

en ce qu'elle entend décrire la pratique réelle et effective des juristes et non un idéal normatif.

Pierre Brunet  
 Université Paris Ouest Nanterre  
 Directeur de l'UMR 7074  
 Centre de Théorie et analyse du droit  
 Membre de l'IUF

### Andrei Marmor

*Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press, 2011. 184 p.

La philosophie analytique du droit est une discipline présentant une difficulté d'approche notoire pour quiconque souhaite s'y intéresser. En effet, elle semble quasi-inaccessible en raison du fait qu'elle requiert des connaissances préalables dans les domaines de la philosophie et plus particulièrement de la philosophie analytique, en plus du droit et de la politique. Cela est sans oublier le fait que certaines des écoles de pensée de ce domaine se rapprochent de la théologie (le jusnaturalisme) ou encore de la sociologie (le réalisme juridique scandinave ou américain). Ainsi, l'idée décrire un ouvrage visant à présenter ce champ d'études peut paraître hasardeuse en raison de la complexité et de la variété de ses débats et de ses développements. Pourtant, c'est le mandat qu'a confié Scott Soames, éditeur de la série *Princeton Foundations of Contemporary Philosophy*, au professeur Andrei Marmor, directeur du Center for Law and Philosophy de la University of Southern California.

L'ouvrage *Philosophy of Law*<sup>1</sup>, résultant de cette démarche, tente donc d'expliquer les principaux débats philosophiques ayant marqué et marquant toujours la philosophie analytique du droit. Cependant, l'auteur ne s'adresse pas à un auditoire n'ayant aucune connaissance du domaine en question, mais plutôt aux initiés de son langage. De plus, il ne tente pas de couvrir l'entièreté des débats de la philosophie du droit. Comme le dit Marmor lui-même, « The book is not meant to be comprehensive, even in its limited focus, and it certainly does not cover most of the issues that philosophers interested in law work on »<sup>2</sup>. Ce « limited focus » représente le fait que l'auteur concentre ses efforts à cerner les débats philosophiques entourant la nature du droit. Adoptant la méthode de l'analyse conceptuelle, Marmor cherchera donc à cerner le caractère fondamental du concept de droit.

Au cours du livre, qui est composé d'une introduction et de six chapitres, l'auteur ne tentera pas de dresser un portrait neutre du domaine qu'il étudie,

<sup>1</sup> Andrei Marmor, *Philosophy of Law*.

<sup>2</sup> Ibid., 11.

sachant pertinemment qu'il a lui-même participé aux différents débats et qu'il lui serait probablement impossible d'être entièrement objectif. Marmor adopte une autre stratégie : en retraçant l'histoire des débats ayant façonné la philosophie analytique du concept de droit, il construit sa propre position, qui s'inscrit dans la lignée du positivisme juridique. Ainsi, l'ouvrage se concentre principalement sur la théorie positiviste du concept de droit. En ce sens, l'auteur avance que le droit est un construit social distinct de la morale avec laquelle il n'est pas nécessairement lié.

Selon Marmor, le « problème » philosophique principal à résoudre en ce qui a trait à la nature du droit est celui de son caractère essentiellement normatif. Il explique que ce qui préoccupe les philosophes du droit est le fait que les normes juridiques sont des actes de volonté humaine : « how to explain this unique normative significance of events in the world that are, basically, human actions, acts of will, so to speak, performed by groups or individuals? And what does this normative significance consist in? »<sup>3</sup>

L'auteur soutient que deux questions principales sous-tendent le problème de la nature essentiellement normative du droit : la question de la validité du droit et la question de la normativité du droit. La première question est celle de savoir ce qui fait en sorte qu'une norme donnée peut être comprise comme étant du droit. Marmor spécifie que trois grandes écoles de pensée ont répondu à cette question. La première, le positivisme juridique, école à laquelle il appartient, prétend que la validité du droit, ou la « légalité », doit être conçue en termes de faits sociaux. La seconde, le jusnaturalisme, rejette la conception positiviste de la validité du droit au profit d'une évaluation morale du contenu de cette norme. Puis, il existe une position médiane entre les deux, qui prétend que le contenu moral des normes peut être une condition de leur validité, mais pas nécessairement. Cette dernière école est principalement représentée par les positivistes dits « inclusifs », mais également par Ronald Dworkin. La seconde question, quant à elle, a trait au caractère prescriptif de ces normes, c'est-à-dire pourquoi les individus d'une société donnée suivent les normes de cette dite société.

Ces deux questionnements en ont engendré un troisième, de nature méthodologique : « [i]f, indeed, the factual aspects of law cannot be detached from its normative content, perhaps a philosophical account of what the law is cannot be detached from the normative content that is ascribed to law »<sup>4</sup>. La question est donc de savoir s'il est possible qu'une théorie du droit soit purement descriptive, ou s'il faut nécessairement prendre en compte des considérations d'ordre normatif ou encore prescriptif lorsque l'on souhaite théoriser le droit.

Ces deux thèmes, soit la relation entre le factuel et le normatif, d'une part, et entre la substance et la méthode, d'autre part, forment le propos principal de l'auteur. Ce faisant, il tentera de prouver que l'élément ayant déterminé la direction de ces débats est le résultat de la position des différents auteurs sur la question de la possibilité d'une explication « réductive » du concept de droit. Par « réduction »,

<sup>3</sup> Ibid., 2.

<sup>4</sup> Ibid., 7.

Marmor entend le processus par lequel un phénomène ou encore un concept, ici celui de droit, peut être expliqué en termes d'un autre phénomène ou d'un autre concept plus fondamental<sup>5</sup>. Dans le cas présent, Marmor croit que cette réduction est celle qu'ont faite plusieurs positivistes juridiques en tentant d'expliquer le concept de droit en termes de faits sociaux.

Dans cette optique, l'auteur commence son exposé en présentant un philosophe résolument antiréductionniste, Hans Kelsen. Ce dernier voyait sa démarche comme une tentative de développer une théorie « pure » du droit, c'est-à-dire une théorie *purifiée* de toute idéologie politique et de tout élément des sciences naturelles<sup>6</sup>. Ainsi, chez Kelsen, le défi principal de la théorie du droit serait d'expliquer la validité et la normativité du droit sans l'utilisation d'une réduction à d'autres domaines. Cependant, Marmor croit que le juriste austro-américain a échoué dans sa tentative. En effet, il n'aurait pas réussi à éviter le réductionnisme dans son explication de la validité du droit. Selon Marmor, la théorie de la *Grundnorm* de Kelsen, qui indique que les normes qui sont valides légalement dans une société dérivent d'une norme de base *présupposée*, entraîne malgré elle une explication réductionniste du fait que le contenu de cette norme présupposée ne peut être qu'un construit social. En effet, même si la norme de base d'une société donnée n'existe pas en tant que fait social, ce qui la compose est le résultat des actions, croyances, et attitudes des individus de ladite société.

Il est intéressant de noter que Marmor débute son ouvrage par la présentation de la théorie de Kelsen. En effet, cette façon de procéder est plutôt originale, alors que le narratif du positivisme juridique débute traditionnellement avec la théorie de la sanction de John Austin<sup>7</sup>, ou encore la théorie plus nuancée mais publiée à titre posthume de Jeremy Bentham<sup>8</sup>. En mettant l'accent sur l'influence des écrits de Kelsen, Marmor nous permet de réaliser toute l'importance de la théorie du juriste sur l'évolution de la théorie du droit au cours du vingtième siècle.

<sup>5</sup> Marmor rappelle qu'il existe plusieurs types d'explications réductives pertinentes pour différents domaines d'études. Il précise ensuite, en notes de bas de page, que « [t]he type of reduction more relevant to legal theory is constitutive or metaphysical: the idea of a metaphysical reduction is to show that a distinct type of phenomenon is actually constituted and fully explicable by a different, more foundational, type of phenomenon or set of facts ». Marmor, *Philosophy of Law*, 12 (nbp 1).

<sup>6</sup> Hans Kelsen, « Pure Theory of Law », 2<sup>e</sup> édition, traduit de l'allemand par Max Knight (Berkeley: University of California Press, 1983).

<sup>7</sup> La théorie de la sanction de John Austin peut se résumer grossièrement en trois points : (1) le droit est un commandement issu du souverain ; (2) ce commandement est soutenu par une menace ; et (3) le souverain est celui qui est habitué d'être obéi de tous et de nobéir qu'à lui-même. Voir l'œuvre phare de John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, édité par Wilfrid E. Rumble (Cambridge: Cambridge University Press, 1995).

<sup>8</sup> « Outre le fait que pour Bentham la souveraineté n'est ni illimitée (le souverain devant obéir à certaines prescriptions) ni indivisible (comme le montre le fédéralisme moderne), son modèle n'a pas cette allure purement pénale de celui de Austin et englobe dans le concept de loi l'ordre judiciaire, administratif, voire domestique et familial, et relie au pouvoir de la loi le droit pour le particulier de posséder et d'aliéner sa propriété et sa capacité de conclure des contrats ». François Chevette et Hugo Cyr, « De quel positivisme parlez-vous ? » (2007) dans Louise Rolland et Pierre Noraud, *Mélanges Andrée Lajoie* (Montréal : Thémis, 2008), 8. Voir Jeremy Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), édité par J. H. Burns et H. L. A. Hart (Oxford: Oxford University Press, 1970).

La leçon de l'impossibilité de l'antiréductionnisme a été apprise et mise en pratique par le second auteur que Marmor étudie : H. L. A. Hart<sup>9</sup>. Comme Kelsen, Hart croit qu'il existe des normes identifiant ce qui est du droit et la façon par laquelle il est créé et modifié au sein d'une société donnée. Par contre, Hart ne présuppose pas ces normes de second degré, mais croit plutôt qu'elles sont des règles sociales, suivies par les juges et les agents légaux : il s'agit des règles de reconnaissance. Ainsi, Hart adopte une approche résolument réductionniste de la validité du droit, puisque les conditions de cette validité sont déterminées par des faits sociaux, en l'occurrence les règles sociales de reconnaissance.

Cependant, Marmor s'interroge sur les raisons qui pousseraient les juges et les justiciables à suivre les règles de reconnaissance. Selon lui, Hart n'a pas répondu de façon adéquate à ce questionnement. Ainsi, il avance que les règles de reconnaissance sont en fait des « conventions constitutives »<sup>10</sup>. Il désigne ainsi une entente implicite entre les juges et les agents légaux par rapport à ce qui constitue la pratique légale. L'obligation qu'ont ceux-ci de suivre les règles de reconnaissance est simplement légale et non pas morale ou politique :

Conventional practices create reasons for action only if the relevant agent has a reason to participate in the practice to begin with. [...] The obligation to play by the rules—to follow the law, if there is one—must come from moral and political considerations. The reasons for obeying the law cannot be derived from the norms that determine what the law is.<sup>11</sup>

En ce qui a trait à la normativité du droit, Marmor partage l'avis de Hart selon lequel la fonction principale du droit est de guider la conduite des individus. Comme l'expliquent François Chevrette et Hugo Cyr au sujet de cette affirmation,

[p]our celui qui adopte l'attitude critique du participant au système, ce que Hart nommera le « point de vue interne », la règle de droit constitue une « raison pour agir » et, du même coup, un standard d'évaluation pour le comportement des sujets auxquels la norme s'applique. L'obligation est ainsi distinguée de la pure contrainte, par une réintroduction de la normativité au sein de la première, la seconde étant de l'ordre du fait brut<sup>12</sup>.

Cependant, Marmor croit que la vision de Hart est quelque peu simpliste, car elle n'explique pas pourquoi les gens voient une « raison pour agir » dans les directives légales<sup>13</sup>. Il propose donc de la remplacer par une conception du droit comme autorité légitime inspirée par Joseph Raz. Selon ce dernier, un des aspects essentiels du droit est qu'il prétend toujours être une autorité légitime. Ainsi, le droit se doit d'être capable de revendiquer ce statut d'autorité légitime. Pour arriver à l'acquiescer,

<sup>9</sup> L'œuvre phare de H. L. A. Hart est *The Concept of Law*, 2<sup>e</sup> édition, édité par Joseph Raz et Penelope Bulloch (Londres: Clarendon Press, 1994).

<sup>10</sup> Marmor, *Philosophy of Law*, 78.

<sup>11</sup> Ibid., 82.

<sup>12</sup> Chevrette et Cyr, « De quel positivisme parlez-vous? », 10.

<sup>13</sup> Marmor, *Philosophy of Law*, 61.

les sujets de ce droit doivent être en mesure de déterminer ce que ce droit requiert d'eux sans avoir à questionner les raisons sous-tendant cette exigence, qu'elles soient morales ou autres<sup>14</sup>. Cette vision répond donc directement au problème soulevé par Marmor au niveau de la normativité du droit chez Hart et vient la compléter. Ceci mène Marmor aux deux thèses d'un positivisme juridique qu'il considère « plausible » : (1) Dans toute société possédant un système juridique fonctionnel, il existe des conventions sociales déterminant ce qui est considéré comme l'autorité légale de cette société et comment son autorité doit être exercée; (2) Les normes juridiques se composent des directives des autorités légales—autorités identifiées et constituées par les conventions sociales de (1)<sup>15</sup>.

Ayant répondu aux deux questions principales par rapport à la nature du droit, Marmor s'attaque à la question méthodologique relative à la possibilité de le décrire de façon neutre, sans le détacher de son contenu normatif. L'auteur étudie donc, dans un premier temps, l'assertion selon laquelle le contenu du droit ne peut qu'être interprété et donc que l'on ne peut le décrire de façon neutre. Selon lui, même si le droit peut nécessiter une certaine interprétation, son contenu est la plupart du temps assez clair. Marmor présente trois situations où l'interprétation semble nécessaire : lorsque des normes légales entrent en conflit, lorsque le contenu sémantique des normes n'est pas parfaitement déterminé, ou encore lorsque des considérations d'ordre pratique se présentent. Cependant, Marmor ne croit pas que ces trois situations empêchent l'entreprise descriptive d'exister. D'ailleurs, le dernier chapitre de *Philosophy of Law* présente d'une façon très claire la portée des interprétations dans le droit.

Dans un second temps, l'auteur répond à la critique du projet descriptif selon laquelle toute tentative de description du concept de droit engendre nécessairement une évaluation d'ordre moral, ce qui empêcherait une description neutre. Reprenant l'argumentaire de Julie Dickson dans son ouvrage *Evaluation and Legal Theory*<sup>16</sup>, Marmor explique qu'il est vrai que toute théorie, descriptive ou autre, requiert une certaine évaluation. Par contre, celle-ci n'a pas à être morale : elle peut très bien se faire sur des critères d'ordre métathéorique comme la clarté ou encore la simplicité, qui sont tous deux amoraux. En ce sens, ces évaluations n'impliquent pas une remise en question du projet méthodologique descriptif.

Une critique que l'on peut faire à l'ouvrage de Marmor est qu'il existe un quatrième grand questionnement au sein de la philosophie analytique du droit, également d'ordre méthodologique. En effet, la pertinence de l'analyse conceptuelle en tant qu'outil capable d'exposer des vérités *a priori* est remise en question depuis très longtemps. Est-il possible de comprendre correctement

<sup>14</sup> Stefan Sciaraffa mentionne cependant que l'idée d'une raison indépendante de son contenu a été introduite par Hart lui-même lors d'une discussion sur les promesses. H. L. A. Hart, « Legal and Moral Obligation », dans *Essays in Moral Philosophy*, dir. A. I. Melden (Seattle: University of Washington Press, 1958), 102, cité dans Stefan Sciaraffa, « On Content-Independent Reasons: It's Not in the Name », *Law and Philosophy* 28 (2009): 233.

<sup>15</sup> Marmor, *Philosophy of Law*, 83.

<sup>16</sup> Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory* (Londres: Hart Publishing, 2001).

la nature du droit simplement grâce à l'utilisation d'un outil purement philosophique, en l'occurrence l'analyse conceptuelle? Plusieurs auteurs en doutent. Par exemple, les célèbres travaux de W. V. O Quine, sur la distinction entre l'« analytique » et le « synthétique », ne sont mentionnés nulle part dans l'ouvrage<sup>17</sup>. Marmor ne mentionne pas non plus toute la littérature qui en découle, dont les écrits de Frank Jackson qui défend l'analyse conceptuelle<sup>18</sup>, ou encore ceux de Brian Leiter, qui reprend les travaux de Quine pour plaider en faveur d'une « naturalisation » de l'entreprise théorique du droit<sup>19</sup>. Pourtant, les débats sur l'entreprise de la philosophie analytique du droit elle-même sont possiblement plus houleux aujourd'hui que ceux sur la validité ou la normativité du droit, dans le monde anglo-saxon à tout le moins. Malgré le fait que Marmor prévient le lecteur qu'il n'adressera pas tous les questionnements de la philosophie du droit, l'omission de ce dernier débat est particulièrement navrante.

Ce qui vient d'être dit ne remet pas en cause la qualité générale de l'œuvre de Marmor, mais indique simplement que le lecteur pourrait rester sur sa faim par rapport à certaines critiques adressées au côté métathéorique de la philosophie analytique du droit. Cependant, le livre propose une défense du positivisme juridique issu de Hart et Raz nuancée et très créative : l'idée selon laquelle les règles de reconnaissances seraient en fait des conventions constitutives sociétales avait été avancée par Marmor ailleurs<sup>20</sup>, mais sa théorie du droit est présentée ici dans un style clair et très accessible pour quiconque s'intéresse déjà à la philosophie du droit. Il faut cependant prendre cette œuvre pour ce qu'elle est : la défense d'une position précise de la nature du droit, située dans un cadre théorique particulier. Cela n'enlève rien au fait que la trame narrative proposée est particulièrement intéressante et novatrice, et la vivacité d'esprit de l'auteur rend la lecture de *Philosophy of Law* très enrichissante.

P. A. Rodriguez

Candidat au baccalauréat en relations internationales et droit international  
Université du Québec à Montréal

<sup>17</sup> W. V. O. Quine, « Two dogmas of empiricism », *The Philosophical Review* 60 (1951): 20. Dans cet article, Quine avance qu'il n'existe pas de distinction réelle entre des affirmations sociales « vraies en vertu de leur sens » et « vraies en vertu des faits ». Il n'y a que des affirmations que, pour des raisons socio-historiques, nous ne sommes pas prêts à rejeter même devant des preuves empiriques récalcitrantes, et d'autres que nous rejetons dans les mêmes conditions.

<sup>18</sup> Frank Jackson, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis* (New York: Oxford University Press, 1998).

<sup>19</sup> Brian Leiter, « Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence », *American Journal of Jurisprudence* 48 (2003): 17.

<sup>20</sup> Voir par exemple Andrei Marmor, *Social Conventions : From language to law* (Princeton University Press: Princeton, 2009), ou encore Andrei Marmor, « Legal conventionalism », dans *Hart's Postscript: Essays on the Concept of Law*, dir. Jules Coleman (New York: Oxford University Press, 2005), 193.