

ANALISI E DIRITTO

2017

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2017

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

Indice (Summary)

	<i>pag.</i>
Saggi (Essays)	
<i>Évolution, constitution, sécurisation. Esquisse d'une théorie réellement réaliste</i> (Evolution, Constitution, Securization. An Outline of a Really Realistic Theory), di Mauro Barberis	11
<i>L'indeterminatezza delle norme: un approccio inferenzialista</i> (The Indeterminacy of Norms: An Inferentialist Approach), di Damiano Canale	31
<i>Cinco diferencias entre las decisiones judiciales estimatorias y las desestimatorias</i> (Five Differences between Judicial Decisions For and Against the Plaintiff), di Rafael Hernández Marín	61
Reason, Reasonableness, and Law (Edited by Mauricio Maldonado Muñoz)	
<i>Introduction: Reason(s), Reasonableness, and Law</i> , di Mauricio Maldonado Muñoz	79
<i>Rational Law-Giving: Structural and Interpretive Queries</i> , di Giovanni Battista Ratti	83
<i>Being a Reason, Having a Reason, Giving a Reason</i> , di Frederick Schauer	101
<i>Virtues and Vices of Reasonableness. What Does Common Sense Tell Us?</i> , di Silvia Zorzetto	113
<i>Reasons, Rules, Exceptions: Towards a Psychological Account</i> , di Marco Brigaglia, Bruno Celano	131
<i>The Rationality in the Cognitive Approach to Legal Reasoning</i> , di Adriano Zambon	145
<i>On Legal Interpretation and Second-Order Proof Rules</i> , di Sebastián Reyes Molina	165
<i>Economic Concepts in the Analysis of Proportionality Reasoning Between Similarity and Identity</i> , di Fabrizio Esposito	185

Sobre la derogación (On Derogation)

<i>Explicit v. Tacit Derogation</i> , di Riccardo Guastini	213
<i>Algunas consideraciones sobre lex posterior derogat priori. Un comentario a partir de la posición de Riccardo Guastini</i> (Some Observations on <i>Lex Posterior Derogat Priori</i> . A Comment Concerning the Views of Riccardo Guastini), di Sebastián Agüero San Juan	221
<i>Inconstitucionalidad, derogación y escepticismo interpretativo</i> (Institutionality, Derogation and Interpretative Scepticism), di Claudina Orunesu, Jorge L. Rodríguez	237
<i>Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita. Aspectos realistas que rescatar</i> (On the Thesis of the Tacit Alternative Clause. Some Realistic Aspects to Redeem), di Marcela Chahuan Zedan	257

On Conditional Norms (Edited by Alessio Sardo)

<i>Normative Conditionals: A Short Guide</i> , di Alessio Sardo	303
<i>Like a Bridge over Troubled Water. Deontic Formalization and Its Discontents</i> , di Giovanni Battista Ratti	315
<i>On Bridges, Islands, and Conditional Norms</i> , di Jorge L. Rodríguez	325
<i>Some Remarks on Normative Conditionals from the Point of View of Robert Brandom's Inferentialism</i> , di Nicola Muffato	335
<i>Legal Conditional Norms</i> , di Hidehiko Adachi	347

Saggi
(Essays)

Évolution, constitution, sécurisation. Esquisse d'une théorie réellement réaliste

Mauro Barberis*

Résumé

Une théorie réellement réaliste (TRR) ne se contente pas de reconnaître la production judiciaire du droit; aujourd'hui, tout le monde la reconnaît. Elle critique le créationnisme (l'idée qu'on peut créer du droit *ex nihilo*) et vise à intégrer la TDD (théorie du droit dominante) par l'analyse des effets indirects des actes humains. La première section présente la TRR comme une forme d'évolutionnisme, d'abord parce qu'elle refuse le créationnisme, ensuite parce qu'elle applique au droit quelques idées issues de l'évolutionnisme darwinien. La deuxième section esquisse l'évolution du droit à partir de l'état juridictionnel jusqu'aux états législatif et constitutionnel. La troisième section applique la TRR au problème du jour: la sécurisation, voire les rapports entre liberté et sécurité aux temps du terrorisme mondial.

Mots-clés: Réalisme juridique. Évolutionnisme. Constitutionnalisme. Sécurisation.

Abstract

A truly realistic theory of law does not only recognizes the judicial production of the law: today, everyone does it. It criticizes creationism (the idea law could be created *ex nihilo*), and aims at integrating the standard theory of law by analyzing the indirect effects of human acts. The first section presents such a realistic approach as a form of evolutionism, first because it refuses creationism, then because it applies to the law some ideas stemming from Darwinian evolutionism. The second section outlines the law's evolution from the jurisdictional to the legislative and constitutional states. The third section, finally, applies such a theory to the problem of the day: the securitization, or the relationship between freedom and security in times of global terrorism.

Keywords: Legal realism. Evolutionism. Constitutionalism. Securitization.

* IUSLIT, Università degli Studi di Trieste, Piazzale Europa 1, 34127, Trieste Italia, barberis@units.it.

Rien ne se crée, tout se transforme

(A. Lavoisier)

Par “théorie réellement réaliste”, dorénavant TRR, on entend ici une approche qui ne se contente pas de reconnaître que les juges produisent du droit —désormais, tout le monde le reconnaît¹— mais qui déplace le véritable centre de la production du droit de la législation à la juridiction. Ici, personne ne *crée* du droit. Le droit est *produit* par les juges comme effet indirect de la solution des différends entre particuliers, par les législateurs comme remède à l’arbitraire administratif et judiciaire, par les constituants comme remède à l’arbitraire législatif...

La première section présente la TRR comme une forme d’évolutionnisme, d’abord parce qu’elle refuse le créationnisme —l’idée naïve que l’on puisse créer du droit *ex nihilo*— ensuite parce qu’elle applique au droit quelques idées issues de l’évolutionnisme darwinien. La deuxième section esquisse l’évolution du droit à partir de l’état juridictionnel jusqu’aux états législatif et constitutionnel. La troisième section applique la TRR au problème du jour: la sécurisation, voire les rapports entre liberté et sécurité aux temps du terrorisme mondial.

1. Évolutionnisme

La TRR réagit à trois réductionnismes typiques de la théorie du droit majoritaire (dorénavant TDD). Celle-ci ne fait que dupliquer le créationnisme positiviste, avec ses variantes imperativiste et normativiste, en un créationnisme réaliste; le droit serait-il créé par le législateur et le juge à la fois?². La TRR, au contraire, est une forme juridique d’évolutionnisme, d’abord parce qu’elle refuse ce double créationnisme, ensuite parce qu’elle essaie d’appliquer au droit l’idée évolutionniste d’un ordre spontané³.

1.1. Le *premier* réductionnisme typique de la TDD est ce que Fredrich Hayek appelle constructivisme (ang. *constructivism*) et moi-même justement créationnisme, c’est à dire la réduction des phénomènes sociaux (langage, marché, État...) aux résultats *directs*, intentionnels, d’actes individuels de création. Comme le dieu de la *Génèse* aurait créé le monde, ainsi le pouvoir constituant aurait créé l’État, et législateurs et juges créeraient le droit. L’évolutionnisme, en revanche, nous avertit que les choses se passent d’une manière différente.

¹ Cfr. Twining 1973: 382.

² Cfr. Barberis 2015a. A vrai dire, ce double créationnisme pose problème dans sa définition même. Le juge ne peut recréer, par définition *ex nihilo*, un droit déjà créé par le législateur. Plutôt, on devrait dire que la TDD est un positivisme juridique axé sur trois thèses: d’abord la *Source thesis* (le droit est issu de faits sociaux); ensuite, la *Separability thesis* (le droit est conceptuellement séparé de la morale); finalement, et surtout, la *Discretion thesis* (les juges contribuent avec le législateur à la création du droit).

³ V. Barberis 1998; Waluski 2009; Waluski 2013.

Bien avant Darwin, en effet, les *common lawyers* et les philosophes écossais ont théorisé que le droit, comme toutes les institutions humaines, ne relève ni de la nature, comme le prétendent les écoles anciennes du droit naturel, ni de l'artifice, comme affiche de croire le positivisme juridique contemporain. Le droit, dans cette tradition évolutionniste *ante litteram*, relève d'un troisième règne —la culture— issu des conséquences indirectes, c'est-à-dire non intentionnelles, des actes humains (intentionnels par définition)⁴.

La naïvete du créationnisme consiste justement en ce qu'il ignore les conséquences indirectes, non intentionnelles, ni prévues ni voulues, des actes humains intentionnels. Si personne ne peut prévoir ni vouloir les résultats de composition de ses actes intentionnels et des actes intentionnels d'autrui, alors personne ne peut monopoliser ni la connaissance ni la valeur. L'information —connaissance et valeur— est fragmentée, infiniment dispersée parmi les individus et les institutions: aucun planificateur ne peut la contrôler⁵.

Autrement dit, aucune autorité, ni nationale ni mondiale, ne peut prétendre agréger et représenter la totalité de l'information: ni les parlements, ni les gouvernements qui les contrôlent, ni l'économie et la finance qui contrôlent la politique, ni, moins que jamais, la science économique qui prétend contrôler tout, d'après ses théories de la décision rationnelle et des calculs coût-bénéfices. Le maximum que l'on peut faire à ce sujet, peut-être, est d'assurer une sorte d'écologie humaine, c'est à dire garantir le pluralisme des savoirs et des valeurs.

Les psychologues évolutionnistes font descendre cette fragmentation, et les pluralismes cognitif et normatif qui en découlent, de l'hypothèse, pas encore démontrée par les neurosciences, de la modularité de la raison humaine⁶. Pourtant, une théorie (cognitive) et/ou une philosophie (normative) du droit peuvent adopter comme hypothèse que des autorités plus souples et décentralisées que les gouvernements et les législateurs centraux soient plus adaptées à traiter les données de l'information.

1.2. Le *deuxième* réductionnisme typique de la TDD, conséquence du premier, est la réduction du droit à la législation, et de la juridiction elle-même à une sorte de législation judiciaire. C'est là le véritable noyau créationniste de la TDD, théorie qui tire son évidence de la codification continentale, qui est bien une forme de législation, mais qui prétend aussi s'étendre au *common law*. En effet, du moins dès Jeremy Bentham et John Austin, la TDD conçoit le *common law* non seulement comme *judge made law*, mais aussi comme législation déléguée aux juges.

Les juges, en d'autres termes, ne feraient dans le cas d'espèce que ce que le législateur fait *in abstracto*, créer du droit. Une telle hypothèse ignore, à vrai

⁴ Cfr. Ferguson 1767: 115-116, les institutions humaines, telles que le langage, le marché, le droit, sont le résultat de l'action, mais pas du projet (angl. *design*) humain.

⁵ À propos de la fragmentation de la connaissance, voir déjà Hayek 1937. À propos de la fragmentation de la valeur, voir Nagel 1979, qui évoque le *Polytheismus des Werte* de Max Weber et le *value pluralism* d'Isaiah Berlin.

⁶ Cfr. Dyvere 2014.

dire, qu'il y avait bien du droit avant la législation, mais surtout que législation et juridiction sont deux fonctions sociales très différentes. Dans les deux cas il y a certes production de droit, mais dans le cas de la législation la fonction est de résoudre des problèmes sociaux, tandis que dans celui de la juridiction la fonction n'est que de garantir la justice entre les particuliers.

Joseph Raz a remarqué plusieurs fois qu'il existe des systèmes juridiques dépourvus de législation, tandis qu'il y en n'a aucun dépourvu de juridiction⁷. Les juges, semble-t-il, sont une condition nécessaire de l'existence du droit, tandis que la législation ne l'est pas. Cette remarque de Raz, à son tour, ne paraît pas une mère généralisation empirique, tirée de l'histoire et de la comparaison. Elle semble bien plus une remarque conceptuelle, à propos de la définition du mot "droit" et du concept de droit lui-même.

Bref, pour avoir du droit il faut des juges, c'est à dire des sujets sociaux spécialisés dans la solution des différends sous une forme dialogique et conflictuelle (lat. *audiatur et altera pars*). Pour qu'il y ait du droit, donc, il faut qu'il y ait une justice: où "justice", cependant, n'a d'autre sens que juridique, ne signifie que juridiction. La connexion infiniment discutée entre droit et justice se réduit à cette relation toute interne au droit. Celui-ci, par définition, doit assurer la justice, la fonction du *ius dicere* entre les associés, en bref, la juridiction.

En ce sens strictement juridique, "justice" signifie la garantie des attentes des individus par rapport à la vie, à la liberté, aux biens⁸. Une inférence que l'on pourrait tirer de cette définition est que le droit ne peut pas régler la vie des personnes; celles-ci vivent à leur manière, et le droit n'intervient que comme un remède, en cas de différend⁹. De ce point de vue, le droit ne relève que de la pathologie de la vie sociale: il ne fait qu'assurer les conditions minimales à partir desquelles chacun peut vivre librement sa vie.

Cette fonction essentielle de garantie a été remplie dans les cultures extra-occidentales par diverses institutions, religieuses, politiques, économiques ou autres, beaucoup plus invasives. Ce n'est qu'en Occident qu'elle a été remplie par le droit¹⁰. Le rôle joué dans d'autres cultures par des anciens, des prêtres, des maîtres, des médiateurs, a été confié chez nous à des juges. Ce sont eux,

⁷ Cfr. Raz 1979: 105, «the existence of norm-creating institutions, though characteristic of modern legal systems is not a necessary feature of all legal systems, but that the existences of certain types of law-applying institutions is». Le contexte de cette affirmation est la caractérisation des juges comme «organes primaires» en vue de l'identification d'un système juridique.

⁸ À propos de la fonction d'assurer les attentes qu'il appelle légitimes, cfr. Hayek 1982: vol. I, ch. 5. Par ailleurs, à propos de la différence entre attentes cognitives et normatives, voir du moins Luhmann 1977: 50-66.

⁹ C'est là la véritable signification de l'idée, que l'on trouve chez Kelsen, Ross et Raz, selon laquelle le droit s'adresse aux juges, non aux citoyens, et que les juges eux-mêmes sont les véritables organes primaires.

¹⁰ Barberis 2008: ch. 3, propose une distinction entre droit *stricto sensu* (la garantie des attentes vitales des associés), *lato sensu* (normes, sanctions, institutions) et *latissimo sensu* (les institutions extra-occidentales qui remplissent, parmi bien d'autres, les mêmes fonctions du droit occidental: *halacha* juif, *sbari'a* islamique, *dharmā* indien, *fa* chinois, etc.).

en Occident, qui punissent les délits, jugent les différends entre particuliers et, à l'époque moderne, garantissent les individus contre l'intrusion des pouvoirs publics et privés¹¹.

L'histoire du droit montre que les juges ont exercé d'abord une justice presque discrétionnaire —ce *system of pure discretion* auquel Raz refuse même le nom de droit—¹² tempérée par la coutume et par des institutions telles que le *jury*. Après la codification et la Révolution française on a essayé de subordonner la juridiction à la législation, d'une manière presque totale dans le *civil law*, et partielle dans le *common law*. Mais les juges ont continué à produire du droit, bien qu'en visant l'application des lois et/ou des précédents.

Pourtant, les juges ne produisent du droit qu'en rendant justice aux particuliers. Ce sont les parlements, ou les gouvernements qui les contrôlent, à prétendre *créer* du droit, en faisant des normes générales, abstraites et *neuves*. D'après Hayek, cependant, même ces lois appartiennent à deux types bien différents. La plupart des lois, des règlements et des décrets ne relèvent que de l'administration, de la *thesis*: il s'agit de mesures visant des buts particuliers, tels que la justice sociale ou la sécurité.

Le noyau strictement juridique de la législation, en revanche, est appelé par Hayek *nomos*, et il a pour caractéristique l'*abstraction*¹³. La fragmentation de la valeur consiste précisément en l'absence, dans une société ouverte, d'une hiérarchie partagée de fins. Le droit, ici, doit faire abstraction des buts particuliers afin de permettre à chacun de poursuivre ses fins à lui. L'exemple favori de Hayek est le droit des contrats, qui est abstrait parce qu'il ne fait que garantir les buts des parties du contrat.

1.3. Le *troisième* réductionnisme typique de la TDD, bien qu'opposé au précédent, consiste dans la réduction de la juridiction (*adjudication*, en anglais) à l'interprétation de la loi (*statutory interpretation*). La véritable fonction du droit, on l'a vu, est de rendre justice aux particuliers, en garantissant leurs attentes vitales. Ce n'est que comme effet indirect de la poursuite de ce but que les juges produisent du droit, production cependant limitée au cas concret, et qui, en tant que telle, ne peut donc pas entrer en conflit avec la loi générale et abstraite¹⁴.

En subordonnant le juge à la loi, avec le but de garantir les individus contre l'arbitraire, les Lumières ont fini par renverser les rapports traditionnels entre juridiction et législation. Cesare Beccaria, par sa doctrine du syllogisme judiciaire, a modelé le jugement comme application mécanique d'une loi au cas concret. Pourtant ce n'est qu'en visant le cas concret que le juge produit du droit; même la loi, la prétendue prémisses majeure du syllogisme, n'est choisie qu'en fonction du cas, la prétendue prémisses mineure.

¹¹ C'est là l'intuition capitale du garantisme de Luigi Ferrajoli: voir du moins Ferrajoli 2013.

¹² Cfr. encore Raz 1979: 113, mais le *common law*, pendant cinq cents ans, n'a pas connu de *stare decisis*, et en absence de législation il a été pure juridiction.

¹³ Cfr. encore Hayek 1982, toute la deuxième partie, "The Mirage of Social Justice".

¹⁴ Cfr. Barberis 2000.