

# **ANALISI E DIRITTO**

## **2016**

**Marcial Pons**

**MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO**

**2016**

*Direzione esecutiva*

Paolo Comanducci  
Riccardo Guastini

*Redazione*

Giovanni Battista Ratti (redattore capo)	Giulio Itzcovich
Hernán Bouvier	Francesca Poggi
Pierre Brunet	Nicola Muffato
Rafael Escudero	Alessio Sardo
Jordi Ferrer	José María Vilajosana
Daniel González Lagier	

*Comitato scientifico*

Manuel Atienza	Brian Leiter
Mauro Barberis	Daniel Mendonca
Juan Carlos Bayón	José Juan Moreso
Eugenio Bulygin	Pablo Navarro
Damiano Canale	Luís Prieto
Ricardo Caracciolo	M. Cristina Redondo
Bruno Celano	Michel Rosenfeld
Pierluigi Chiassoni	Juan Ruiz Manero
Enrico Dციotti	Frederick Schauer
Timothy Endicott	Adrian Sgarbi
Francisco Laporta	Michel Troper

## Indice (Summary)

	<i>pag.</i>
<b>Saggi (Essays)</b>	
<i>Liberté, sûreté, sécurité. Du pluralisme des valeurs à l'interprétation constitutionnelle</i> (Liberty, Security, Certainty. From Value Pluralism to Constitutional Interpretation), di Mauro Barberis	11
<i>La derrotabilidad jurídica como relación sistemática compleja</i> (Legal Defeasibility as a Complex Systemic Relationship), di Andrea Dolcetti e Giovanni Battista Ratti	35
<i>El rol excluyente del derecho: los límites de la concepción de Joseph Raz sobre el razonamiento jurídico</i> (The Exclusive Role of Law: The Limits of Joseph Raz's Conception of Legal Reasoning), di Paula Gaido	45
<i>Ciencia jurídica, democracia y Estado de derecho</i> (Legal Science, Democracy and the Rule of Law), di Mario García Berger	73
<i>Enunciados jurídicos, proposiciones normativas y necesidad práctica</i> (Legal Statements, Normative Propositions and Practical Necessity), di Pablo E. Navarro	101
<i>La prova ragionata</i> (The Reasoned Proof), di Giovanni Tuzet	127
<i>El perito de confianza de los jueces</i> (The Court Appointed Experts), di Carmen Vázquez	163
<b>A Conference on Constitutional Rights</b>	
<i>Introduzione</i> , di Alessio Sardo e Damiano Canale	197
<i>Dimensione assoluta e dimensione relativa dei diritti costituzionali</i> (Absolute and Relative Dimension of Constitutional Rights), di Robert Alexy	203
<i>Argumentative Patterns in The Justification of Judicial Decisions: A Translation of Robert Alexy's Concept of Weighing and Balancing in Terms of a General Argumentative Pattern of Legal Justification</i> , di Eveline T. Feteris	223
<i>Applying Constitutional Principles</i> , di Riccardo Guastini	241
<i>Constitutional Rights and the Rule of Law</i> , di Nigel E. Simmonds	251

INDICE

**Law, Interpretation, and Philosophy (Edited by Andrea Dolcetti)**

<i>Introduction</i> , di Andrea Dolcetti	271
<i>The Pragmatics of Scepticism</i> , di Pierluigi Chiassoni	275
<i>Three Questions for Moderate Sceptics</i> , di Raquel Barradas de Freitas	305
<i>Sentences, Statements, Statutes</i> , di Richard Ekins	321
<i>A Paradox of Hart's Fallible Finality</i> , di Andrej Krjstan	339
<i>On Some Possible Uses of Folk Concepts and Intuitions in Legal Theory: «What People do and Think about Going to Law» – and its Philosophical Relevance</i> , di Marco Segatti	345

**Saggi**  
**(Essays)**

# Liberté, sûreté, sécurité. Du pluralisme des valeurs à l'interprétation constitutionnelle\*

Mauro Barberis\*\*

## Résumé

Après le 11 Septembre 2001 et le 13 novembre 2015, on parle de plus en plus de mettre en balance liberté et sécurité. La métaphore de la balance est partagée par le pluralisme des valeurs et par l'interprétation constitutionnelle: pour réconcilier valeurs-principes pluriels, conflictuels, incommensurables et indéterminés, il faudrait les mettre en balance. Prise au sérieux, cette idée permet d'analyser les rapports entre liberté et sécurité ou, mieux, parmi les droits de liberté, d'un côté, et trois types de sécurité, respectivement individuelle (*sûreté*), sociale et nationale (*sécurité stricto sensu*), de l'autre. Les résultats de cette analyse, cependant, sont quelque peu décevants. En effet, restreindre les libertés individuelles diminue aussi la sûreté individuelle, sans augmenter de manière significative la sécurité collective.

**Mots-clés:** Pluralisme des valeurs. Nouveau constitutionnalisme. Liberté. Sécurité.

## Abstract

After 9/11, and 11/13 too, is increasing talk of balancing liberty and security. The balance's metaphor, and the ascription to values-principles of characters like plurality, conflictuality, incommensurability, and indeterminacy, are common to value pluralism and constitutional interpretation. However, the analysis of the alleged balances between liberty, on the one hand, and *individual*, *social* and *national* security respectively, on the other, produces the following, somewhat disappointing results. Restraining individual liberties does weaken *individual* security too, without increasing at a significant extent *collective* security.

**Keywords:** Value pluralism. New constitutionalism. Liberty. Security.

---

\* Papier livré au Colloque "Protection de la Constitution, Protection par la Constitution", organisé par Arnaud Le Pillouer (Poitiers, 11-12 mai 2016). On remercie Riccardo Guastini, Eric Millard, Nicola Muffato, Jérémy Mercier et Arnaud le Pillouer pour les remarques à une première version du papier, duquel je reste le seul responsable. Pour les recherches, on a utilisé des Fondi Fra 2014 de l'Université de Trieste.

\*\* Professeur de Philosophie du droit au IUSLIT de la Université de Trieste, [barberis@units.it](mailto:barberis@units.it).

«*Terrorist violence, serious as it is, does not threaten our institutions of government or our existence as a civil community*».

L. Hoffmann

## 1. Présentation

À partir du 11 Septembre 2001, on parle de plus en plus de mettre en balance liberté et sécurité. Il va sans dire que la métaphore de la balance, ici, n'est qu'un artifice rhétorique. Toutefois, prise au sérieux, en tant qu'argument de l'interprétation constitutionnelle, l'idée de mettre en balance liberté d'un côté, et sûreté individuelle ou sécurité collective de l'autre, produit bien des effets, même s'ils sont décevants. Elle permet constater que restreindre les libertés individuelles diminue aussi la sûreté individuelle, sans augmenter de manière significative la sécurité collective.

## 2. Pluralisme et constitutionnalisme

Le pluralisme des valeurs (*value pluralism*), proposé par Isaiah Berlin et Bernard Williams, est moins une éthique normative libérale qu'une véritable méta-éthique: un discours de second degré sur le statut du discours éthique et du raisonnement pratique en général, c'est-à-dire aussi bien moral et politique que juridique. Une définition implicite de cette métaéthique pluraliste est proposée par Bruno Celano en posant la question de ses rapports avec le droit. Cette définition, comme on va le voir, est formulée à partir des qualités que le pluralisme attribue aux valeurs.

«Le droit est nécessairement l'expression de valeurs et de principes éthiques objectifs. La fonction du droit est la détermination de ces principes et valeurs. Mais les valeurs, même si objectives, sont plurielles, conflictuelles, incommensurables et indéterminées. Leur détermination nécessite donc la mise en balance, la résolution des conflits, l'attribution d'une mesure à l'incommensurable, la détermination de l'indéterminé. Le droit produit cette détermination au moyen d'une structure nomodynamique (c'est-à-dire par l'institution d'autorités normatives)»<sup>1</sup>.

Je crois que le pluralisme des valeurs, ainsi défini, a moins de rapports avec le droit en général qu'avec le droit constitutionnel. Il s'agit en particulier de ce que les comparatistes américains appellent parfois le *nouveau* constitutionnalisme (*new constitutionalism*): la troisième vague du constitutionnalisme, après l'ancienne et la moderne, à partir de la fin de la seconde guerre mondiale<sup>2</sup>. Les

---

<sup>1</sup> Celano 2009: 150 (ici, comme ailleurs, la traduction française est la mienne).

<sup>2</sup> Shapiro, Stone Sweet 2002; Hirschl 2003 et 2006; Roesler, 2007. À propos de la première et deuxième vague, l'œuvre de référence est, dès le titre, McIlwain 1940.

traits distinctifs du nouveau constitutionnalisme sont bien connus: constitutions rigides, déclarations de droits “longues”, contrôle de constitutionnalité des lois, irradiation ou constitutionnalisation du droit par le moyen de l'interprétation constitutionnelle<sup>3</sup>.

Or, dans la théorie du droit constitutionnalisé, parfois appelée néoconstitutionnalisme<sup>4</sup>, et dans l'interprétation constitutionnelle elle-même, il arrive souvent que les principes constitutionnels soient caractérisés dans les mêmes termes que les valeurs d'après le pluralisme des valeurs. On parle également, dans les deux cas, d'objectivité, de pluralité, de conflictualité, d'incommensurabilité et d'indétermination. Dans cette section on analyse précisément ces cinq qualités, afin de poser en termes un peu plus rigoureux que d'habitude le problème du conflit, et de la mise en balance, de la liberté et de la sécurité.

## 2.1. *Objectivité*

On a beaucoup discuté, en métaéthique, de l'objectivité ou de la subjectivité des jugements de valeur. Le pluralisme des valeurs représente un progrès, par rapport à ces discussions, précisément parce qu'il montre *pourquoi* les jugements de valeur sont subjectifs, même quand ils convergent. C'est précisément parce que les valeurs, elles, sont tout à fait indéterminées: plurielles, conflictuelles, incommensurables et génériques. Sont-elles également objectives, comme prétendu par Celano? Oui, mais seulement au sens modeste d'inter-subjectives, et pour les mêmes raisons données par Robert Alexy à propos des principes constitutionnels.

Pour expliquer/justifier le fait que la Cour constitutionnelle allemande appelle «ordre objectif des valeurs (*objektive Wertordnung*)» le système des principes constitutionnels, Alexy caractérise ces valeurs-principes comme étant objectifs, puisqu'inférés par abstraction de jugements de valeur subjectifs<sup>5</sup>. Or, il est vrai qu'un accord quelconque est une condition nécessaire du désaccord lui-même. Mais sur quoi porte, ici, l'accord qui rendrait objectifs les valeurs-principes constitutionnels? Il ne porte, me semble-t-il, que sur une liste, un “menu” de valeurs-principes: c'est là leur seule objectivité.

En effet, dès les premiers textes constitutionnels anglais, américains et français jusqu'à la Charte de Nice, on rencontre dans les déclarations des droits un “menu” de principes qui devient de plus en plus partagé dans la culture juridique mondiale. Il s'agit de principes explicites, formulés dans les textes, mais aussi implicites, c'est-à-dire ajoutés par leurs interprètes: comme le pourrait être la sécurité elle-même, si jamais elle n'avait été mentionnée. Ce “menu” commun ou objectif, cependant, n'empêche pas les interprétations des textes

<sup>3</sup> Guastini 2010a: 163-193, parle de constitutionnalisation du système juridique.

<sup>4</sup> Comanducci 2007; Barberis 2013.

<sup>5</sup> Alexy 2012: 555-559.



constitutionnels d'être plus conflictuelles encore que les interprétations des lois ordinaires.

Celano a donc raison quand'il pense que, dans la division du travail éthique, le rôle du droit positif est de rendre plus déterminées, ou moins indéterminées les valeurs-principes. Mais il s'agit, désormais de valeurs-principes *constitutionnels*, presque autant indéterminées que les valeurs morales. Leur détermination est réellement renvoyée, par un processus kelsenien de délégation, du constituant au législateur ordinaire jusqu'aux juges, ordinaires et constitutionnels. La seule objectivité que je vois là, donc, c'est ce "menu" commun de valeurs-principes en amont, et une éventuelle convergence à propos des leur interprétation en aval.

## 2.2. *Pluralité*

Les valeurs humaines sont plurielles, du moins *prima facie*: mais le sont-elles aussi *all things considered*? Ici le pluralisme des valeurs s'oppose au monisme, que Berlin estime être la tradition centrale de l'éthique occidentale. Dans cette tradition, de temps en temps, l'*eudaimonia*, le *summum bonum*, la conservation de la vie, l'utilité ou la dignité humaine ont joué le rôle de principe ultime et unique. D'après le pluralistes, cependant, cette réduction à l'unité trahit la complexité, la conflictualité et même la richesse de l'éthique, envisagée d'après n'importe quelle version du principe de charité interprétative<sup>6</sup>.

En fait, le choix entre monisme et pluralisme de valeurs, comme tout autre choix métaéthique, relève de considérations moins empiriques que conceptuelles et normatives, toutes les trois inextricablement liées entre elles<sup>7</sup>. Si l'on prend au sérieux ces distinctions, comme le font les philosophes analytiques, on parlera ici de méta-éthique; quand on omet de distinguer, en revanche, on devrait parler plus proprement de métaphysique. Mais ici il suffira de s'interroger sur la pertinence de l'opposition monisme/pluralisme pour le droit constitutionnel.

La formulation des déclarations de droits peut reproduire cette opposition: le même document, par exemple la Charte de Nice (2000), paraît d'un côté privilégier le principe de la dignité humaine, découvert par les constituants après Auschwitz, et de l'autre adopter une systématique "par valeurs", horizontale et impartiale entre elles. Mais je dirais que la distinction importante, pour les constitutionnalistes, n'est que parallèle à celle-ci, et relève d'une opposition entre une vision atomiste et une vision holiste des principes constitutionnels. Toutes les deux conçoivent ces principes comme irréductiblement pluriels, mais d'une manière très différente.

<sup>6</sup> Référence est faite ici aux principes épistémologiques de Willard V. O. Quine, Donald Davidson et même de Richard Grandy, qui parle, lui, de principe d'humanité.

<sup>7</sup> Voir Weber 1958: 326: «À propos de ces questions on n'arrive nulle part par des constatations de fait».