

Lu pour vous

-
- **CANALE Damiano et TUZET Giovanni (eds.), *The Planning Theory of Law. A Critical Reading***, Dordrecht : Springer, coll. « Law and Philosophy Library », vol. 100, 2013, 205 p.

Compte rendu par Pierre BRUNET (Centre de Théorie et Analyse du Droit [CTAD], Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense).

En 2011, Scott J. Shapiro publiait son volume *Legality*¹ qui a suscité de très nombreux commentaires et recensions². Le livre dont il est ici question est un commentaire serré de cet ouvrage et le fruit d'une entreprise pour le moins originale que décrit fort bien la préface. Deux ans avant la publication de Scott J. Shapiro, un groupe de philosophes et théoriciens du droit (venant d'Italie, d'Espagne et d'Amérique latine) s'était réuni à l'Université Bocconi de Milan et il avait été demandé à chaque participant de travailler sur un chapitre de la première version du texte de Shapiro. Le résultat de ce travail fit ensuite l'objet d'une discussion avec S. J. Shapiro lui-même. Le livre collectif est le résultat de cet échange à l'issue duquel chacun relut son texte à la lumière de la version définitive du texte de Shapiro. Les éditeurs avaient d'ailleurs demandé à ce dernier de verser une contribution qu'il n'a malheureusement pas pu fournir. L'intérêt majeur du livre est d'aborder la théorie que propose S. J. Shapiro d'un « point de vue externe ». Comme l'annoncent Da-

1. Scott J. SHAPIRO. *Legality*, Cambridge : The Belknap Press, 2011.

2. Sans même prétendre à l'exhaustivité : Thomas Bustamante, « Legality, by Scott Shapiro », *Legal Studies - The Journal of the Society of Legal Scholars*, 2012, vol. 32, p. 499- 507 ; Thomas P. Crocker, « Whom Should You Trust? Plans, Pragmatism, and Legality », *Tulsa L. Rev.*, 2011, vol. 47, p. 205- 217 ; David Dyzenhaus, « Legality without the Rule of Law? Scott Shapiro on Wicked Legal System », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2012, vol. 25, no 183-199 ; Ian P. Farrell, « On the Value of Jurisprudence », *Texas Law Review*, 2011, vol. 90, p. 187- 224 ; John Gardner, « Legality », *Notre Dame Philosophical Reviews*, 2011 ; Jason C. Glahn, « Is Hard Positivism too Hard to Swallow », *North Dakota Law Review*, 2005, vol. 81, p. 499- 524 ; Martin Jay Stone, « Planning Positivism and Planning Natural Law », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2012, vol. 25, no 219-228 ; Walter Kendall III, « Review of Shapiro, Legality », *H-Law, H-Net Reviews*, 2011 ; Maris Köpcke Tinturé, « Positive Law's Moral Purpose(s): Towards a New Consensus », *American Journal of Jurisprudence*, 2011, vol. 56, p. 183- 214 ; David Plunkett, « A Positivist Route for Explaining How Facts Make Law », *Legal Theory*, 2012, vol. 18, p. 139- 207 ; Arthur Ripstein, « Self-Certification and the Moral Aims of the Law », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2012, vol. 25, p. 201- 217 ; Frederick Schauer, « The Best Laid Plans », *Yale Law Journal*, 2010, vol. 120, p. 586- 621 ; Neil Simmonds, « The Logic of Planning and the Aim of the Law », *University of Toronto Law Journal*, 2012, vol. 62, p. 255- 276 ; Jeremy Waldron, « Planning for Legality », *Michigan Law Rev.*, 2011, vol. 109, p. 883- 902.

miano Canale et Giovanni Tuzet, les principales thèses de Shapiro ne sont pas seulement analysées à partir de perspectives différentes mais elles sont, dès le départ, examinées selon une autre conception et une autre pratique de la philosophie du droit. Il reste que le volume est pensé, non pour réitérer les différences entre ces conceptions et ces pratiques, mais pour permettre à ces dernières de se rencontrer à défaut de se concilier.

Dans sa version finale, le livre de S. J. Shapiro comporte quatre mouvements qui se déroulent sur quatorze chapitres : la nature du droit et la circularité de sa définition par la tradition positiviste ; la définition – toujours positiviste – mais alternative que S. J. Shapiro propose (la fameuse *Planning Theory of Law* ou théorie du droit comme planification, les lois étant vues comme autant de plans tendant à l'organisation sociale ; S. J. Shapiro emprunte le concept de « plan » à Michael Bratman qui, en philosophie de l'action, parle de plans d'action)³ ; une critique de l'anti-positivisme de Ronald Dworkin (passage obligé pour qui veut exister dans le monde académique nord-américain) ; et, enfin, des développements de théorie politique normative relatifs à l'économie de la confiance dans les sociétés contemporaines, le conflit entre partisans de l'interprétation littérale (les *textualists*) et de celle téléologique (les *purposivists*). L'ouvrage de Damiano Canale et Giovanni Tuzet ne comporte que neuf chapitres mais résonne des mêmes thèmes, de sorte que toutes les thèses importantes de S. J. Shapiro sont soumises à l'examen scrupuleux des théoriciens membres du groupe de travail et qui partagent tous la même démarche analytique.

Pierluigi Chiassoni soulève un grand nombre des difficultés auxquelles se heurte la théorie de S. J. Shapiro et montre notamment qu'elle se rapproche d'une thèse « quasi positiviste » un peu démodée qui, en outre, recouvre d'un vernis trompeur la thèse du positivisme dit exclusif. Cette contribution fait écho à celle de Francesca Poggi car toutes deux reviennent sur le fameux *egg-chicken paradox* que S. J. Shapiro appelle le *possibility puzzle*, ce cercle vicieux dans lequel tombent ceux qui veulent fonder le droit sur lui-même : d'un côté, l'autorité doit être conférée par des règles, de l'autre, les normes juridiques doivent être créées par l'autorité⁴. Pour en sortir, S. J. Shapiro propose sa théorie du plan : les autorités officielles ont le pouvoir d'adopter des plans qui posent les règles fondamentales en vertu des normes de la rationalité instrumentale. Et puisque ces normes qui confèrent un pouvoir rationnel aux plans ne sont pas elles-mêmes des plans, elles n'ont été créées par aucune autorité. Elles existent en vertu de ce qu'elles sont des principes rationnels valides. La solution prête le flanc à de multiples critiques tant internes qu'externes : elle revient à fonder le droit sur la raison quand S. J. Shapiro se déclare « positiviste » désignant par ce terme la thèse selon laquelle tous les faits juridiques trouvent leurs déterminants ultimes dans les faits sociaux (l'expression « faits juridiques » devant être entendue dans un sens large et non technique).

3. Clarifions : la thèse de S. J. Shapiro consiste à dire que l'activité juridique est une forme de planification sociale, de planification de l'action – ou de l'interaction – sociale.

4. Voir Scott J. SHAPIRO, *Legality*, Cambridge : Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 179.

La question du positivisme est aussi abordée dans la contribution à quatre mains de Jordi Ferrer Beltran et Giovanni Battista Ratti qui soulignent les très nombreuses mésinterprétations et incompréhensions outre-Atlantique dont Dworkin (et sa critique de Hart) est largement responsable. La contribution montre aussi les effets dévastateurs de l'autarcie linguistique qui fait les délices de nos collègues nord-américains. Cela dit, Giovanni Tuzet montre qu'il en va de même avec l'école réaliste américaine que S. J. Shapiro conteste en omettant de prendre charitablement en compte la dimension épistémologique des thèses réalistes pour leur opposer la nécessité du « point de vue interne ».

La méthode même de S. J. Shapiro est examinée par Damiano Canale, Bruno Celano et Diego Papayannis. S. J. Shapiro se réclame de la théorie du droit analytique « à la Austin » (la fameuse *Analytical Jurisprudence*) qui procède par analyse conceptuelle. Mais, simultanément, il n'hésite pas à recourir à un vocabulaire métaphysique, ce qui le conduit à réifier des entités purement conceptuelles. De plus, les trois commentateurs mettent sérieusement en doute la nouveauté de la réponse de S. J. Shapiro à la vieille question ontologique de la « nature du droit ». Giovanni Tuzet ajoute, quant à lui, une touche presque ironique en pointant la contradiction dans laquelle s'enferme S. J. Shapiro lorsque, partant à la recherche de la nature – sociale – du droit, il débouche sur les finalités – morales – à laquelle le droit doit s'attacher.

Giorgio Pino s'intéresse enfin à la théorie de l'interprétation de S. J. Shapiro et à sa fonction dans sa théorie planificatrice. Il insiste sur les problèmes que rencontre cette théorie et notamment sur la difficulté à identifier les acteurs qui peuvent être considérés comme les auteurs réels de l'organisation (du plan) juridique.

On l'aura compris, en dépit des nombreuses réserves que la théorie du droit comme planification suscite, ce n'est pas le moindre de ses mérites que de donner à réfléchir à la pertinence des concepts-passerelles, tel le concept de plan de M. Bratman, qui peuvent peut-être aider à renouveler les problématiques et éclairer les phénomènes sociaux d'un jour nouveau.