne sont en réalité que quatre relations, unies par deux principes logiques : l'équivalence (dite corrélativité) et l'opposition. L'intérêt majeur de Hohfeld est qu'il est sans doute un des auteurs à avoir le plus clairement signifié que les notions déontiques pures, formées autour de l'opérateur d'obligation (permission, interdiction, facultatif) sont insuffisantes à décrire la réalité du phénomène juridique. Il n'y a pas de Droit sans ces opérations spécifiques que l'on a depuis, parfois, appelées « rôles », c'est-à-dire les règles permettant d'agir sur le statut déontique des agents et des actions. Les rôles, ce sont ces normes qui créent des possibilités, des impossibilités de changement de statut normatif. Or dans tout système juridique, il faut bien qualifier les rôles des agents au départ, et dans la mesure où un système juridique est dynamique, il faut bien des règles pour ordonner l'évolution de ce système. À ce titre, on peut dire que la distinction faite entre règles primaires et secondaires par H. L. A. Hart²¹ rappelle fortement Hohfeld.

Deuxièmement, et cela a eu une importance relative dans les débats moraux, Hohfeld a proposé une connexion nécessaire entre droit au sens strict, *claim*, et devoir. Pour aussi abstrait que cela puisse paraître, il n'est que de consulter la quantité de littérature critique qui a été consacrée à cette idée pour voir que ce débat a été et reste fondamental²². Ce qui est en jeu est relativement simple : cela a-t-il un sens de parler de droit si l'on est incapable de préciser concrètement sur qui va porter l'obligation corrélatrice ? Pour un philosophe qui n'est pas d'accord avec Hohfeld, on pourra parler sans problème des droits d'une entité quelconque (humaine bien sûr, mais pourquoi pas animale individuelle, ou encore abstraite, comme une espèce, la « nature » ou l'environnement) même si l'on

²¹ Dont on sait qu'il a lu Hohfeld puisqu'il le cite dès la troisième page de son célèbre article : Hart, « Are There Any Natural Rights? », in *The Philosophical Review*, 64/2, 1955, pp. 175-191. Sur la distinction entre règles primaires et secondaires, cf. chap. 5 de H. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, OUP, 1994.

²² Encore récemment : Ronen Perry, « Correlativity », in *Law and Philosophy*, 28/6, 2009, pp. 537-584 ; un des plus importants articles critiques : David Lyons, « The Correlativity of Rights and Duties », in *Noûs*, 4/1, 1970, pp. 45-55.

n'identifie pas de porteurs d'obligation face à ces droits. Inversement, le philosophe convaincu par la pensée du juriste américain aura tendance à écarter toute discussion morale ou juridique où un droit au sens strict n'est corrélé à aucun agent obligé. De même, certains auteurs comme Feinberg²³ en sont venus à se demander tout simplement si l'on pourrait imaginer un monde qui fonctionnerait aussi bien (ou mal !) que le nôtre, mais où il n'y aurait que des devoirs, et pas de droits : cette question ne peut se comprendre qu'à la condition d'avoir saisi le point de départ hohfeldien de l'expérience de pensée de Feinberg (et pas seulement son point de départ kantien). Feinberg se demande en effet si la corrélativité des droits et des devoirs est parfaite, c'est-à-dire, si l'on doit admettre qu'il n'y a pas de devoir sans droit corrélatif. Or la corrélativité des droits et des devoirs, dans le contexte qui est celui de Feinberg, est une question historiquement associée à Hohfeld et à son article de 1913.

Troisièmement, ce qui pourra surprendre, c'est qu'en réalité, Hohfeld ne dit quasiment *rien de plus*. En tout cas, au sujet d'une tentative de « définition » des droits, on n'aura pas d'explications plus précises et philosophiques que la suivante :

« Les relations de droit strictement fondamentales sont, après tout, *sui generis* ; et c'est pourquoi les tentatives de définition formelle sont toujours décevantes, sinon inutiles. Par conséquent, la façon de procéder la plus prometteuse semble être l'exhibition de toutes les diverses relations selon une organisation en « opposés » et « corrélatifs », puis de continuer en montrant leur portée individuelle et leur application dans des cas concrets. Un effort sera fait pour se tenir à cette méthode »²⁴.

Si l'on fait une interprétation de ce passage, on peut noter que Hohfeld ne *définit* pas ce que veut dire *right*, ou avoir un droit. C'est un point lié à la nature du procédé qu'il utilise, qui est celui de l'analyse. L'analyse régresse à un niveau de notions primitives, à des indémontrables. Ainsi il ne *démontre* pas qu'avoir un droit c'est avoir en face quelqu'un qui a un devoir correspondant. Pourquoi n'est-ce pas une définition ? Avant tout parce que l'analyse telle qu'il l'entend signifie que saisir le sens d'une notion

²³ Joel Feinberg, « The nature and value of rights », in *The Journal of Value Inquiry*, 4/4, 1970, pp. 243-260.

²⁴ « The strictly fundamental legal relations are, after all, *sui generis*; and thus it is that attempts at formal definition are always unsatisfactory, if not altogether useless. Accordingly, the most promising line of procedure seems to consist in exhibiting all of the various relations in a scheme of 'opposites' and 'correlatives' and then proceeding to exemplify their individual scope and application in concrete cases. An effort will be made to pursue this method » (Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923, p. 36).

juridique, c'est saisir l'intégralité de la relation et de ce qu'elle permet concrètement. Mais aussi parce qu'il n'y a aucune réflexion sur ce qui fait l'essentiel des discussions philosophiques sur les droits : leur dimension fonctionnelle, politique. Hohfeld ne prend pas parti dans le débat entre droits comme intérêts juridiquement protégés ou comme sphère de souveraineté individuelle²⁵. Hohfeld expose un cadre, constitué de relations, à partir duquel analyser et reconstruire les différentes notions du Droit américain. Il pense qu'on peut raisonner plus facilement et clairement grâce à elles, et il ne prétend rien de plus.

Nous sommes là au cœur d'une difficulté fondatrice de l'éventuelle autonomie de la philosophie du Droit. Hohfeld, sans le théoriser, mais de façon évidente, ne conçoit pas sa théorie du Droit analytique (*analytical jurisprudence*), comme autre chose qu'une réflexion sur le *fonctionnement* du phénomène juridique. Il faut prendre ici la mesure de son silence sur la valeur morale, politique, utilitaire du Droit et des droits. Évidemment, et d'autres textes le confirment, il a son opinion là-dessus : simplement, en venir au niveau du discours sur la fonction du Droit et des droits relève pour lui de ce qu'il a appelé les fonctions *téléologiques* et *constructives* de la théorie du Droit.

S'il existe une philosophie analytique du Droit, chez Hohfeld, mais chez nombre d'auteurs (on pensera évidemment à la théorie pure du Droit de Hans Kelsen²⁶), c'est avant tout une étude *interne*, qui a affaire à un système idéalement cohérent de relations juridiques (de normes, pour Kelsen). Philosopher sur le Droit d'un point de vue analytique, c'est pour Hohfeld mener « l'analyse et la réduction parfaites des divers problèmes aux plus petits concepts génériques connus de la loi »²⁷. La fonction de la philosophie analytique du Droit est donc claire, et peut se résumer ainsi :

« l'un des objectifs principaux de la jurisprudence analytique est de tester et de critiquer nos principes légaux et nos règles de Droit selon des considérations internes de consistance logique et de systématité »²⁸.

²⁵ Pour avoir une idée de ce débat et de ses enjeux, cf. Kramer, Simmonds et Steiner, *A Debate over Rights*, Oxford, OUP, 1998. Le débat a des racines plus lointaines, puisqu'il a notamment opposé Savigny et Jhering, qui sont parmi les plus éminents juristes allemands, et européens, du XIX^e siècle.

²⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (seconde édition), Paris, LGDJ, 1962.

²⁷ « perfect analysis and reduction of the various problems to the lowest generic conceptions known to the law », in « A vital school of jurisprudence and law » (Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923, p. 349).

²⁸ « Thus formal, or analytical, jurisprudence has as one of its principal purposes the testing and criticism of our principles and rules of law according to intrinsic or internal considerations of logical consistency and system. » (*ibid.*, p. 351).

Nous pouvons donc en venir à notre premier problème au sujet du caractère analytique d'une philosophie du Droit. Si la philosophie du Droit doit être vraiment analytique, et que l'analyticité n'est pas simplement qu'un style et un corpus plus ou moins bien défini d'auteurs, d'expériences de pensées, de réseaux sociaux, est-il acceptable de parler de philosophie, *analytique*, du Droit, pour les débats traitant de la fonction des droits ? Hohfeld est l'exemple typique d'une pensée du Droit qui répond non à cette question. Comme de nombreux philosophes du Droit, il propose un cloisonnement strict entre philosophie politique et philosophie du Droit. Que la séparation soit naïve ou pas, elle est fortement liée à une certaine conception de ce qu'est la philosophie analytique : une réduction de la complexité apparente du discours et de la pensée vers ses éléments fondamentaux et primitifs. L'élucidation politique, fondée dans une interprétation relative à des buts posés par les hommes, n'est pas philosophiquement coupable : mais elle est distincte de l'entreprise analytique.

VII. Problème n°2 : Hohfeld dans l'histoire du Droit d'après les *Critical Legal Studies* (CLS)

Du point de vue conceptuel, ce qui peut sembler surprenant est l'usage fréquent qui est fait de Hohfeld par une certaine école de pensée juridique : les *Critical Legal Studies*. Cet usage part d'une vérité au sujet de Hohfeld : il a fortement insisté sur la distinction entre droit et liberté. Pour lui, on l'aura compris, il faut absolument distinguer : 1) le fait d'avoir le droit de faire quelque chose ; et 2) le fait d'être protégé de toute intervention extérieure qui viendrait faire obstacle à l'exercice de ce droit n°1.

L'exemple qu'il prend, et il est très significatif à son époque, est le suivant. Aux USA, au début du XX^e siècle, se livrait une lutte assez violente dans le monde juridique pour s'opposer au pouvoir des syndicats de travailleurs. Le droit de grève était reconnu, mais au nom de la protection de la propriété privée, à laquelle on considérait que les grévistes portaient préjudice, on restreignait fréquemment ce droit de grève, et on usait de ce qui s'appelait les *labor injunctions*. Il s'agissait de procédures très rapides (parfois en quelques heures à peine), qui permettaient à un employeur de faire interdire tout rassemblement devant son établissement de la part d'employés extérieurs (syndiqués le plus souvent) qui viendraient manifester leur soutien à des employés grévistes de son établissement. L'idée était que la propriété consistait en un droit de jouir et de faire fructifier son bien. Ainsi, les manifestations, les piquets de grève de

personnes extérieures à l'entreprise n'étaient qu'une nuisance à condamner au titre du respect du droit de propriété. Hohfeld prend cet exemple car il faisait partie du mouvement *critique*, à la suite notamment du juge Oliver Wendell Holmes, et d'autres précurseurs du réalisme juridique²⁹, qui se situaient politiquement du côté de ceux qui souhaitaient une évolution plus protectrice du Droit du travail fédéral.

L'analyse de Hohfeld est en effet éclairante sur ce point. C'est une chose d'avoir le droit d'user de sa propriété. Mais ce droit est un faisceau de droits particuliers et qui restent à spécifier. Pour Hohfeld, dans le cas d'espèce qu'on a expliqué (la nuisance portée à la propriété d'autrui), le droit de propriété se réduit à un *privilège*, à l'absence de devoir envers autrui au sujet de ma propriété : je ne dois rien à autrui pour ce qui m'appartient. Grâce à ce privilège, on ne peut pas réclamer que j'arrête de travailler, ou que je travaille non plus d'ailleurs. Mais c'est une autre chose que d'être fondé juridiquement à interdire à autrui d'interférer dans l'exercice de ce privilège. Mon droit de propriété n'inclue pas de façon nécessaire le « droit » qui vous empêche d'interférer : un *claim* relatif à votre non interférence. Je n'ai pas *automatiquement* le droit, envers quiconque, de l'empêcher de m'empêcher de faire usage de mon bien (à condition bien sûr qu'il ne viole pas d'autres interdictions)³⁰.

Dans son article, Hohfeld ne prend pas position concernant l'interprétation d'une loi, d'un texte précis. Il se contente, mais on peut comprendre ses intentions dans le contexte dans lequel il évolue, de souligner que ce sont deux choses différentes : d'un point de vue juridique, il ne suffit pas de constater l'existence d'un droit de propriété constitutionnellement protégé, pour en *déduire* le devoir pour certaines personnes de ne pas mener des actions de revendication syndicale. Passer de l'une à l'autre n'a rien d'une nécessité logique, d'une vérité d'essence au sujet de la propriété privée.

Un des arguments non analytiques pour faire apparaître cette distinction a été de mettre la contestation publique, organisée par les syndicats, sur le même plan que la compétition économique. Évidemment, le fait pour une entreprise d'en concurrencer une autre dans le même secteur

²⁹ Pour la présentation de ce mouvement, voir deux approches importantes et divergentes : Morton Horwitz, *The Transformation of American Law*, vol. II, Oxford, OUP, 1992 ; et John Henry Schlegel, *American Legal Realism and Social Sciences*, Durham, University of North Carolina Press, 1995.

³⁰ Prenons l'exemple d'un joueur de football qui serait propriétaire de son ballon : il a le droit d'user de la balle (il a intérêt, s'il veut mettre un but), mais il n'a pas le droit d'interdire aux adversaires de jouer aussi. Si l'on traduit en termes hohfeldiens, chacun a un privilège sur le ballon, mais personne n'est fondé à revendiquer (*claim*) la non intervention d'autrui.

d'activité, présente un risque de lui *nuire économiquement*. C'est même un but de l'activité économique, pour une entreprise, que de prendre le marché de l'entreprise concurrente. Cette compétition est bien en un sens une atteinte à la propriété du concurrent, mais elle n'est la violation d'aucun droit d'aucune espèce. Dès le juge Holmes³¹, et grâce à Hohfeld de façon plus systématique, on a défendu l'idée que cette autorisation de la manifestation, de la contestation, n'était pas une atteinte à la liberté de la propriété, mais au contraire l'exercice d'un droit, certes en conflit avec le droit de l'entrepreneur, mais tout aussi fondé dans la constitution des États-Unis que celui de la protection de la propriété privée.

Pour le dire d'une dernière façon : la propriété privée n'est pas une norme dont la signification *objective* serait l'interdiction de tous les comportements nuisibles à l'usage et à la valorisation de cette propriété. Il faut justifier *plus* qu'un droit de propriété pour justifier ces interdictions.

C'est pourquoi les auteurs des CLS³², en la personne de Duncan Kennedy³³, mais aussi et surtout chez un membre mineur de ce mouvement, Joseph Singer, ont fait de Hohfeld un quasi-héros de la destruction de ce qu'ils ont appelé la « pensée juridique classique » américaine (*Classical legal thought*). Singer³⁴ présente Hohfeld comme un tournant dans la pensée juridique libérale. Pour lui, le libéralisme consiste dans l'idée qu'on peut justifier le Droit uniquement du point de vue du respect des libertés, lesquelles ne serait à limiter que dans la mesure où leur exercice en viendrait à nuire à autrui. Le Droit libéral est défini comme celui qui prétend maximiser les libertés et ne les limiter qu'au nom de leur compatibilité. Singer critique alors deux choses : d'une part le mensonge idéologique sur les intentions véritables à l'origine des législations libérales ; d'autre part, le mensonge philosophique sur le fait qu'une société libérale assure la compatibilité pacifique des différentes libertés. L'analyse de Hohfeld lui sert à montrer que les libertés n'interdisent pas *logiquement, rationnellement*, qu'on nuise à autrui, ou qu'autrui me nuise. Elle sert aussi

³¹ Holmes, par exemple, dans un vocabulaire assez politiquement connoté, a défendu l'idée qu'on devait autoriser ces manifestations, à partir du principe de l'autorisation de la lutte économique, en considérant que la lutte entre représentant du capital et représentants du travail en faisait autant partie que la lutte entre entrepreneurs capitalistes.

³² On trouvera la même idée dans l'histoire de la pensée juridique américaine de Morton Horwitz : *The Transformation of American Law*, vol. II, Oxford, OUP, 1992. Dans le chap. 5 « The Progressive Transformation in the Conception of Property » (pp. 145-168), les pages 151 à 156 sont consacrées à Hohfeld.

³³ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 1997. Spécialement au chap. 4 : « The Paradox of American Critical Legalism », pp. 73-96.

³⁴ J. Singer, « The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld », in *Wisconsin Law Review*, 1982, pp. 975-1060.

à montrer que d'une liberté on ne déduit pas un droit qui nous protège. Sous le libéralisme, on peut jouir de liberté et n'être pas protégé contre une grande quantité de maux (notamment économiques). Bien évidemment, on aura compris que les CLS, ici J. Singer, sont critiques du libéralisme ainsi entendu.

C'est ainsi que Hohfeld, auteur qui se présentait comme un analyste formel de la structure logique du Droit, est devenu l'un des précurseurs, d'après Kennedy et Singer, de la critique des droits et de la prétendue rationalité du système juridique. Or ce qui est certain, c'est que Hohfeld pensait que cette rationalité était sinon donnée, du moins un idéal à *construire* et *défendre*. Et ce pour une raison simple : c'est que c'était la condition même d'une approche analytique. Si l'on ne pouvait avoir une approche analytique, laquelle conditionnait la possibilité d'inférences normatives, alors son travail n'avait aucun sens. Il y a là comme un retournement étrange dans l'histoire de la philosophie du Droit.

VIII. Hohfeld, philosophe analytique du droit

Il nous faut désormais revenir à la question de la dimension analytique du travail de Hohfeld. Comme nous l'avons dit, l'absence d'explications détaillées de la part de Hohfeld sur la signification philosophique de son travail a ouvert la voie à de nombreuses interprétations entre lesquelles il serait fastidieux ici de vouloir trancher³⁵. En revanche, il nous semble très vite acquis que Hohfeld a une démarche analytique aux sens 1, 2 et 4 du modèle que nous avons proposé auparavant. C'est tout le but que de ce réseau de relations juridiques fondamentales que de faire face à ces trois dimensions : l'aspect composite de la réalité juridique (1), qui appelle une réduction pour gagner en intelligibilité (2) et faciliter les déductions et raisonnements juridiques (4). Mais qu'en est-il du troisième élément de définition, de la dimension ontologique de l'analyse ?

À première vue, Hohfeld prétendait aboutir aux « plus petits dénominateurs communs » de la loi. Mais comment doit-on comprendre cette affirmation ? Il nous semble qu'il y a chez Hohfeld exactement la même ambiguïté que dans la démarche analytique à son apogée chez Russell. Hohfeld s'exprime très fréquemment comme s'il parvenait à atteindre les ingrédients primitifs, réels du phénomène juridique : ces liaisons déontiques et ces rôles qui créent ce réseau qu'est le Droit. Mais son

³⁵ À titre d'indication, voir G. Azzoni, « Interpretazioni di Hohfeld », in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 24/2, 1994, pp. 443-488. Ce travail ne fait encore que recenser les différentes interprétations : il n'arbitre pas entre elles.

manque d'insistance sur le sujet et le fait qu'il s'intéresse, en tant que juriste, à l'usage clarificateur et salvateur de ces analyses peut aussi laisser entendre qu'il admettrait modéliser une situation, et que la valeur de cette modélisation est dépendante de l'apport pragmatique qu'elle permet : à savoir, la résolution correcte des problèmes de droit.

Or, cette hésitation est précisément celle qui était laissée ouverte, selon P. Hylton, par la notion d'analyse telle qu'elle naît chez Russell. D'après Hylton, deux voies s'ouvraient à ce moment de l'histoire de la philosophie, pour autant qu'elle se voulait analytique.

La première voie est celle que Hylton nomme *anti-métaphysique*. Cette voie signifie que, si l'on a produit un modèle de la chose étudiée qui fonctionne, c'est-à-dire un modèle où l'interprétation de l'objet d'étude permet une substitution *salva veritate*, un modèle où on peut déduire de l'interprétation la même chose que ce qu'on déduit de l'objet d'étude, on a finalement *répondu* aux questions philosophiques que l'on se posait. Un modèle fonctionnel est un résultat *suffisant* de l'analyse philosophique, indépendamment des questions d'ordre spéculatif sur la distinction réelle entre le modèle et la chose (même) : on a rendu compte du sens de façon logique, structurée et rationnelle et c'est finalement là l'objet de la philosophie. Il est superflu de s'engager dans les discussions sur le lieu d'existence, ou le mode d'existence de la chose et de son modèle : on a mieux compris ce qu'était la chose par le jeu de l'analyse logique.

Or Hohfeld a très clairement partie liée avec cette approche. Il est entendu, dans le monde de la logique des normes, qu'il a profondément inspiré les premiers travaux de modélisation logique des situations juridiques. Un des travaux pionniers en la matière, celui de Stig Kanger, propose explicitement de partir des acquis de Hohfeld pour modéliser sérieusement les situations éthiques et juridiques³⁶.

La seconde voie est selon Hylton la voie psychologique, ou plutôt *épistémologique*. Il s'agit d'accorder de l'importance à cette question de la perception d'éléments simples, et de choisir de modifier la théorie, l'analyse, en fonction de la valeur de notre mode d'accès aux faits et/ou objets que l'on prétend analyser. Telle est la voix choisie par Russell dans les années suivant « On Denoting ». Mais alors, il faut impérativement déployer une théorie du mode d'existence des choses que l'on étudie, ou que l'on veut analyser, et du mode d'accès à ces choses. Et surtout, il est à penser que selon le type de choses auquel on a à faire, l'analyse n'aura pas

³⁶ Stig Kanger, « New Foundations for Ethical Theory », tirage privé, Stockholm, 1957. Repris dans Kanger, *Collected Papers of Stig Kanger*, vol. I, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 99-119.

les mêmes possibilités de clairvoyance, les mêmes ambitions légitimes.

Or s'il est un objet dont la nature est bien problématique, c'est celle du devoir-être, de ces normes juridiques ou morales, des obligations et autres, et finalement, des droits qui sont notre objet d'étude. Ici, Hohfeld en est resté à un silence neutre, qui signale une naïveté que nous serions bien prétentieux de taxer de coupable, mais qui ne peut que constituer un problème (au même titre que cela a posé un problème pour Russell). Alors que Hohfeld est très clairement resté au niveau neutre et naïf, une autre approche du phénomène juridique consisterait à s'interroger sérieusement sur ces « choses » qui constituent le Droit, et qui s'appellent les normes.

En définitive, si Hohfeld nous semble si important dans l'histoire de la philosophie analytique, et de la philosophie du Droit, c'est qu'il est précisément à ce carrefour qui devait mener la philosophie analytique de sa première période, naïve et teintée de réalisme, aux débats fondamentaux sur la question de l'assise ontologique des éléments primitifs que toute analyse se doit de proposer comme solution philosophique. On retrouve dans la structure de sa pensée les problèmes que la philosophie analytique en général a essayé de prendre en charge.

IX. Dans quelle mesure une philosophie du Droit peut-elle rester analytique ?

Dans la mesure où nous avons jugé que Hohfeld représente un cas paradigmatique d'approche analytique, mais un cas problématique, il faut se demander ce que peut vouloir dire « adopter une démarche analytique » en philosophie du Droit aujourd'hui. Nous esquisserons deux remarques, sans doute bien trop courtes.

Pour être analytique, une philosophie du Droit semble admettre à la fois le présupposé que le Droit est un système rationnel et logique, et le but que le Droit maximise cette systématicité. Le caractère logique et rationnel du Droit comme système de normes est donc à la fois le filtre à travers lequel le phénomène juridique est lu, et le but que les travaux analytiques aident à atteindre du mieux possible. Le Droit est compris comme système suffisamment rationnel et dont on peut maximiser la rationalité. La première question qu'il faut donc résoudre pour se déclarer analytique, c'est la justification de ce constat et de ce but assignés à la pensée du droit. Après tout, certaines théories du Droit ont fait le deuil de l'idée de consistance logique dans l'édifice juridique...

Deuxièmement, il est absolument nécessaire de revenir à la question fondamentale et ontologique au sujet du Droit. S'il semble que l'analyse

philosophique a reposé chez Hohfeld sur une forme de réalisme naïf, sur l'idée qu'il existe une grammaire élémentaire des relations juridiques, accessible à la raison, il faut au minimum *justifier* cette théorie. De ce point de vue, les débats sur l'ontologie de la norme entre normativisme kelsénien et réalisme juridique (nous pensons ici à la critique de la thèse kelsénienne de l'existence d'un sens objectif de la norme juridique par M. Troper) ont une importance considérable pour ce qui est de la philosophie analytique en général.

Conclusion

Nous avons essayé de montrer que l'on peut trouver chez Hohfeld un véritable cas de philosophie analytique du Droit. Mais cette philosophie se caractérise par un nombre de faiblesses, d'ambiguïtés et d'impensés qui sont désormais inacceptables. Le point central d'une philosophie du Droit qui se voudrait analytique au sens strict du terme, c'est tout simplement de s'assurer que son objet, la norme, soit redevable d'une étude rationnelle structurée d'une façon logique ou quasi logique. Si tel n'était pas le cas, il serait en définitive bien difficile de parler d'une philosophie analytique : à moins de s'en remettre, comme certains le font, à des critères purement sociologiques ou stylistiques de l'analyticité de la philosophie ou d'affadir considérablement la notion d'analyse.