

Philosophie analytique du droit

Numéro dirigé par Patrick Ducray

Résumés des articles / Abstracts

*** Matthieu Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld »**

Résumé – Il peut être utile de présenter à la fois une mise au point historique et descriptive ainsi qu'une remise en perspective du travail de W. N. Hohfeld dans l'horizon de la philosophie analytique. C'est par sa proposition d'un ensemble précis de huit notions censées constituer la grammaire fondamentale de toute situation juridique que ce juriste américain s'est signalé à la philosophie du droit et de ce qu'on appelle d'ordinaire les droits subjectifs. Nous présenterons son apport en défendant l'idée que ce qui fait sa spécificité, la dimension authentiquement analytique de sa démarche, cache aussi un certain nombre d'impensés qui sont au nombre des questions fondamentales qu'affronte aujourd'hui la philosophie du droit. Nous commencerons par réfléchir à la définition de ce qu'est une analyse philosophique. Pour nous, Hohfeld s'inscrit parfaitement dans le mouvement de naissance de la philosophie analytique. Il en a adopté le réalisme initial, dans une version que nous dirons naïve. C'est cette démarche analytique et réaliste qui nous semble incomprise par la présentation que certains auteurs (J. Singer) ont faite de son travail. Enfin, il s'agira de montrer que Hohfeld a laissé en suspens les questions préjudicielles que rencontre toute philosophie du Droit authentiquement analytique. Nous essaierons, à défaut de répondre à ces questions, de les formuler précisément.

Abstract – This paper aims to bring forward the work of W. N. Hohfeld as a paradigm of analytic philosophy as it was born at the beginning of the 20th century. Hohfeld proposed a set of eight concepts which were supposed to be the fundamental ingredients of any legal situation. Our claim is that Hohfeld offered a perfect case of philosophical analysis : we shall defend this thesis by confronting Hohfeld to our definition of what it is to be an analysis (a definition we built up out of Russell's philosophy and a quite unknown swedish philosopher, A. Wedberg). Then, we will argue that

Hohfeld was misinterpreted by the CLS philosopher J. Singer, who neglected the fact that the American jurist was a “naïve realist” - we think we should call him so. Eventually, we will try to clarify the problems that such a naïve and analytical approach in Law philosophy was leaving unanswered.

*** Benoît Dubrueil, « Réguler l'éthique par le droit »**

Résumé – La relation entre le droit et l'éthique a toujours été complexe. Au cours des dernières décennies, cette relation s'est davantage complexifiée à la suite de l'adoption, dans plusieurs pays, de lois visant à renforcer l'éthique chez les élus et dans la fonction publique. Cet article part de l'idée que les transgressions des règles de l'éthique peuvent découler de processus psychologiques distincts. Elles surviennent parfois parce que l'agent ignore les règles qui s'appliquent à sa situation et parfois parce qu'il sait que sa transgression ne risque pas d'être détectée. Nous utilisons l'exemple des réformes récentes de l'infrastructure de l'éthique au Québec et au Canada pour montrer comment les règles et mécanismes adoptés – codes d'éthique, formations en éthique, vérification accrue, obligation de divulgation – visent à intervenir sur ces différents modes de transgression. Nous explorons finalement comment les mécanismes mis en place ne sont pas seulement susceptibles d'accroître le respect de l'éthique dans les institutions publiques, mais également de transformer – et même dans certains cas d'accroître – les comportements répréhensibles.

Abstract – The relationship between law and ethics has always been complex. In the last decades, this relationship further gained in complexity following the adoption, in several countries, of laws aimed at strengthening ethics among elected officials and public servants. This article starts from the idea that ethical transgressions can result from different psychological processes. They sometimes happen because the agent ignores the rules that apply to her situation, and sometimes because she knows that her transgression does not risk being detected. We use the case of recent reforms of the ethical infrastructure in Quebec and Canada to show how the rules and mechanisms that have been adopted—including codes of ethics, ethics training, increased auditing, or disclosure requirements—aim at intervening on these different modes of transgression. We finally explore how the mechanisms implemented are not only likely to increase the ethical character of public institutions, but also to transform—and even in certain cases to increase—reprehensible behaviour.

*** Mathieu Carpentier, « Autorité, intention, innovation. Joseph Raz et la théorie de l'interprétation »**

Résumé – Joseph Raz est, de l'aveu général, y compris de celui de ses ennemis, l'un des philosophes du droit les plus importants de sa génération. Au sein d'un corpus massif, les questions d'interprétation, quoiqu'évoquées çà et là dans certains de ses ouvrages majeurs, semblaient n'occuper qu'une place marginale. La publication récente en un volume de textes portant sur l'interprétation vient battre en brèche ce constat. Dans cet article on tente de montrer en quoi la théorie razienne de l'interprétation est le prolongement nécessaire de sa théorie (justement célèbre) de l'autorité du droit, transposée ici en termes d'autorité du droit sur ses interprètes. De ce point de vue, la manière dont Raz se situe au sein des controverses classiques sur l'*intention* du législateur est paradigmatique. En effet, seule une prise en compte sérieuse de la théorie de l'autorité comme service permet de comprendre pourquoi il n'est pas contradictoire de soutenir, comme le fait Raz, à la fois une thèse intentionaliste et la nécessité d'un pluralisme interprétatif, c'est-à-dire à la fois que l'intention du législateur (ou plus largement du jurislatureur) joue comme une contrainte sur l'interprétation juridique et que dans certaines situations plusieurs interprétations divergentes voire contradictoires peuvent être correctes.

Abstract – Joseph Raz is undisputedly one of the most significant legal philosophers of his generation (even his enemies acknowledge that). Among his many important works, matters of interpretation seemed to be somewhat marginal, although they have been referred to now and then in some of his major books. The recent publication in one collection of essays of his texts on this topic undermines this received view. This paper claims that Raz's theory of interpretation is the necessary appendix to his justly famous theory of the authority of law, conceived here in terms of the authority the law has over its interpreters. From this viewpoint, the way Raz situates himself among classic controversies about the legislature's intention is paradigmatic. In fact, I argue that one has to take into account the service conception of authority to understand why it is not contradictory to uphold, as Raz does, both an intentionalist claim and a case for interpretive pluralism. I argue that it is not contradictory to assert that the legislator's (or more generally the lawmaker's) intention operates as a constraint on legal interpretation and that, in certain situations, several interpretations, however divergent or contradictory, can be correct.

*** Florian Cova, « Neurosciences et droit pénal : le déterminisme peut-il sauver la conception utilitariste de la peine ? »**

Résumé – Les progrès des neurosciences doivent-ils nous conduire à modifier en profondeur le droit ? Dans cet article, j'examine deux arguments, proposés respectivement par Joshua Greene et Jonathan Cohen et par Xavier Bébin, qui répondent à cette question par l'affirmative. Selon ces arguments, les neurosciences, en promouvant une vision déterministe du comportement humain, devraient conduire à dissoudre l'illusion selon laquelle nous sommes libres et responsables de nos actes, et ainsi nous pousser à passer d'une conception rétributive à une conception utilitariste de la peine. Je soutiens que ces arguments ne sont pas concluants, principalement parce que le passage du déterminisme scientifique à la conclusion selon laquelle nous ne sommes pas libres est psychologiquement inexistant et philosophiquement douteux.

Abstract – Should the development of neurosciences lead us to deeply change the law? In this paper, I assess two arguments, respectively Greene and Cohen's and Bébin's argument, according to which it should. According to these arguments, neurosciences, by promoting a deterministic view of human behaviour, should lead us to realize that our belief in free will and moral responsibility is just an illusion, and to abandon the retributive conception of punishment for the utilitarian conception. I claim that these arguments are inconclusive, mainly because the passage from scientific determinism to the conclusion that free will is an illusion is psychologically inexistent and philosophically dubious.

*** Charles Girard, « Le “libre marché des idées” et la régulation de la communication publique »**

Résumé – Le modèle du « libre marché des idées » exerce depuis près d'un siècle une influence considérable sur le droit des médias et la conceptualisation du débat public, bien au-delà du cadre de la jurisprudence américaine où il a pris forme. Il affirme qu'une politique de laissez-faire, fondée sur la seule protection de la liberté d'expression individuelle, est le meilleur moyen de faire émerger, par la communication publique, les opinions vraies. En conséquence, il est notamment invoqué pour rejeter les projets de régulation des médias de masse, qui sont également justifiés en invoquant le principe de la libre expression. Cet article analyse le modèle du marché des idées (I) et l'une des principales critiques qui lui sont adressées,

celle de C. E. Baker (II). Si le modèle doit être rejeté, la critique que propose Baker de la justification millienne de la liberté d'expression est erronée ; il n'est ni utile ni nécessaire de défendre une conception « absolutiste » de cette liberté pour justifier les interventions régulatrices (III). L'erreur partagée par le modèle du marché des idées et maintes théories favorables à la régulation est de supposer que la liberté d'expression constitue un fondement suffisant pour évaluer la légitimité des interférences dans la communication publique de masse (IV).

Abstract – For almost a century, the “free marketplace of ideas” model has exerted considerable influence on media law and on the conceptualization of public debate--well beyond the context of American jurisprudence, where it first appeared. The model asserts that a laissez-faire policy, based exclusively on the protection of individual freedom of expression, is the best way to help true opinions arise out of public communication. As a result, it is often invoked in order to reject attempts to regulate mass media that also invoke the principle of freedom of expression. This article analyses the free marketplace of ideas model (I) as well as its critique by C.E Baker (II). It suggests that although the model should be rejected, Baker's argument against the millian justification of freedom of expression is unwarranted. His endorsement of an “absolutist” conception is neither useful nor necessary in order to justify regulations (III). The free marketplace of ideas model shares a common mistake with many theories *favorable* to regulation: they assume that individual freedom of expression offers sufficient ground for evaluating the legitimacy of state intervention in mass public communication (IV).

* **Jean-François Kervégan, « Vers une théorie institutionnelle des droits »**

Résumé – Après avoir précisé le sens (assez vague dans l'usage courant) de ce qu'est un droit subjectif (*right*), en s'appuyant notamment sur les distinctions classiques faites par Hohfeld, et après avoir montré que l'on peut ainsi relativiser des oppositions communes comme celle des « libertés » et des « créances », l'article propose une définition des institutions juridiques qui permette de concevoir les droits comme des faits institutionnels. Cette approche des droits s'inscrit dans le spectre des interprétations « faibles » du positivisme juridique (*soft positivism*) qui ont le mérite d'écarter une conception métaphysique des droits sans pour autant en faire de simples « reflets » des normes juridiques objectives.

Abstract – After having precised the meaning (rather vague in the common usage) of what a subjective right is, among others by standing on the classic distinctions established by Hohfeld, and after having showed that one thus may relativize common oppositions such as « liberties » and « debts », the paper comes up with a definition of legal institutions that allows to conceive rights as institutional facts. This approach of rights falls within the scope of the « weak » interpretations of legal positivism (*soft positivism*) that have the virtue of avoiding a metaphysical conception of rights without necessarily making mere « reflections » of objective legal norms of them.

* **Emmanuel Picavet, « L’approche économique du droit, l’éthique et le statut de la norme d’efficacité »**

Résumé – Cet article est consacré aux fondements philosophiques de l’approche économique du droit, dans la perspective d’une meilleure compréhension de sa portée éthique. Le subjectivisme de cette approche est examiné à la faveur d’une comparaison de ses présupposés les plus communs avec certaines thèses courantes sur la nature des opérations juridiques et judiciaires. Il est montré que ce subjectivisme n’implique pas l’arbitraire des critères d’évaluation collectifs et qu’il y bien une certaine contribution de cette approche à l’évaluation éthique. En rapport avec la primauté reconnue au principe d’efficacité dans l’approche économique du droit, une justification éthique nouvelle du recours à une version du principe de Pareto est présentée.

Abstract – This article is devoted to the philosophical grounds of economic theorizing about the law, with the purpose of a better understanding of its ethical significance. The subjectivism associated with the economic approach to legal theory is examined through a comparison of its most usual assumptions with a number of frequently defended views of law and judiciary operations. It is shown that the involved subjectivism does not imply the arbitrary choice of evaluative criteria, and that the economic approach to legal theorizing is ethically significant. In connection with the centrality of efficiency as a normative benchmark in the economic theory of law, a novel ethical justification of the use of a version of the Pareto principle is put forward.

*** Pierre-Yves Quivigier, « L'inquiétante protection de la dignité humaine »**

Résumé – On a pris l'habitude de juger comme contraire à la dignité toute attitude qui met un individu en position de ne pas respecter ce qu'on est en droit d'attendre de tout être humain. On ne prend alors pas en considération la présence ou l'absence de *consentement* du sujet à ce qui est décrit comme une indignité. Il convient pourtant de distinguer deux usages juridiques de cette notion : soit on se protège contre l'action d'autrui (on limite l'action de celui qui me rend indigne), soit on limite ma propre action (on m'interdit certaines actions voulues pour protéger ma dignité). Cette distinction permet de décrire une configuration paradoxale, dans laquelle on est d'autant plus volontiers titulaire d'obligations qu'on est par ailleurs en situation de mériter une protection supplémentaire ; autrement dit : plus on a besoin de voir protéger ses droits, plus on se retrouve limité dans son action au nom d'une dignité imposée de l'extérieur. On montre ici les dangers d'une notion juridique qui étend la protection de la dignité au-delà de la prétention subjective à cette protection, pour aller jusqu'à la protection objective de cette même dignité, y compris contre la volonté subjective d'être protégé, en sorte que l'usage libre que je peux faire de ma propre volonté et de mon propre corps se voit diminué. On plaide donc ici pour que l'usage juridique de la notion de dignité soit réservé aux situations de revendications et de plaintes issues des sujets de droit eux-mêmes, dans le cadre d'une séparation ferme entre morale et droit.

Abstract – It is common practice to consider as contrary to dignity any behavior which puts an individual in a position not to respect what is to be expected from any human being. Neither the presence or the absence of consent of this individual to what is described as an indignity is then taken into account. One should though distinguish between the legal usages of this notion : either one protects oneself against the action of others (one tries to set a limit to the action of the one who makes me undignified), or one limits one's own action (I am forbidden several actions which are meant to protect my dignity). This distinction allows to describe a paradoxical configuration, in which one is all the more holding obligations than one is besides in a situation to deserve an additional protection. In other words, the more one needs to protect one's rights, the more one is to be limited into one's action in the name of a dignity imposed from the outside. We are showing here the dangers of a legal notion which extends the protection of dignity beyond the subjective claim to protection to the objective protection of the very same

dignity, even against the subjective will of being protected in a way that the free use I can do of my own will and body is limited. We speak then here in favor of keeping the legal usage of the notion of dignity to situations of complaints or claims stemming from subjects by law themselves, within the framework of a strict separation between moral and law.

*** Anna C. Zielinska, « Philosophie analytique et droit : le droit à l'enfant est-il une licorne ? »**

Résumé – Pour Alasdair MacIntyre, les droits sont comme les licornes : les uns comme les autres sont des entités de fiction. Cette intuition s'applique au droit à l'enfant : ce dernier n'existe pas et il constitue avant tout une figure rhétorique. Mais ce constat n'explique pas tout. Le présent article examine les usages de la notion de droit à l'enfant, pour essayer de saisir ses enjeux sociétaux plus généraux à l'aide de la théorie des droits comme protégeant avant tout les intérêts, et non pas la volonté, des personnes concernées. Le positivisme juridique dans la lignée des positions prises par MacCormick et Raz permet semble-t-il de repenser le modèle social (focalisé avant tout sur la continuité biologique) qui a fait émerger l'idée même de droit de l'enfant, en fournissant des outils pour le modifier.

Abstract – For Alasdair MacIntyre, rights resemble unicorns: both are fictional. This intuition applies to the right to have a child, which is indeed a fiction: it does not exist and is mainly a rhetorical figure. Nevertheless, this observation is fragmentary and thus not satisfying. This article analyses uses of the notion of a “right to a child” and tries to grasp general social challenges underlying it with a help of the theory of rights according to personal interest, as opposed to the choice theory. Legal positivism, as it is defended by MacCormick and Raz, helps to rethink the social model (focalised on biological continuity more than on anything else) that allowed the very notion of “right to a child” to emerge, and it provides tools to transform it.